

COLECCIÓN DERECHO

Litigación penal Juicio oral y prueba

ANDRÉS BAYTELMAN A.
MAURICIO DUCE J.

Litigación Penal. Juicio Oral y Prueba

© Andrés Baytelman Aronowsky – Mauricio Duce Jaime

© 2004 by Universidad Diego Portales

Registro de Propiedad Intelectual N° 145.017

ISBN N° 956-7397-63-5

1ª Edición

Universidad Diego Portales

Vicerrectoría Académica / Dirección de Extensión y Publicaciones

Teléfono (56 2) 676 2000 / Fax (56 2) 676 2141

Av. Manuel Rodríguez Sur N° 415

Santiago, Chile

Página web: www.udp.cl (publicaciones)

Coordinación de edición: Silvia Castillo Ibáñez

Revisión de estilo: Leonor Rodríguez Videla

Diseño y producción gráfica: Trinidad Justiniano - Marianne Kunsemüller

Asistente: Ingrid Figueroa

Impresión: Imprenta Salesianos S.A.

Ninguna parte de esta publicación puede ser reproducida o transmitida, mediante algún sistema –electrónico, mecánico, fotocopiado, grabación o de recuperación o almacenamiento de información–, sin la expresa autorización de la Universidad Diego Portales.

Contenido

Nota para el lector

Presentación de Alberto M. Binder

Presentación de Juan Enrique Vargas

Presentación de Marcos Kusanovic A.

Introducción: Enseñanza del Derecho: La indulgencia con la ineptitud

Capítulo I

Explicación panorámica del nuevo proceso penal y análisis de los principales aspectos de la regulación normativa del juicio oral en Chile

INTRODUCCIÓN

1. ETAPAS DE DESARROLLO DEL NUEVO PROCESO PENAL CHILENO

1.1. LA ETAPA DE INVESTIGACIÓN

1.2. LA ETAPA INTERMEDIA O DE PREPARACIÓN DEL JUICIO ORAL

1.3. EL JUICIO ORAL

2. REGULACIÓN DEL JUICIO ORAL

2.1. ACTORES NECESARIOS Y ACTORES EVENTUALES

2.2. INFORMACIÓN CON QUE CUENTAN LOS ACTORES AL INICIO DEL JUICIO

2.3. INICIO DEL JUICIO ORAL

2.4. ALEGATOS DE APERTURA

2.5. PRUEBA EN EL JUICIO ORAL

A) TESTIGOS

B) PERITOS

C) OBJETOS, DOCUMENTOS Y OTROS MEDIOS

D) PRUEBA ADICIONAL ORDENADA POR EL TRIBUNAL

2.6. ALEGATOS FINALES

2.7. FACULTADES DEL TRIBUNAL PARA CONDUCIR EL DEBATE

2.8. PUBLICIDAD DEL JUICIO

2.9. REGISTRO DEL JUICIO

2.10. FALLO INMEDIATO Y SENTENCIA

Capítulo II Teoría del Caso

1. EL JUICIO: UNA CUESTIÓN ESTRATÉGICA

2. LA NARRACIÓN DE HISTORIAS EN JUICIO: PROPOSICIONES FÁCTICAS VS. TEORÍAS JURÍDICAS

- 2.1. LA DISTANCIA ENTRE LA NARRACIÓN DE HECHOS Y LAS CONCLUSIONES JURÍDICAS
- 2.2. PROPOSICIONES FÁCTICAS
- 2.3. PRUEBA

3. LA TEORÍA DEL CASO

4. EL ESCÁNER

CAPITULO III Exámen directo de testigos

INTRODUCCIÓN

1. LA LÓGICA DE LA PRUEBA TESTIMONIAL EN EL NUEVO SISTEMA PROCESSAL PENAL

2. OBJETIVOS DEL EXAMEN DIRECTO

- 2.1. SOLVENTAR LA CREDIBILIDAD DEL TESTIGO
- 2.2. ACREDITAR LAS PROPOSICIONES FÁCTICAS DE NUESTRA TEORÍA DEL CASO
- 2.3. ACREDITAR E INTRODUCIR AL JUICIO PRUEBA MATERIAL (OBJETOS Y DOCUMENTOS)
- 2.4. OBTENER INFORMACIÓN RELEVANTE PARA EL ANÁLISIS DE OTRA PRUEBA

3. ESTRUCTURA BÁSICA DE UN EXAMEN DIRECTO

- 3.1. ACREDITACIÓN DEL TESTIGO
- 3.2. EL RELATO DE LOS HECHOS

4. CARACTERÍSTICAS DE UN EXAMEN DIRECTO EFECTIVO

- 4.1. CINE
- 4.2. DIETA

5. ASPECTOS DE PRODUCCIÓN DEL EXAMEN DIRECTO

- 5.1. ORGANIZACIÓN DEL EXAMEN DIRECTO
- 5.2. HERRAMIENTAS PARA EJECUTAR UN EXAMEN DIRECTO (TIPOS DE PREGUNTAS)

6. LA PREPARACIÓN DEL TESTIGO

7. ALGUNAS RECOMENDACIONES SOBRE LA PRODUCCIÓN DEL TESTIMONIO
 - 7.1. LENGUAJE COMÚN
 - 7.2. DIRECTO AL PUNTO
 - 7.3. ESCUCHAR AL TESTIGO
 - 7.4. ADELANTAR DEBILIDADES Y EXPLICARLAS
 - 7.5. NO LEA SU EXAMEN DIRECTO
 - 7.6. USO DE APOYO GRÁFICO

Capítulo IV Contraexamen

1. CONTRAEXAMEN: DEBIDO PROCESO Y CONTRADICTORIEDAD
2. “¡YO ME ENCARGO DE DESTRUIR AL TONTO!”
3. CONTRAEXAMEN Y ALEGATO FINAL
4. LA PREGUNTA DE MÁS...
5. OBJETIVOS DEL CONTRAEXAMEN
 - 5.1. DESACREDITAR AL TESTIGO
 - 5.2. DESACREDITAR EL TESTIMONIO
 - 5.3. ACREDITAR NUESTRAS PROPIAS PROPOSICIONES FÁCTICAS
 - 5.4. ACREDITAR PRUEBA MATERIAL PROPIA
 - 5.5. OBTENER INCONSISTENCIAS CON OTRAS PRUEBAS DE LA CONTRAPARTE
6. ESTRUCTURA DEL CONTRAEXAMEN
7. PREGUNTAS
 - 7.1. PREGUNTAS SUGESTIVAS DE UN SOLO PUNTO
 - 7.2. PREGUNTAS ABIERTAS
8. OBJETIVO, LÍNEAS, PREGUNTAS Y ARGUMENTOS
9. FORMAS DE ENCARAR EL CONTRAEXAMEN
 - 9.1. UTILIZAR LAS DECLARACIONES PREVIAS DEL TESTIGO CONTRAEXAMINADO
 - 9.2. UTILIZAR LAS DECLARACIONES DE UN TESTIGO MÁS CREÍBLE
 - 9.3. ENTORNO DE CONDICIONES Y FALTA DE CREDIBILIDAD
 - 9.4. LA UTILIZACIÓN DE NUESTRA PROPIA HISTORIA
 - 9.5. IR “DE PESCA”
10. AMBITO DEL CONTRAEXAMEN

Capítulo V Límites a la posibilidad de examinar y contraexaminar a testigos y peritos

INTRODUCCIÓN

1. IDEAS FUERZA DETRÁS DE LOS LÍMITES A LAS FACULTADES DE PREGUNTAR
2. LIMITACIONES A LAS FACULTADES DE PREGUNTAR CONTENIDAS EN EL CÓDIGO PROCESAL PENAL CHILENO
3. TIPOS DE PREGUNTAS OBJETABLES EN EL NUEVO SISTEMA PROCESAL PENAL
 - 3.1. PREGUNTAS SUGESTIVAS
 - 3.2. PREGUNTAS CAPCIOSAS O ENGAÑOSAS
 - 3.3. PREGUNTAS DESTINADAS A COACCIONAR ILEGÍTIMAMENTE
 - 3.4. PREGUNTAS FORMULADAS EN TÉRMINOS POCO CLAROS (PREGUNTAS CONFUSAS, AMBIGUAS O VAGAS)
 - 3.5. PREGUNTAS IMPERTINENTES O IRRELEVANTES
 - 3.6. OTRAS OBJECIONES POSIBLES
4. ASPECTOS PROCEDIMENTALES EN LA FORMULACIÓN, RESOLUCIÓN Y DEBATE DE LAS OBJECIONES
5. LA PRESENTACIÓN DE UNA OBJECCIÓN TAMBIÉN ES UNA DECISIÓN ESTRATÉGICAS

Capítulo VI Uso en juicio de declaraciones previas

INTRODUCCIÓN

1. ¿QUÉ CONSTITUYE UNA DECLARACIÓN PREVIA?
2. EL USO DE DECLARACIONES PREVIAS PARA REFRESCAR LA MEMORIA
3. EL USO DE LAS DECLARACIONES PREVIAS PARA MANIFESTAR INCONSISTENCIAS

Capítulo VII Prueba material (Objetos y Documentos)

INTRODUCCIÓN

1. LA LÓGICA DE LA DESCONFIANZA
2. LA LÓGICA DEL SENTIDO COMÚN
3. LA PRUEBA MATERIAL EN EL NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL

4. ACREDITACIÓN
 - 4.1. OBJETOS
 - 4.2. DOCUMENTOS
 - 4.3. ACREDITACIÓN DE LA PRUEBA DOCUMENTAL
5. PRUEBA “REAL” Y PRUEBA “DEMOSTRATIVA”

Capítulo VIII Examen y Contraexamen de peritos y testigos expertos

INTRODUCCIÓN

1. DEFINICIONES BÁSICAS Y OBJETO DE LA DECLARACIÓN DE EXPERTOS
 - 1.1. ¿QUIÉNES SON LOS PERITOS Y LOS TESTIGOS EXPERTOS?
 - 1.2. OBJETO DEL TESTIMONIO DE EXPERTOS
2. CUESTIONES NORMATIVAS Y DE LÓGICA DEL SISTEMA RELEVANTES PARA EL EXAMEN Y CONTRAEXAMEN DE PERITOS Y TESTIGOS
3. TEMAS RELEVANTES PARA LA PRESENTACIÓN Y EXAMEN DIRECTO DE PERITOS
 - 3.1. UN PROBLEMA: LA DECLARACIÓN ESPONTÁNEA INICIAL
 - 3.2. SELECCIÓN DEL EXPERTO Y SU ACREDITACIÓN EN EL EXAMEN DIRECTO
 - 3.3. LA ORGANIZACIÓN DEL RELATO
 - 3.4. ATENCIÓN CON EL USO DEL LENGUAJE ESPECIALIZADO
 - 3.5. HECHOS E HIPÓTESIS
 - 3.6. CONTROL, CONTROL Y MÁS CONTROL
4. EL CONTRAEXAMEN DE PERITOS Y TESTIGOS EXPERTOS
 - 4.1. PRIMERA LÍNEA: “INTERÉS”
 - 4.2. SEGUNDA LÍNEA: “EL PERITO NO ES EL EXPERTO QUE DICE SER”
 - 4.3. TERCERA LÍNEA: “EL PERITO NO PUEDE AFIRMAR CON CERTEZA LO QUE DICE”
 - 4.4. CUARTA LÍNEA: “ESTE PERITO NO ESTÁ SIENDO FIEL A SU PROPIA CIENCIA”
5. EL USO DEL INFORME PERICIAL

Capítulo IX El Alegato de la apertura

INTRODUCCIÓN

1. LA REGULACIÓN NORMATIVA EN EL CÓDIGO PROCESAL PENAL
2. LOS “NO” DEL ALEGATO DE LA APERTURA
 - 2.1. EL ALEGATO DE APERTURA NO ES UN PURO EJERCICIO DE RETÓRICA U ORATORIA

- 2.2. EL ALEGATO DE APERTURA NO ES UN ALEGATO POLÍTICO NI EMOCIONAL
 - 2.3. EL ALEGATO DE APERTURA NO ES UN EJERCICIO ARGUMENTATIVO
 - 2.4. EL ALEGATO DE APERTURA NO ES UNA INSTANCIA PARA DAR OPINIONES PERSONALES
3. ASPECTOS ESTRATÉGICOS A CONSIDERAR EN LA ESTRUCTURACIÓN DE UN ALEGATO DE APERTURA
 - 3.1. LOS JUECES NO CONOCEN EL CASO
 - 3.2. LA CREDIBILIDAD SE CONSTRUYE A PARTIR DEL ALEGATO DE APERTURA
4. ASPECTOS ESPECÍFICOS PARA LA ESTRUCTURACIÓN DE UN ALEGATO DE APERTURA
 - 4.1. PRESENTACIÓN DE HECHOS Y NO DE CONCLUSIONES
 - 4.2. LA EXTENSIÓN DEL ALEGATO
 - 4.3. SIN OPINIONES PERSONALES
 - 4.4. CUIDADO CON EXAGERAR LA PRUEBA
 - 4.5. ANTICIPAR LAS PROPIAS DEBILIDADES Y EXPLICARLAS RAZONABLEMENTE
 - 4.6. CUIDADO CON LOS DETALLES
 - 4.7. LA IMPORTANCIA DE PERSONALIZAR (HUMANIZAR) EL CONFLICTO: EL “TEMA”
5. ALGUNOS COMPONENTES DEL ALEGATO DE APERTURA
 - 5.1. INTRODUCCIÓN
 - 5.2. IDENTIFICACIÓN DE LOS PRINCIPALES INTERVINIENTES EN EL CASO
 - 5.3. ESCENA
 - 5.4. BASES PARA LA ABSOLUCIÓN O CONDENA: EL DERECHO

Capítulo X El alegato final

1. ARMAR EL ROMPECABEZAS, ESPECÍFICO Y CONCRETO
2. CLARO Y DIRECTO
3. CONTENIDO DEL ALEGATO FINAL
 - 3.1. TEORÍA DEL CASO
 - 3.2. CREDIBILIDAD Y ARGUMENTATIVIDAD
4. LA SUFICIENCIA JURÍDICA Y EL DERECHO
5. ESTRUCTURA
 - 5.1. ESTRUCTURA TEMÁTICA

5.2. ESTRUCTURA CRONOLÓGICA

5.3. EL ALEGATO “RELACIÓN” O “LISTA DE TESTIGOS”

6. UNA HISTORIA PERSUASIVA

7. EL RESUMEN DE TODO: EL ALEGATO COMO SENTENCIA

Bibliografía

1. NOTA BIBLIOGRÁFICA

2. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

2.1. LIBROS EN ESPAÑOL

2.2. LIBROS EN INGLÉS

Nota para el lector

Más allá de la introducción que sigue a continuación, nos ha parecido de suma relevancia destacar dos cosas respecto de este manual.

En primer lugar, este ES un texto que habla acerca de derecho procesal penal.

En segundo lugar, este ES un texto destinado también a los jueces, no solo a los litigantes.

Por estos días y desde hace algún tiempo, se ha venido instalando la idea en la enseñanza del Derecho de que “no solo se debe conocer la teoría (procesal penal), sino que también es necesario entrenar las destrezas (de litigación)”. Cuando escribimos la primera versión de este manual el año 1997, esa era la lógica que también nosotros teníamos en mente.

Siempre hubo en esta visión al menos un ligero tono de que, si el dogmático procesal penal era algo así como el ingeniero, la litigación era más bien como el gáster.

Tras varios años de experiencia entrenando litigación en Chile y en el extranjero, sumada a la observación del sistema tanto en nuestro país como en otros, hoy sabemos que la cuestión va todavía mucho más allá: teoría y destrezas son, en una porción muy relevante, una misma cosa.

Salvo que uno sea indiferente a hacer de la teoría procesal penal y de la lectura del nuevo Código una cuestión puramente intelectual, construida sobre la base de conceptos abstractos y frecuentemente huecos –desprovistos de sentido útil para la genuina realización del nuevo sistema–, el único modo de comprender cabalmente las normas sobre juicio oral y prueba es hacerlo desde las destrezas de litigación. La verdad, esto es igualmente cierto respecto del resto de las áreas del proceso también.

Los ejemplos de esto son infinitos: no se puede decir casi nada acerca del derecho a defensa, su contenido concreto y sus límites, si no se conoce en profundidad el modo en que funciona el contraexamen en el juicio oral. Solo cuando se tiene este conocimiento –acerca de la dinámica del contraexamen y sus destrezas– se puede argumentar o decidir acerca de cuestiones tales como, cuánta información previa requiere la preparación de un contraexamen efectivo, cuándo es posible que el tribunal ordene al contraexaminador abandonar una línea de contraexamen sin vulnerar el derecho a defensa, o cuándo la admisión de prueba nueva genera indefensión. Lo mismo, por ejemplo, en relación con todo el sistema de objeciones, que le exige a los jueces tomar decisiones respecto de información que aún no se ha producido, pero que litigantes y jueces entrenados pueden anticipar y resolver. Sólo destrezas afinadas de litigación permiten leer correctamente normas como la prohibición de preguntas sugestivas en el examen directo, y saber que dicha prohibición tiene múltiples excepciones, aun cuando ninguna de ellas esté expresa en el Código; simplemente vienen impuestas por la dinámica misma de la litigación, y los valores del sistema que, en este caso, solo pueden ser cabalmente comprendidos cuando se sabe cómo opera la producción de información en juicio. Incluso a nivel de juez de garantía existen

múltiples cuestiones que están absolutamente asociadas a temas cruciales de litigación: por ejemplo, la relevancia o pertinencia de una prueba solo puede evaluarse desde la teoría del caso de las partes y su funcionamiento en juicio; cuando no se sabe esto, se plaga los manuales de definiciones superficiales o derechamente erradas –del tipo “la pertinencia tiene que ver con la prueba que acredita el hecho materia de la acusación y la participación”. Incluso decisiones como la prisión preventiva o la evaluación acerca de si un cierto caso satisface o no los respectivos requisitos legales, con frecuencia exigen de los jueces poder hacer una cierta proyección acerca de qué pasaría con el caso sometido a la dinámica de litigación en juicio.

En fin, los ejemplos no dejarían de tocar prácticamente ninguna institución procesal. Si un juez –de juicio o de garantía– no conoce las dinámicas de litigación con cierta profundidad, sus posibilidades de tomar decisiones en frente de las cuestiones normativas –de admisibilidad, de credibilidad o de legalidad– se ven seriamente mermadas.

Un jurista que no sabe litigación –litigante, juez o profesor de derecho– simplemente elabora teorías abstractas, intelectuales, que no responden a la realidad, a los problemas y a los valores para los que dichas normas fueron diseñadas. Y con demasiada frecuencia esto – en América Latina lo sabemos bien– desnaturaliza el proceso, lleva a lecturas lineales y literalistas de las normas, equivoca las interpretaciones, genera requisitos absurdos o bien los estima satisfechos con cumplimientos puramente formales. Finalmente, terminamos entregando la comprensión de nuestras instituciones procesal-penales a la Real Academia Española de la Lengua, o a la esclavitud de absurdos silogismos, categorizaciones, excesos conceptuales y fetichismos teóricos, que privilegian que dichas teorías “sean consistentes y redondas”, aun cuando ellas solo arrojen más sombra que luz a nuestro uso de las normas procesales.

En nuestra opinión, no hay tal cosa como “está la teoría procesal penal, por un lado, y las destrezas de litigación, por el otro”. Litigación y teoría procesal son dos caras de la misma moneda. La teoría está para comprender mejor la realidad y para resolverla igualmente mejor. Si una teoría no puede hacer esto, no se ve para qué otra cosa pudiera servir. Si una teoría no responde a la realidad, entonces tal vez sea hora de cambiar la teoría. En las ciencias de verdad –la ciencias naturales– todos entendemos claramente esta idea: si un físico dijera que un avión puede volar con alas de plomo y, llegado el día, el avión no logra más que derrapar por la pista, todos estarían de acuerdo en que la teoría del físico era simplemente una mala teoría y que hay que abandonarla. Nosotros los abogados, en cambio, probablemente inventaríamos conceptos y categorías para la expresión “volar”, distinguiríamos el vuelo “real” del vuelo “ficto”, y haríamos de ese físico una eminencia en aerodinámica.

En el mundo del proceso penal acusatorio –especialmente en el mundo de la prueba y el juicio– la realidad está representada por la disciplina de litigación. Quien no sabe litigación deteriora su capacidad para hacer teoría; con frecuencia, sólo se limita a repetir teorías de otras personas. Sin litigación, las personas tal vez sepan, pero con demasiada frecuencia no comprenden. Como dice el viejo proverbio chino, tal vez tengan peces, pero no saben pescar: pueden repetir fórmulas ajenas si es que tienen la fortuna de que el caso que tienen entre manos sea suficientemente parecido al que trató un cierto autor, o a lo que dice

literalmente una regla legal; pero si uno los saca un par de milímetros del camino conocido, empiezan a darle palos a la piñata. Esa es la razón por la cual en América Latina –en donde las cuestiones de litigación han campeado por su ausencia– los sistemas se equivocan tanto (en casi ningún país donde la reforma procesal penal se ha intentado, se ha consolidado un genuino sistema acusatorio). Esa es también la razón por la cual –para tomar las palabras de un Ministro de Corte amigo– sin un conocimiento genuino de las cuestiones de litigación en juicios orales, es difícil ver en un jurista haciendo dogmática procesal, un interlocutor legítimo.

Y esto es cierto, en nuestra opinión, lo mismo para litigantes, jueces y profesores de Derecho.

Los autores

Presentación de Alberto Binder

El juicio oral y público que tan trabajosamente vamos estableciendo y aceptando en América Latina no es un simple “artificio” procesal. Su naturaleza y fuerza institucional proviene de su estrecha vinculación con la dinámica del conflicto, con la ineludible inserción social de ese conflicto y con las finalidades políticas de la administración de justicia, vinculadas a la disminución de la violencia y el abuso de poder. Cuando decimos, con fórmula sintética, que el “litigio es un conflicto formalizado” nos referimos a este vínculo profundo entre las formas del juicio y la vida social. De ese vínculo surge una forma de transitar por el juicio oral que tampoco es artificial, sino que está conectada a las mismas características del conflicto y las necesidades de institucionalizarlo. A ese tránsito, que tiene sus reglas, sus habilidades, su saber, sus compromisos políticos y su ética lo llamamos “litigar” y, posiblemente, junto con la capacidad de darle formas seguras a las múltiples variedades de la cooperación humana, litigar constituye el núcleo del “arte de la abogacía”.

Este “manual de litigación” que nos presentan remozado Mauricio Duce y Andrés Baytelman, ahora enriquecido con la experiencia docente de los últimos años, desarrollada en varios países de nuestra región, no es, en consecuencia, un libro auxiliar, es decir, para clínicas, “prácticas” o cursos complementarios, sino un manual para el aprendizaje de la abogacía. Esta frase parece de circunstancia y por eso necesita una mejor justificación. En el estado actual de la literatura jurídica y, más aún, en la literatura dedicada a la enseñanza del derecho, un libro que se limitara a exponer teorías, conceptos, historias, no necesita justificación. Menos aún necesitan justificación esos libros que apenas superan el simple relato de lo que dicen las leyes o hacen sinopsis del pensamiento de autores, aun de fácil lectura o disponibilidad. Esos son “textos de enseñanza” que admitimos y hacemos circular sin mayor cuestionamiento. Es francamente dudosa la utilidad para el estudiante de muchos de esos libros que hoy llenan los escaparates de las librerías universitarias. Lo que ocurre es que responden a los dos mayores vicios de la enseñanza actual del derecho: por un lado, el “saber forense”, entendido como el conocimiento de los trámites elementales del procurador, no ya del abogado; por el otro, el “conceptualismo”, es decir, una forma escolástica que confunde el derecho positivo con el derecho profesoral y entiende que la tarea más noble (y teórica-mente más fecunda) es rebatir teorías de otros profesores e inventar clasificaciones hasta donde el juego de la lógica lo permita.

El saber jurídico que trasmite esa literatura de enseñanza no solo es pobre, sino que le hace mucho daño a nuestros países. Gracias a ella nuestras universidades perpetúan una ideología del Derecho al servicio de sistemas judiciales autonomizados de sus finalidades sociales, incomprensibles para la ciudadanía, atrapados por la cultura inquisitorial y poco eficaz para cumplir las más elementales tareas políticas. Todo ello en desmedro del imperio de la ley y de la fortaleza de nuestras instituciones. Creo que pocas veces como en el presente se ha puesto en evidencia la profunda contradicción de nuestra cultura jurídica con las necesidades sociales de seguridad, consolidación institucional, creatividad jurídica e igualdad social.

En este libro el alumno podrá descubrir los vínculos profundos que existen entre el saber práctico de la abogacía y sus más importantes funciones sociales. Aprender a trabajar en sistemas adversariales significa, nada más y nada menos que, fortalecer la capacidad del sistema judicial de reconocer los intereses de las partes y, en este sentido, “humanizarlo”. Significa también conectar muchos de los principios fundamentales de defensa de la persona con herramientas concretas y eficaces. La declamación solo realza la poesía. La declamación de principios que no se respaldan en herramientas de trabajo solo puede satisfacer a un narcisismo de lo “correcto” que degrada la lucha y la idea de la dignidad humana.

Si el conflicto es un juego de intereses que no se resuelven en armonía, el juicio deberá ser una estrategia para lograr que alguno de esos intereses triunfe. Esta idea que parece meramente utilitaria es mucho más respetuosa de la persona humana que aquella que pretende que todos los intereses en conflicto deban ser subordinados a ideas abstractas de “verdad” o “justicia” que normalmente esconden la ideología de los jueces o la vana pretensión de su superioridad moral. Aprender a litigar es aprender a controlar la prueba y en esa actividad se resume buena parte de las garantías judiciales que hoy conforman uno de los núcleos más importantes de los Pactos Internacionales de Derechos Humanos. Hace tiempo nos advirtió Ihering: “La finalidad del derecho es la paz, el medio para ello es la lucha”. Si lográramos que la lucha por el Derecho se desarrolle en la sala de audiencia, ese pequeño espacio de civilidad que todavía nos resistimos a respetar y custodiar como el centro de la abogacía, seguramente haríamos avanzar nuestra cultura jurídica mucho más allá que cientos de tratados enjundiosos. Este manual solo tiene sentido si existen “salas de audiencia” y por ello es un libro “estrictamente jurídico”.

Ojalá que el empeño de Duce y Baytelman se extienda por toda nuestra América Latina y que la esforzada reforma de nuestros sistemas de justicia penal vaya ingresando a golpes de buena enseñanza en nuestras Escuelas de Derecho, atrapadas cómodamente en un “sopor dogmático” o en un “ritual de repetición” que les permite sobrevivir sin traumas en medio de la crisis de legalidad y de la sinrazón jurídica.

Alberto M. Binder
Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales
(INECIP)

Presentación de Juan Enrique Vargas

Mucho se ha hablado de que reformas procesales penales, como las que se han impulsado en los últimos años en Latinoamérica, entrañan un profundo cambio cultural. Poco, sin embargo, se ha avanzado en tratar de entender y explicar qué significa exactamente tal cambio cultural y menos aún en poder influir en él. Sin dudas la cultura de los operadores legales es algo complejo, integrado por elementos que juegan en diversos niveles. Están primeramente presentes las creencias y valores más profundos que los animan, su concepción del derecho y del rol que cada uno juega en él. Pero también integran esa cultura elementos menos elevados, más profanos y menos glamorosos si se quiere, tales como la forma en que realizan su trabajo cotidianamente esos operadores, como se relacionan con sus colegas y superiores, en fin, la estructura de incentivos que existe dentro de la institución o profesión que desempeñan. Para influir en tal complejidad de factores se hace necesario también ejercer muy diversas acciones: cambios en el diseño normativo, en la estructura institucional, en los procedimientos de trabajo, en fin, hasta en las remuneraciones si se quiere, todo lo cual termina incidiendo en esa cultura y su reproducción. Como se ve, cada una de esas medidas afecta algunos de los elementos que gruesamente hemos descrito como constitutivos de la cultura. Hay sin embargo un tipo de acción que tiene la virtud de incidir al unísono en todos y cada uno de los niveles, aunque tradicionalmente no haya sido utilizado como tal. Nos referimos obviamente a la capacitación.

Decimos que la capacitación tradicional no ha sacado partido a sus potencialidades para incidir en el cambio de la cultura judicial prevaleciente, tanto por las limitaciones de su concepción, como por las debilidades en su ejecución. En cuanto a la concepción, lo más significativo ha sido la diferenciación tajante que se ha hecho entre la capacitación en teorías y conceptos y el entrenamiento en habilidades y destrezas. Solo el primero, en el ámbito del Derecho, ha sido realmente valorado y explotado, dirigiéndose allí el grueso de las acciones de capacitación de las Facultades de Derecho y escuelas judiciales. El segundo, el de las destrezas, ha quedado olvidado e incluso ha sido menospreciado. Pero más relevante aún para estos efectos que la carencia cuantitativa de programas prácticos de entrenamiento, ha sido la creencia de que uno y otro nivel de capacitación están completamente diferenciados y no se intersectan; la creencia de que el entrenamiento en destrezas supone una capacitación teórica previa y de que esa capacitación en destrezas solo sirve para transmitir habilidades pedestres y cotidianas, mas no nociones abstractas.

En cuanto a las debilidades de ejecución, son bien sabidas las múltiples deficiencias de la educación formal a la que son sometidos abogados, jueces, fiscales y defensores. La clase magistral, la repetición memorística, la ausencia de una preparación adecuada para resolver problemas, para usar información para enfrentar situaciones nuevas, son el común denominador de los programas. Si esto es claramente insuficiente para la formación de futuros abogados en las escuelas de Derecho, lo es más agudamente aun cuando los que hay que capacitar son operadores adultos con experiencia –buena o mala– en el ejercicio de su profesión. Programas recargados, que repiten lo que ya debió haberse estudiado en la

Universidad o que se limitan simplemente a una exégesis más o menos rigurosa de un nuevo texto legal, poco o nada pueden aportarle a un operador legal con años de ejercicio. Pues bien, son esas las características que han tenido los programas de capacitación diseñados para “implementar” los nuevos sistemas procesales penales en Latinoamérica.

Así concebidos, realmente no es de extrañar que el tan mentado cambio cultural poco se haya producido. Como hemos repetido estos años, nos equivocamos cuando diseñamos las reformas y pensamos que nuestros enemigos futuros iban a ser los contrarreformistas que al cabo de un tiempo se iban a reagrupar y volver por sus fueros con nuevas normas que desandarían el camino de la reforma. No, nuestros enemigos no han sido esos contrarreformistas, más allá de lo sucedido en algunas situaciones puntuales. El principal problema para la vigencia real de los nuevos sistemas lo han constituido los propios reformistas, personas realmente comprometidas con los valores y principios que encarna el nuevo sistema, que quieren actuar en consonancia con él, pero que al no comprenderlo del todo y, principalmente, al no saber cómo ajustar su conducta diaria, su actuar más cotidiano al nuevo sistema, terminan llenando todos esos vacíos con lo único que conocen que no es otra cosa que el antiguo sistema. Es por esa vía y no producto de la contrarreforma que el sistema inquisitivo se nos cuele día a día, que el expediente renace de sus cenizas y que las audiencias dejan de ser un auténtico debate para convertirse en una simple teatralización sin sentido.

La reforma no se completa con la afirmación del principio de la oralidad. La reforma se completa cuando se sabe cómo organizar una audiencia oral y qué debe hacer cada uno de los participantes en ella, hasta en sus menores detalles, para el correcto cumplimiento de sus fines. La capacitación, si quiere lograr realmente un cambio cultural, tiene que ser capaz de transmitir no solo la noción tras el principio, sino también su concreción práctica, lo cual es a su vez, y esto es lo que quisiéramos resaltar, la única vía para lograr entender cabalmente lo que significa ese principio, con todas sus complejidades teóricas incluidas. Esto vale tanto para la oralidad como para los restantes principios sobre los que se construye la reforma. La capacitación entonces pasa a ser la bisagra que une y da sentido a los principios con la praxis, que dota realmente de sentido a la reforma, que permite cerrar el círculo en la mente y las acciones de los operadores.

Es en este contexto que valoramos especialmente el esfuerzo revitalizador de la capacitación que viene impulsando desde hace años ya la Universidad Diego Portales de Chile, a través de la adaptación a la realidad de nuestros países de las metodologías de litigación desarrolladas preferentemente en el mundo anglosajón. Pero ese esfuerzo no se ha limitado a un simple ejercicio de adaptación, sino ha ido más allá como lo prueba este libro de los profesores de esta Universidad, señores Andrés Baytelman y Mauricio Duce, que permite repensar en forma profunda la capacitación legal a partir del entrenamiento de destrezas y habilidades. Se puede decir que una reforma tan radical como ha sido en lo jurídico el cambio de un sistema inquisitivo por uno adversarial, demanda también reformas en la misma medida radicales en ámbitos como la gestión judicial y la capacitación judicial. Un instrumento para materializar esto último es lo que nos entrega la presente publicación.

Los profesores Baytelman y Duce vuelcan en este texto su experiencia a partir de la realización de un elevado número de cursos de capacitación en litigación en países como Argentina, Chile, Ecuador, México, Paraguay y Perú, a la par de haber participado en programas de capacitación regional dirigidos desde CEJA. El impacto de estos esfuerzos de capacitación ha sido notable en la Región. No solo han permitido extender la idea de la reforma, sino cambiar en forma muy concreta la dirección que estaban llevando los procesos de implementación. Hemos podido presenciar cómo allí donde la “lectura” de los nuevos Códigos nos había llevado de vuelta a los viejos procedimientos, uno solo de estos talleres ha tenido la virtud de dar un giro hacia una nueva concepción mucho más adversarial del nuevo sistema, lo que se tradujo en cambios concretos de prácticas en los tribunales.

Con mayor o menor intensidad, esta metodología ha dejado huella en todos los lugares y personas que han estado expuestos a ella. Tal impacto debiera aumentar en forma considerable a través de la difusión de este texto, que perfecciona significativamente uno escrito años atrás, el cual esperamos tenga una amplia difusión a nivel regional.

Juan Enrique Vargas
Director Ejecutivo
Centro de Estudios de Justicia de las Américas

Presentación de Marcos Kusanovic

Las exigencias que impone litigar en el nuevo proceso penal obligan a los abogados, sean fiscales, querellantes, defensores o jueces, a prepararse para responder adecuadamente a un ejercicio profesional distinto de lo que, hasta ahora, ha sido tradicionalmente conocido en el trabajo de los tribunales en nuestro país.

El desarrollo diario de las distintas dinámicas de presentación de casos, que podemos apreciar en las audiencias, ha ido incorporando, paulatinamente, nuevos enfoques y criterios que van de la mano con la utilización de distintas herramientas procesales, solo algunas de las cuales tienen claro sustento normativo.

La tarea de los litigantes y de los jueces al resolver no es fácil, si a lo anterior agregamos un escenario de toma de decisiones rápidas y oportunas que para todos los actores se potencia por la publicidad y oralidad de un debate intenso debido a la lógica adversarial del juicio oral que no admite tiempo para dudar.

Lo expuesto cobra relevancia si pensamos que detrás de ello se encuentra la legítima expectativa de los jueces de que el debate introduzca información y argumentos de calidad, pues solo de esa forma se podrán provocar los pronunciamientos que permitan, no solo llegar finalmente a reconstruir lo mejor posible la verdad de lo ocurrido, sino además, asentar criterios o parámetros que, como referentes seguros, nos permitan avanzar y entender mejor este nuevo proceso penal con el cual tan identificados nos sentimos.

El manual de litigación que vienen perfeccionando desde hace años Andrés Baytelman y Mauricio Duce es fruto de un trabajo constante que, a estas alturas, no puede pasar desapercibido para quien pretenda estar al día en las prácticas que se desarrollan en los tribunales de juicio oral con el avance de la reforma.

Pero no es eso lo que deseo sucintamente destacar, sino el aporte de un texto que, como pocos hasta ahora en el medio local, expresa en cada capítulo una verdadera comprensión de la dinámica y noción estratégica del juicio oral, con directrices certeras para la adecuada resolución de los variados y, a veces, complejos problemas a que nos vemos enfrentados casi a diario quienes nos desempeñamos en la sala del nuevo sistema procesal penal.

Si alguna literatura puedo sentirme autorizado a recomendar para ser utilizada en el actual escenario en que se desarrolla el debate en las salas de audiencias de los tribunales de Juicio Oral, es la que surge de las páginas de este libro donde sus autores han sabido plasmar el mejor conocimiento que podemos detentar actualmente del modelo procesal penal implementado en nuestro país.

Marcos Jorge Kusanovic Antinopai
Juez del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal Rancagua

Introducción

Enseñanza del derecho indulgencia con la ineptitud

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 instancias distintas de los tribunales de juzgamiento, y la instauración de juicios orales.

Más allá de los cambios estructurales a los cuales se han visto sometidas las leyes e instituciones que participan de nuestro 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 en materia de capacitación están desarrollando un nuevo paradigma de enseñanza legal, que lentamente ha comenzado 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 dichos operadores. Algo similar ocurrió en Chile. En el caso de los jueces, la capacitación sistemática comenzó solo recientemente en nuestro país con la creación de la Academia Judicial en el año 1996. La Defensoría Penal Pública y el ministerio público, por su parte, 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 último, no contaban en el área más que con un muy precario y desarticulado mercado de capacitación de posgrado.

La idea que quizás más contribuya a entender este estado de cosas anterior al proceso de reforma, es que en un sistema de justicia criminal de corte inquisitivo existen pocas razones estructurales para tomarse en serio la preparación tanto de jueces como de abogados, al menos en el sentido más consistente con la imagen que tenemos de la profesión jurídica. 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 había venido haciendo. Nos parece que existen tres buenas razones por las cuales un profesional – un juez o un abogado– en lugar de volver temprano a su casa y disfrutar de su familia o gozar de una buena obra de teatro, preferiría invertir esfuerzo, tiempo, y recursos en adquirir nuevos conocimientos y destrezas y, de esa manera, estar en la punta de su disciplina. Estas tres buenas razones son: ingresos, ascenso y/o prestigio.

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.

Las personas se perfeccionan porque creen que de este modo van a poder aumentar sus ingresos, avanzar en su carrera obteniendo ascensos o promociones, o bien porque su prestigio, que también constituye una herramienta de trabajo, puede verse en jaque si no lo hacen². 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 de la familia y gozar del teatro.

El sistema inquisitivo vigente en Chile hasta antes del proceso de reforma constituye un buen ejemplo de un entorno profesional donde un mayor perfeccionamiento profesional no es realmente ‘rentable’, o lo es muy marginalmente. En efecto, el sistema procesal penal inquisitivo 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 líneas muy separadas de lo que pudiera suponerse, esto 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 se agrega de manera tan marginal al éxito o competitividad de cada cual, que hace del todo razonable que ni uno ni otro derrochen recursos, tiempo y energía en perfeccionarse.

Muy por el contrario, el sistema inquisitivo es sobreco-gedoramente 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 cuentas 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.

² 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.

No queremos decir 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 solo que, en el entorno de incentivos construido por el sistema inquisitivo, un abogado o un juez puede ser inepto, poco profesional o ignorante, y aun así ser perfectamente exitoso y competitivo. A su vez, 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. Por el 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 ministros de sus respectivos tribunales superiores, que ven sus decisiones frecuentemente revocadas; abogados que confían ingenuamente en sus conocimientos jurídicos litigando ante los empleados del tribunal de menor 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, ni ser lo suficientemente rentable como para que valga la pena, desde el punto de vista de los actores, invertir en ella, en desmedro de ocupar tiempo, energía y recursos en las otras destrezas que el sistema sí parece recompensar (como el cultivo de su “llegada” en los tribunales, o el dominio del “trámite”).

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.

Al respecto, 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 de la cual se afirman valores, se instalan simbologías, y se envían y reciben mensajes mutuos. 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 está 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 aquellos 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 de una manera importante 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 esta instancia de confrontación arrojará la mayor cantidad de información sobre el caso, a la vez que depurará la calidad de dicha información. Este modelo –que revisaremos más adelante con mayor profundidad– ha desarrollado toda una nueva metodología de enseñanza y es probable que exija a los estudios jurídicos alterar sustancialmente la organización de su trabajo penal; lo que interesa resaltar aquí, sin embargo, es que la situación pública en la que se encuentran abogados y jueces incentiva la confrontación: el sistema promueve a 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 (de argumentación y de prueba), construyan su propio caso sobre la base de que la contraparte hará lo mismo y, 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 tra-bajados por todos los operadores con todo este rigor; pero esta 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 no menos poderoso: 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. En efecto, 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; 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.

El nuevo sistema, en cambio, pone por primera vez a las partes a litigar casos en audiencias orales, en donde las decisiones se juegan realmente en el trabajo efectivo con la prueba y la argumentación jurídica. De muchas maneras, esta labor hace de la profesión de abogados y jueces algo profesionalmente muy atractivo y estimulante.

En este escenario de nuevas lógicas y destrezas que impone el sistema, la capacitación de los actores del sistema juega un rol clave en la implementación y en el éxito de la Reforma. Para tales efectos, estos materiales tienen como propósito 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 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 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, subyace a ella la idea que el juicio es un ejercicio profundamente estratégico y que, en consecuencia, comportarse profesionalmente respecto de él consiste –en particular para los abogados, aunque esta visión también altera 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 que allí realizan abogados y jueces, es radicalmente distinta al modo en que la actual cultura jurídica percibe esta instancia. En efecto, 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 latinoamericana, 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 cómo distorsionar la realidad de manera de poder engañar a los jueces, ni que estos 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 proceso penal.

La primera idea es que *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. A su turno, 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’); por último, 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 solo en la medida en 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 relevante sea la información que una prueba contenga si dicha información es entregada de una forma tan estratégicamente torpe y defectuosa que su contribución no es capturada o comprendida por los jueces. Concebir el juicio como un ejercicio estratégico no consiste en distorsionar la realidad, sino, al contrario, 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 el 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: enseña 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 a los 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 posición más ventajosa para resolver el caso.

La segunda idea que subyace a la visión 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, viene 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, 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 estructurada 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 saber las reglas del juego, debe conocer a sus compañeros de equipo y las capacidades de cada uno, 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– si no es 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, cuáles son los límites que encuentran las partes en su capacidad de examinar y contraexaminar en el juicio y, en fin, 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 suele requerir también de prueba 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 en el 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 es 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 relacionadas con 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 dominamos 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 posgrado 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 la integraban. 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 nacen de él uno prácticamente nuevo. 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. 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 a otros países con mayor experiencia en estos temas, particularmente Estados Unidos, 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, 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 con una lectura desnuda de 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, solo 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 nos ha parecido una exigencia ética por la cercanía con que tomamos las estructuras de otros textos o las expresiones de otros autores. 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. A su turno, hemos evitado el tono académico y, en cambio, privilegiamos una orientación eminentemente práctica y de fácil lectura.

Introducción

El presente capítulo tiene por objeto presentar una visión general de los principales contenidos y etapas del nuevo proceso penal en Chile, con especial énfasis en el análisis de las reglas que regulan el juicio oral. La idea es proveer a los lectores del marco normativo básico en el cual se deben desplegar y ejecutar las actividades de litigación que revisaremos en el resto del libro. No se trata, en consecuencia, de realizar una revisión normativa exhaustiva ni análisis dogmáticos detallados de las diversas instituciones, sino presentar de manera general aquellas cuestiones que resulta indispensable conocer para entender la lógica de las destrezas de litigación que revisaremos.

Para los efectos descritos, dividiremos este capítulo en dos partes. La primera de ellas destinada a realizar una breve descripción de las principales etapas de desarrollo del nuevo procedimiento. La segunda parte abordará la revisión de los diversos aspectos que configuran la regulación de la audiencia de juicio oral en nuestro Código.

Capítulo I

Explicación panorámica del nuevo proceso penal análisis de los principales aspectos de la regulación normativa del juicio oral en Chile

1. Etapas de desarrollo del nuevo Proceso Penal chileno

El nuevo proceso penal está compuesto centralmente por cinco etapas: la de investigación; la de preparación del juicio oral, el juicio oral, la de impugnación de la sentencia y la de ejecución. En lo que sigue, describiremos de manera general las tres primeras etapas que son las que resultan más relevantes de ser examinadas para los efectos de explorar las bases normativas de las destrezas de litigación que explora este libro.

1.1. LA ETAPA DE INVESTIGACIÓN

El nuevo sistema se orienta a modificar sustancialmente la etapa de investigación, suprimiendo el sumario criminal del sistema inquisitivo caracterizado por el secreto, cuya realización estaba entregada a un juez de instrucción. Caracterizaba también al sumario la casi completa exclusión de la defensa, y la centralidad de esta etapa dentro del proceso. Por el contrario, el nuevo modelo de investigación implica la transformación de esta en una etapa puramente preparatoria del juicio criminal, entregada a los fiscales del ministerio público, quienes deberán, con el auxilio de la policía, conducir la investigación de los delitos, realizar las diligencias de investigación y ejercer la acción penal pública. Todo lo anterior bajo la supervisión del juez de garantía, juez unipersonal imparcial distinto de aquel que deberá fallar la causa.

Las modificaciones realizadas a la etapa de investigación fundamentalmente buscan darle a esta una mayor racionalidad, en términos de favorecer métodos más eficientes de investigación de delitos, sobre la base de una colaboración muy directa entre los fiscales y los agentes policiales y demás auxiliares. A la vez, se busca garantizar de mejor forma los derechos del imputado por medio de entregar su custodia a un juez completamente alejado de las tareas de investigación y persecución.

El ejercicio de la acción penal pública corresponde al ministerio público, órgano acusador, de acuerdo con el principio de legalidad. De este modo, el ministerio público deberá investigar y, en su caso, plantear la acusación respecto de todos los delitos que lleguen a su conocimiento. No obstante lo anterior, se reconoce la posibilidad de que el ministerio público no ejercite la acción penal, basado en diversas consideraciones de oportunidad que regula el Código Procesal Penal.¹ Se permite también poner término al proceso por vía de la

¹ Estas facultades son tres: (1) La facultad de no iniciar la investigación para los casos en que el hecho denunciado no sea constitutivo de delito o la responsabilidad penal del autor se encuentre extinguida, (2) el archivo provisional para los casos en los que sobre la base de los antecedentes disponibles es posible proyectar que no se podrán esclarecer, y (3) el principio de oportunidad para los casos que tienen asignadas penas menores y el fiscal considere que no se afectó de manera grave el interés público. Estas facultades están reguladas en los artículos 167 a 170 del Código Procesal Penal.

suspensión condicional del procedimiento, quedando, en todo caso, el imputado obligado a cumplir ciertas condiciones, sin necesidad de reconocimiento de culpabilidad, para aquellos casos en que exista el pronóstico de que, aún llegándose a la condena, deberá aplicarse una medida alternativa a la privación de libertad. Asimismo, se puede poner término al proceso durante la etapa de investigación, aun cuando el ministerio público esté en desacuerdo, en casos en los que el imputado alcance un pleno acuerdo reparatorio con la parte agraviada, tratándose de delitos que afectan a ciertas categorías de bienes jurídicos o de cierta naturaleza.

En los casos en los que el ministerio público decida llevar adelante una investigación, podrá investigar libremente sin limitaciones de tiempo. No obstante, cuando la persecución respecto de una persona determinada pueda importar afcción a sus derechos constitucionales y, en consecuencia, se requiera la intervención judicial, deberá formular cargos precisos en contra del imputado. Esta formulación de cargos se denomina formalización de la investigación y sustituye al auto de procesamiento del sistema inquisitivo: no importa anotación en los antecedentes personales del imputado, no genera en principio ninguna afectación de derechos, ni implica ningún grado de sospecha, al menos judicialmente hablando. La formalización de la investigación tiene por objetivo central dejar en evidencia el hecho de llevarse a cabo una investigación de orden criminal, por un hecho determinado, respecto de una o más personas, también determinadas. La formalización de la investigación tiene el efecto de suspender el curso de la prescripción de la acción y de dar inicio a un plazo máximo de dos años para completar y cerrar dicha investigación.

En esta fase, el juez de garantía tiene fundamentalmente atribuciones de control y resguardo de las garantías constitucionales ligadas al debido proceso y a la libertad personal del imputado. Las actuaciones de la investigación siempre pueden ser examinadas por el imputado, las personas a quienes se haya acordado intervención en el procedimiento, los defensores y los mandatarios, salvo cuando pudiera entorpecerse la investigación, caso en el cual el ministerio público puede disponer la reserva parcial de ellos por decisión de los fiscales y por lapsos determinados. Esta decisión siempre podrá ser revisada, a petición de parte, por el juez de garantía. Por el contrario, la investigación siempre es reservada para los terceros extraños al procedimiento.

1.2. LA ETAPA INTERMEDIA O DE PREPARACIÓN DEL JUICIO ORAL

Entre la etapa de investigación y el juicio oral se crea un procedimiento intermedio de carácter oral, realizado también ante el juez de garantía y que tiene por objeto principal la preparación del juicio, fijándose de modo preciso su objeto, los sujetos intervinientes, así como la prueba que deberá ser examinada.

Esta etapa tiene un desarrollo muy simple que se inicia una vez concluida la etapa de investigación y declarado el cierre de la misma por parte del fiscal. Hecho esto, el fiscal cuenta con un plazo de 10 días para formular su acusación por escrito, si es que estima que hay mérito para ello. Si formula acusación debe enviarla al juez de garantía quien debe citar a la audiencia intermedia o de preparación del juicio oral.

En la audiencia misma, si no hay problemas formales o de fondo, el juez de garantía procederá a fijar el objeto del debate, a determinar los medios de prueba y el tribunal que conocerá del juicio. En la determinación de la prueba que puede llevarse al juicio, el juez de garantía está facultado para excluir la aquella obtenida con infracción a derechos fundamentales y las partes están habilitadas para acordar convenciones probatorias sobre hechos que no requerirán ser probados luego en el juicio.

1.3. EL JUICIO ORAL

El eje central de la reforma está constituido por la instauración del juicio oral ya que solo esta forma de llevar adelante el proceso otorga adecuadas garantías en términos de la intervención e imparcialidad judicial, del ejercicio efectivo de la defensa y del control público, tanto de la actuación de todos los intervinientes como del modo de realización de la prueba.

El juicio oral es público, concentrado, con vigencia estricta del principio de inmediación. Esto supone que el tribunal debe recibir y percibir en forma personal y directa la prueba, y que su recepción y percepción debe obtenerse a partir de su fuente directa. De este modo, salvo casos muy excepcionales, los testigos y peritos deberán comparecer personalmente al juicio para declarar y ser examinados y contraexaminados directamente por las partes, sin permitirse la reproducción de sus declaraciones anteriores por medio de su lectura.

En este nuevo sistema los jueces que dictan el fallo lo hacen sobre la base de lo obrado en el juicio oral, entendiéndose que el conocimiento obtenido en él es el único que habilita para un pronunciamiento adecuado sobre el fondo del asunto. Por ello se limitan severamente los recursos, regulándose solo un recurso de nulidad como vía de impugnación del juicio, cuyo efecto principal en caso de concederse obliga a la reiteración del mismo ante un tribunal distinto.

El tribunal que conoce el juicio oral es colegiado y se integra por tres jueces profesionales. No obstante, los casos de menor gravedad son fallados por tribunales unipersonales (los jueces de garantía, tratándose de los procedimientos simplificados).

En materia de prueba, el nuevo sistema introduce modificaciones sustanciales. La primera de ellas es que la prueba debe producirse necesariamente en el juicio oral de forma contradictoria. Además, se abandona el sistema de prueba legal o tasada y, en su reemplazo, se establece el sistema de libre valoración de la prueba. Esto implica que el tribunal es libre y soberano para decidir a cuál de todos los medios de prueba le va a reconocer mayor mérito, sin que la ley le pueda limitar ese enjuiciamiento. Ello no se opone a la formulación de diversos límites, como son: máximas de la experiencia, leyes del razonamiento lógico y el conocimiento científico. En todo caso, en el sistema de la libre valoración importa que los fallos fundamenten de manera detallada las pruebas que forman la convicción del juzgador (que para condenar requiere ser una convicción más allá de toda duda razonable), es decir, la fundamentación debe permitir la reproducción del razonamiento utilizado para alcanzar dicha convicción.

El veredicto debe dictarse sin solución de continuidad en el juicio oral, debiendo el tribunal pronunciarse sobre la absolución o condena del acusado. Hecho eso, tiene un plazo relativamente breve (cinco días) para determinar la pena y redactar el fallo.

2. Regulación del juicio oral

Sobre la base de la explicación general precedente, nos detendremos en el análisis del desarrollo de la audiencia de juicio oral en nuestro código procesal penal. Este análisis nos permitirá adelantar el conocimiento básico de las principales normas que determinan el marco normativo en donde deben desarrollarse las actividades de litigación de las diversas partes en el juicio.

2.1. ACTORES NECESARIOS Y ACTORES EVENTUALES

El juicio oral demanda la presencia necesaria de los siguientes actores:

- a) Los jueces que fallarán el caso

El nuevo sistema entrega el conocimiento del juicio oral a un panel de tres jueces profesionales –sin jurado ni escabinos– que forman parte del ‘Tribunal Oral en lo Penal’. Estos tribunales reúnen a un conjunto de jueces, quienes integran salas de tres para conocer los juicios. El número de jueces varía según las necesidades de la jurisdicción. Cada uno de esos ‘grandes tribunales’ cuenta con un ‘juez presidente del Comité de Jueces’ a cargo de la administración del tribunal, junto con la administración profesional. La integración de las salas que componen el tribunal varía según reglas preestablecidas, sea por casos o por períodos. A su vez, cada una de estas salas de tres jueces tiene, para cada juicio, un presidente a cargo de arbitrar el debate.

Ahora bien, una vez que se ha cerrado la investigación y se ha deducido acusación por parte del ministerio público, el juez de garantía confecciona el “auto de apertura del juicio oral”, documento en el cual se contiene la acusación, la defensa y los medios de prueba que se utilizarán en el debate. Recibido el auto de apertura por el juez presidente del tribunal, se fijará fecha para el juicio. Esta fecha no podrá ser antes de quince ni después de sesenta. El juez presidente señalará también la integración precisa de la sala del juicio, de acuerdo con el sistema de distribución de causas previsto en el tribunal. Los jueces en lo penal pueden ser inhabilitados por las partes según las normas generales de impugnaciones y recusaciones contenidas en el Código Orgánico de tribunales. La ausencia de cualquiera de los jueces en cualquier porción del juicio acarrea la nulidad del mismo. No obstante, el juez presidente del tribunal podrá convocar a un número mayor que los tres jueces requeridos cuando existan circunstancias que permitan presumir que alguno de estos deberá ausentarse del debate. Por supuesto, una vez que un juez se ausenta del debate no puede seguir conociendo ese juicio.

- b) El ministerio público

Se trata en este caso de la institución y no de un fiscal en particular. El ministerio público opera bajo el principio de unidad, de manera que cualquier fiscal representa de igual

manera a toda la institución. Al tribunal le es indiferente cómo el ministerio público organice su comparecencia a juicio. Habiendo en la sala un fiscal que dice venir a litigar el caso en juicio, la presencia del ministerio público se encuentra satisfecha. La ausencia del ministerio público en cualquier porción del juicio acarrea su nulidad.

c) El acusado con su defensa

Aunque el acusado tiene derecho a presenciar todo el juicio, el Código contempla ciertas hipótesis en que puede ser excluido:

- Cuando el propio acusado así lo solicite.
- Cuando el tribunal ordene que el acusado haga abandono de la sala, porque su comportamiento perturba el orden de la audiencia.

En ambos casos, si el acusado reingresa a la audiencia, el Código dispone que el presidente de la sala le informe de lo ocurrido en su ausencia (ver artículo 285).

En el caso del defensor, su presencia en el juicio es un requisito de validez del mismo (ver artículo 286). El artículo 287 establece sanciones para el abogado que no asistiere o abandonare la audiencia injustificadamente. Esta norma intenta evitar que la no comparecencia al juicio sea utilizada por los abogados como prácticas dilatorias.

Participan también en el juicio el querellante si lo hay, lo mismo que los actores civiles. Sin embargo, aun existiendo dichos actores, su ausencia en el juicio oral –o la de sus representantes– no impide la realización del mismo, acarreando para ellos en cambio el abandono de la instancia (ver artículo 288 y artículo 120 c).

2.2. INFORMACIÓN CON QUE CUENTAN LOS ACTORES AL INICIO DEL JUICIO

Al momento de inicio del juicio oral, el tribunal no cuenta sino con el auto de apertura elaborado por el juez de garantía en el cual se contiene la exposición de la acusación y de la defensa. El auto de apertura tiene la función de acotar el debate y delimitar la prueba que se va a rendir en él. En consecuencia, los jueces tienen más bien información acerca de qué se va a discutir en el juicio –qué hechos, qué ‘teorías jurídicas’ y qué pruebas– pero no cuentan con nada similar a un expediente y, desde luego, no tienen acceso a la investigación del ministerio público. Esta investigación es precisamente lo que el fiscal está llamado a exponer y probar delante de ellos.

El artículo 281 señalaba que el juez de garantía debía hacer llegar el auto de apertura del juicio oral al tribunal competente, ‘junto con los registros que debieren acompañarse’. Respecto de esta frase se planteó un debate para aclarar su significado. La Corte Suprema interpretó que por ‘otros registros’ debía entenderse toda la carpeta judicial, en la que constaban los registros de todas las audiencias preliminares, es decir, los debates y resoluciones respecto de temas como el control de la detención, la prisión preventiva u otras medidas cautelares, posibles acuerdos para terminar el caso, entre otros, con lo que se puso en peligro varios principios del nuevo Código. El debate terminó cuando el Congreso

eliminó la frase, quedando claro que el tribunal de juicio recibiría solo el auto de apertura de juicio oral.

Las partes, en cambio, cuentan con toda la información que va a ser sometida al juicio, incluyendo la información de la o las contrapartes; como se sabe, la investigación de la fiscalía es pública para la defensa de manera que esta conoce cuál es la información que el fiscal ha adquirido a través de dicha investigación; pero todavía más, el objeto de la audiencia de preparación del juicio oral es precisamente que todas las partes ‘abran sus cartas’ respecto de cuál es la versión de cada quién y a través de qué medios específicos pretenden probarla. Así, el Código señala que el auto de apertura –que resume finalmente esta audiencia intermedia– deberá indicar, entre otras cosas, “la o las acusaciones que deberán ser objeto del juicio, la o las demandas civiles, las pruebas que deberán rendirse en la audiencia oral y la individualización de quienes deban ser citados a esta”. No se trata, pues, de utilizar alguna frase sacramental del tipo “probaré mis dichos con todos los medios que me franquea la ley”; lejos de eso, si se pretende que haya en el juicio genuina contradictoriedad, cada una de las partes debe haber tenido con anticipación al juicio la información que se va a presentar en este, de manera de poder hacer investigaciones independientes y preparar adecuadamente el examen y contraexamen de los testigos y peritos, incluidos los de la contraparte. Esta exigencia de ‘revelación’ o ‘descubrimiento’ de la información con anterioridad al juicio significa, en consecuencia, que las partes llegan a la audiencia principal sabiendo con precisión cuáles son los hechos que están en discusión, cuál es el derecho que cada uno invoca y, sobre todo, cuáles son individualizadamente cada una de las pruebas que se van a presentar y qué es en lo medular la información que aportarán. En este sentido, el artículo 259 inciso 2º dispone que la acusación deberá incluir una lista de testigos y peritos, así como los puntos sobre los cuales dichos testimonios o peritajes recaerán. La defensa puede contestar la acusación de la fiscalía, pero no está obligada a ello. Sin embargo, si quiere presentar prueba en el juicio deberá someterse a la misma regla (ver artículo 263 c).

2.3. INICIO DEL JUICIO ORAL

El día y hora fijados, constituido el tribunal, el juez presidente de la sala deberá realizar los siguientes actos iniciales (artículo 325):

- Verificar que las partes estén presentes y que se encuentren listas para comenzar el juicio, incluida la disponibilidad de todos los intervinientes.
- Declarar iniciado el debate.
- Advertir al acusado que debe estar atento a lo que va a oír. Se trata de que el tribunal se preocupe de explicar brevemente al acusado –pero de forma genuina– cuál es su situación en el juicio, qué es lo que está ocurriendo y cuáles son sus derechos en ello. Esta obligación no se limita a este solo momento del juicio, sino que se mantiene mientras este dure (por ejemplo, cuando va a hacer uso de la palabra o cuando no se le obliga a jurar al tomar el estrado). Las explicaciones dadas al acusado deben ser hechas sin arreglo a ningún formalismo o fórmula sacramental, dirigiéndose a él directamente en un lenguaje que esté en condiciones de comprender a cabalidad.
- Realizar una exposición del contenido del auto de apertura del juicio oral. El auto de apertura es conocido por todas las partes, de manera que se trata más bien de una

corroboración de que todos están de acuerdo en que ese es el auto de apertura –que esos son los límites del debate– emanados para este caso de la audiencia intermedia. Por otro lado, se trata de una exposición del tribunal al público presente en el juicio –a la comunidad– acerca de qué trata el caso que está a punto de verse.

2.4. ALEGATOS DE APERTURA

Realizados los actos iniciales, el presidente del tribunal concederá la palabra al fiscal para que exponga la acusación, y al querellante, si lo hay, para que sostenga la suya, así como la demanda civil si la hubiere interpuesto (artículo 325). Realizadas las exposiciones, se concederá al acusado la posibilidad de tomar la palabra. Se trata de un derecho y el imputado puede o no ejercerlo, a voluntad. Haga uso de él o no, a continuación el abogado defensor podrá hacer su propio alegato de apertura (artículo 326). Realizados los actos iniciales, entonces, cada parte tiene derecho a hacer un alegato de apertura. En ese alegato las partes presentarán al tribunal el caso que está a punto de conocer, señalando qué es lo que la prueba demostrará y desde qué punto de vista específico ella debe ser apreciada. A diferencia del alegato final, el alegato de apertura no pretende analizar el peso o la credibilidad de la prueba, pues esta todavía no se ha presentado. El objeto de estos alegatos de apertura es otro: presentar al tribunal la teoría del caso de cada parte y hacer una cierta ‘promesa’ acerca de qué hechos, en términos generales, quedarán acreditados a partir de la prueba.

La declaración del acusado es voluntaria. En consecuencia el presidente le ofrecerá la palabra para que hable en este momento –en cuyo caso podrá ser interrogado luego por las partes– o bien puede no hacer uso de su derecho a hablar, sea porque no lo va a hacer durante todo el juicio, sea porque va a declarar en un momento posterior a través de las preguntas de su abogado. Volveremos sobre esta regla a propósito del capítulo destinado al análisis del examen directo de los testigos.

2.5. PRUEBA EN EL JUICIO ORAL

Oídos los alegatos de apertura de todos los intervinientes, se recibirá la prueba. El juicio oral en un sistema acusatorio admite como prueba todo medio apto para producir fe, con tal que cumpla los requisitos generales de la prueba (pertinencia, relevancia, licitud, que esté incluido en el auto de apertura, etc.). El nuevo Código establece un sistema de libre valoración de la prueba; en consecuencia, los hechos del juicio pueden probarse por cualquier medio sin que ninguno tenga para los jueces credibilidad preconcebida ni peso probatorio más allá del que emerge de la actividad del juicio. En este sentido, el artículo 296 señala que “todos los hechos y circunstancias pertinentes para la adecuada solución del caso sometido a enjuiciamiento podrán ser probados por cualquier medio producido e incorporado en conformidad a la ley...”. Sin embargo, los jueces no pueden apreciar la prueba de cualquier modo, por mera arbitrariedad o simple apego a sus propios prejuicios o convicciones subjetivas; a cambio de esta libertad y de este poder frente a la prueba, el Código hace fuertes exigencias de fundamentación a la sentencia en la cual los jueces deberán explicar de qué modo valoraron la prueba presentada ante ellos en el juicio (ver artículo 297).

Este sistema inunda toda la prueba: en el procedimiento penal no existen testigos inhábiles ni tachas (ver artículo 309). Si un testigo tiene cercanía a la parte por la que declara, enemistad con aquella contra la cual lo hace, o si tiene interés en el juicio, todos esos elementos podrán –o no– impactar su credibilidad y acarrear como consecuencia que los jueces la desestimen. Sin embargo, es perfectamente posible que, pese a estos elementos, el testimonio en cuestión parezca a los jueces perfectamente creíble y lo acojan. Asimismo, la noción acerca de quién es ‘perito’ cambia radicalmente; quien quiera presentarse como ‘experto’ en una determinada materia tendrá que dar cuenta de su experticia en el juicio oral y dicha experticia será materia de examen y contraexamen, tal como el resto de la información. No hay listas preexistentes de peritos ni basta tener un cargo o un título para serlo; desde luego un título o un cargo podrán hacernos creer que el sujeto posee el conocimiento privilegiado que dice tener, pero también puede ser perfectamente posible que aceptemos para una materia en particular que alguien sea experto sin tener título universitario, que teniéndolo no sea el experto que dice ser o bien que el cargo que ostenta no nos dé ninguna garantía acerca de su experticia (ver artículos 318 y 316).

Todo eso deberá ser evaluado por los jueces en el caso concreto, a través del examen y contraexamen que hagan las partes. A su vez, en el sistema de libre valoración los objetos y documentos que se pretenda ingresar al juicio pasarán un examen de admisibilidad y de credibilidad, tal como el resto de la prueba; por muy escritura pública que sea un documento, nada impide que un testigo diga que se trata de un instrumento falso y que los jueces, en ese caso concreto, den mayor credibilidad al testigo que al instrumento.

En cuanto al orden de presentación de la prueba, el Código establece que las partes acusadoras presenten primero todos sus respectivos casos, comenzando con el ministerio público y luego con el querellante, si lo hay. A continuación, todo el caso de la defensa. El orden concreto de presentación de cada prueba dentro del caso de cada parte, así como el orden en que las partes extraen la información de cada prueba en particular, depende exclusivamente de ellas. En la lógica acusatoria del juicio oral, la cuestión clave es que cada parte cumpla su rol del modo más efectivo posible. Las partes llegan al juicio con un conocimiento cabal del caso, que llevan días, semanas o meses preparando. En consecuencia, quienes mejor pueden decidir de qué manera presentar la información, del modo más efectivo, claro y comprensible, son las propias partes, quienes además van a sufrir los costos de su desempeño profesional. Así quizás el peritaje con que cuenta la parte vaya sobre un punto específico, cuya relevancia resulta incomprensible antes de que otro testigo haya relatado los hechos más generales. Quizás la parte quiera reservar dicho peritaje al último lugar, y presentarlo una vez que su importancia dentro del relato general resulte evidente, habiendo examinado primero a otros testigos del caso, incluso habiendo introducido a través de esos testigos otro tipo de pruebas, documentos, grabaciones u objetos, por ejemplo.

Revisemos cada uno de estos medios del modo en que están regulados en el Código:

a) Testigos

La prueba por excelencia en el juicio oral suele estar constituida por el testimonio, ampliamente concebido. Sea que se trate de la declaración de un tercero que dice haber percibido cosas relativas al caso, sea que se trate de la propia declaración de la víctima o

del acusado, en un sistema de libre valoración todo ello es testimonio. Ya veremos que incluso cuando deseamos incorporar al juicio objetos o documentos esto deberá las más de las veces ser realizado a través de una persona que nos diga que dicho objeto o documento es lo que la parte que lo presenta asegura que es.

Los testigos son personas que han percibido a través de sus sentidos hechos que son relevantes para la resolución del caso. En consecuencia –y en principio– los testigos concurren a declarar sobre hechos. Sus opiniones o conclusiones no son materia de testimonio, no resultan relevantes, salvo excepciones, y por lo general, dan lugar a una legítima objeción de la contraparte.

Como se dijo, en un sistema de libre valoración no existen testigos inhábiles y la institución de las tachas desaparece del procedimiento penal con el nuevo Código. Toda persona que tenga información sobre el caso –incluida la víctima y el acusado– es hábil para tomar el estrado, prestar testimonio y ser creído o no por los jueces, dependiendo de sus particularidades concretas y de la solidez de su testimonio.

b) Peritos

Los peritos son una particular especie de testigos. No importa cómo se les llame, el hecho es que –lo mismo que los testigos– se trata de personas que cuentan con información relevante acerca del caso que se está juzgando y que deben venir a dar cuenta de ella en forma oral y sujeta a la contradictoriedad del juicio. A diferencia de los testigos, sin embargo, los peritos por lo general no han presenciado directamente los hechos del caso, sino que emiten acerca de él juicios para los cuales se requiere una determinada experticia. En el caso de los peritos, en consecuencia, las opiniones, lejos de ser irrelevantes –y por lo tanto inadmisibles– suelen constituir precisamente el objeto de su declaración. Así, el artículo 314 señala que “procederá el informe de peritos en los casos determinados por 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”.

En un sistema de libre valoración de la prueba no existen experticias preconcebidas. No se es ‘perito’ sino en la medida en que, en el mismo juicio, se dé cuenta de la experticia que se pretende tener. Así, por ejemplo, el hecho de que una persona sea médico en el Servicio Médico Legal no necesariamente acredita su experticia. Quizás sea médico allí porque, por ejemplo, lo han echado de varios hospitales debido a su falta de rigor profesional; quizás esté recién recibido y este es uno de los primeros casos que allí le ha tocado atender. En cualquiera de estas hipótesis los jueces están en perfecta libertad para evaluar –y las partes para cuestionar– la supuesta experticia de este perito. Entonces, todo aquel que pretenda tener un conocimiento experto relativo a la materia sobre la que está declarando deberá dar cuenta del origen de esa experticia. A su turno, tanto las partes como el juez podrán cuestionar dicha experticia, sea que lo hagan por sus defectos propios o bien por oposición a otro perito más verosímil en esa misma materia. En este sentido, el artículo 318 señala que “los peritos que presentaren no podrán ser inhabilitados. No obstante, durante el juicio oral podrán dirigírseles preguntas orientadas a determinar su imparcialidad e idoneidad, así como el rigor técnico o científico de sus conclusiones”.

Los peritos concurren al juicio oral a explicar su informe. No se presentan simplemente a leerlo o a ratificar lo que allí se dice. De hecho, el artículo 329 señala expresamente que “durante la audiencia, los peritos [...] deberán ser interrogados personalmente. Su declaración personal no podrá ser sustituida por la lectura de los registros en que constaren anteriores declaraciones o en otros documentos que las contuvieren...”, como por ejemplo, el informe. Ya veremos ciertas excepciones a esa regla, pero este es el principio. La cuestión relevante aquí es que lo que interesa al juicio oral es la declaración actual del perito, de manera que este pueda explicar sus conclusiones en un lenguaje común que todos –y los jueces antes que nadie– puedan comprender. El informe no es la prueba, sino solo el testimonio prestado en el juicio oral. Una declaración prestada con intermediación y sujeta a la contradictoriedad del debate. Salvo sus particularidades propias, la declaración de los peritos en el juicio oral se rige por las normas previstas para los testigos (ver artículo 319). Reglas comunes a los testigos y a los peritos:

- Producción del testimonio

El juez presidente de la sala identificará al perito o testigo y ordenará que preste juramento o promesa de decir verdad. Hay testigos, sin embargo, que declaran sin que medie juramento o promesa: desde luego el acusado –por el principio de no auto-incriminación–, pero también los testigos menores de dieciocho años y aquellos de quienes el tribunal sospeche que pudieron haber tomado parte en los hechos investigados (ver artículos 329 inciso 2° y 306).

Los peritos y testigos declaran uno a uno. En el caso de los testigos, la declaración no es libre, sino que se sujeta al interrogatorio de las partes, primero aquella que lo presenta, luego la contraparte. En el caso de los peritos, estos deben ‘exponer brevemente el contenido y las conclusiones de su informe’, tras lo cual son interrogados por las partes (ver artículo 329 inciso 3°).

Por último –y únicamente luego de la actuación de las partes– los jueces podrán dirigir al testigo o perito preguntas “con el fin de aclarar sus dichos” (ver artículo 329 inciso 4°).²

- Citación

Los testigos y peritos van a ser citados al juicio por el tribunal y, en caso de que no concurren, se puede pedir su comparecencia por medio de la fuerza pública. Esto no quita que sea responsabilidad de las partes asegurarse de que sus testigos van a estar disponibles y dispuestos para concurrir a declarar al juicio oral (ver artículos 298 y 299).

² Idealmente los jueces deben mantenerse imparciales tanto en la generación de la información como en el arbitraje del debate. Desde este punto de vista, no podrían interrogar al testigo para producir prueba que las partes no hayan introducido, sino solo pedirle que aclare sus dichos cuando el testimonio exacto del testigo o perito –ya declarado por él– no resultó claro o no fue aprehendido por alguno de los jueces. Esto, sin embargo, deberá probablemente matizarse según los ritmos de la implementación y los ajustes que el sistema requiera mientras los roles sean bien definidos al interior de él y las destrezas adquiridas por todos sus actores.

• Inmediación

El ya citado artículo 329 señala a propósito de este principio que los peritos y testigos “deberán ser interrogados personalmente durante la audiencia. Su declaración personal no podrá ser sustituida por la lectura de registro en que constaren anteriores declaraciones o de otros documentos que las contuvieran”. La única manera de incorporar al debate la información de un testigo es, en principio, presentarlo a que declare en el juicio. Sin embargo, el principio de inmediación tiene excepciones en el Código de cara al juicio oral. Estas excepciones deben ser aplicadas con suspicacia por parte de los jueces, pues, dada la falta de inmediación –y generalmente de contradictoriedad–, les exige conformarse con información cuya producción y calidad desconocen. Las más importantes excepciones son:

- **Anticipación de prueba:** El artículo 191 establece que si durante la investigación preparatoria “...el testigo manifestare la imposibilidad de concurrir a la audiencia principal por tener que ausentarse a larga distancia o por existir motivo que hiciere temer la sobreviniencia de su muerte, su incapacidad física o mental o algún otro obstáculo semejante, el fiscal podrá solicitar al juez de garantía que se reciba su declaración anticipadamente...”. La anticipación de prueba durante la etapa de investigación debe reunir las mismas condiciones de contradictoriedad que el juicio oral, de manera que el examen y contraexamen del testigo se hará por parte del fiscal y del defensor –o de los demás intervinientes– del mismo modo que se habría hecho en la audiencia principal. La diligencia es recogida en un registro fiel que puede incorporarse al debate en el juicio oral. Esta institución no deja de ser un menoscabo para la inmediación y para la contradictoriedad –pues obliga a la contraparte a contraexaminar en una etapa temprana, sin necesariamente tener toda la información que requería para ello– de manera que la aplicación de esta excepción debe ser exigente y excepcional.

- **Lecturas acordadas por todas las partes:** El artículo 331 letra b establece que podrá darse lectura a las declaraciones de testigos o imputados “... cuando constaren en registros o dictámenes que todas las partes acordaren en incorporar, con aquiescencia del tribunal”. Desde luego en este caso el menoscabo a la inmediación está compensado por el consentimiento de las partes (y por lo tanto la ausencia de controversia).

- **Ausencias imputables al acusado:** tanto en el caso de los testigos como de los peritos y coimputados, el artículo 331 letra c establece que podrá darse lectura a las declaraciones previas que hubieren hecho cualquiera de estas personas cuando su ausencia en el juicio fuere ‘imputable al acusado’.

- **Coimputados rebeldes:** El Código admite también la posibilidad de introducir por lectura la declaración de coimputados rebeldes prestada ante el juez de garantía, si la hubiere.

- **Declaraciones previas inconsistentes:** Por último, el artículo 332 establece dos hipótesis adicionales de lectura de declaraciones previas: ‘apoyo de memoria’ y la ‘contradicción con declaraciones previas’. Estos son casos de lecturas legítimas, pero en el entendido que en ninguno de ellos la información proveniente de la lectura constituye prueba. La prueba sigue siendo el testimonio en juicio del testigo o perito, cuya memoria ha sido ‘apoyada’ por el documento que acaba de leer o bien confrontada con una declaración previa

inconsistente. La declaración previa solo puede ser considerada por el juez para evaluar la credibilidad actual del testigo y en ningún caso como fundamento de su decisión en la sentencia. La importancia de esta institución es tal, que el capítulo VI está exclusivamente dedicado a ella.

- Contradictoriedad y forma de las preguntas

El debate se produce principalmente a través del examen y contraexamen del testigo o perito. Las reglas que rigen ambos momentos no son las mismas. En el caso del examen directo se trata de un testigo o perito que concurre a declarar llamado por una parte y, por lo general, comprometido en algún grado con su versión de los hechos. Esto es así incluso tratándose de testigos perfectamente verdaderos, que de buena fe creen haber percibido lo que vienen a declarar. Aun así, dichos testigos están en algún grado comprometidos con la versión que vienen a relatar, y es esa versión la que el juicio quiere controlar. Los testimonios y aun los peritajes nunca son neutrales y, de hecho, son presentados por la parte precisamente porque ellos apoyan su versión de los hechos. Siendo así, el artículo 330 prohíbe que la parte que presenta al testigo o perito les dirija preguntas sugestivas (aquellas que contienen su propia respuesta), pues, en ese caso, estos no estarían sino dejándose guiar por el abogado que los presentó y a favor de cuya parte vienen a declarar. El contraexamen, en cambio, opera sobre una lógica completamente distinta: los peritos y testigos ya han declarado frente al tribunal, y su versión apoya a la contraparte (por eso la contraparte los ha convocado al juicio). Lo que el juicio requiere del contraexaminador, entonces, es que este sea capaz de extraer de estos testigos toda aquella información, versiones, detalles y matices que ellos no han aportado en el juicio –deliberadamente, o por mero sesgo o desidia– y que podrían perjudicar el caso de la parte por quien han venido a declarar. Si el contraexaminador hace eso, habrá puesto a los jueces en mejores condiciones para evaluar dicha información. Esta es la razón por la cual en el contraexamen las preguntas sugestivas, lejos de estar prohibidas, son el instrumento por excelencia del contraexaminador. Se trata en ese caso de testigos hostiles, que siempre estarán dispuestos a desmentir o relativizar la información que este les sugiere. Nótese, entonces, que de acuerdo con el inciso 1º del artículo 330 las preguntas sugestivas están prohibidas solo en el examen directo –el que realiza la parte que presenta al testigo o perito– pero no en el contraexamen³ Tanto en el examen directo como en el contraexamen, sin embargo, están prohibidas las “preguntas engañosas, aquellas destinadas a coaccionar ilegítimamente al testigo o perito y las que fueren formuladas en términos poco claros para ellos” (artículo 330, inciso 3º). Las

³ Con este fin la redacción final fue deliberadamente modificada respecto del artículo 364 del proyecto aprobado por la Cámara de Diputados. Dicha norma no distinguía, prohibiendo las preguntas sugestivas en ambos momentos.

Un tema adicional del que el Código no se hace cargo es la institución de los ‘testigos hostiles’. Hay ocasiones en que los testigos y peritos llamados por una parte son hostiles al caso de esta. Así, por ejemplo, si el fiscal llama a declarar al amigo del acusado, quien no quiere realmente colaborar con el caso del ministerio público; o bien, el policía llamado por la defensa porque presenció como sus colegas ‘plantaron’ prueba en la casa del acusado, y que no necesariamente quiere ofrecer a la defensa ese testimonio. En estos casos, los testigos, pese a ser llamados por una parte, harán todo lo posible por obstaculizar o rehuir el interrogatorio de estas. En algunos sistemas comparados dicha parte puede pedir al tribunal que le permita tratar al testigo como un ‘testigo hostil’, en cuyo caso, pese a haberlo presentado, lo interroga conforme a las reglas del contrainterrogatorio, incluida la facultad de preguntar sugestivamente.

versiones de ‘pregunta engañosa’ son múltiples y es esta una materia sobre la cual queda mucho por desarrollar en la práctica judicial. Se trata, en definitiva, de que los testigos y peritos puedan responder a la pregunta con total claridad acerca de cuál es exactamente la información que se está requiriendo de ellos.

c) Objetos, documentos y otros medios

El artículo 333 establece que “los documentos serán leídos y exhibidos en el debate, con indicación de su origen. Los objetos que constituyen evidencia deberán ser exhibidos y podrán ser examinados por las partes. Las grabaciones, los elementos de prueba audiovisuales, computacionales o cualquier otro de carácter electrónico apto para producir fe, se reproducirán en la audiencia por cualquier medio idóneo para su percepción por los asistentes. El tribunal podrá autorizar, con acuerdo de las partes, la lectura o reproducción parcial o resumida de los medios de prueba mencionados, cuando ello pareciera conveniente y se asegurare el conocimiento de su contenido. Todos estos medios podrán ser exhibidos al acusado, a los peritos o testigos durante sus declaraciones, para que los reconozcan o se refieran a ellos”.

Sin embargo, ¿qué debe entenderse por ‘documento’? Pues acabamos de ver que existe un sinnúmero de ‘documentos’ que no son admisibles como prueba en juicio, como son, por ejemplo, las declaraciones hechas por testigos y acusado ante el ministerio público o la policía. Este artículo se refiere en cambio a la ‘prueba instrumental’, esto es, documentos que contengan declaraciones no producidas al interior del sistema de persecución –policía y ministerio público– y que sean relevantes para el fondo; este sería el caso del contrato a través del cual se consumó la estafa o la carta en la cual el acusado reconoce a su amante haber cometido el homicidio.

A su vez, todos estos medios probatorios –objetos, documentos y los demás medios– deben ser “exhibidos” en el juicio a alguien –algún testigo, perito o alguna de las partes– para que diga que efectivamente ‘lo exhibido es aquello que se pretende que es’ y para que dé cuenta de cómo sabe aquello. No basta que el fiscal se pare y diga “aquí le voy a mostrar el arma recogida en el sitio del suceso” o que la defensa diga “aquí tengo un diagrama del lugar”. El tribunal y la contraparte no tienen por qué aceptar que esa es el arma hallada en el sitio del suceso ni que ese diagrama refleja fielmente el sitio del suceso. La fiscalía necesita que alguien idóneo –por ejemplo el policía que recogió el arma en la escena del crimen– la reconozca en el juicio y que explique cómo exactamente la reconoce (por ejemplo, porque la puso en una bolsa sellada de evidencia tras lo cual la rotuló con las señales que la bolsa exhibe hoy en la audiencia). Así también la defensa: deberá pedir a algún testigo idóneo para hablar sobre el lugar diagramado, que le diga al tribunal si el dibujo representa adecuada y fielmente el lugar en cuestión. Solo una vez que ello ocurra, las partes podrán utilizar dichos elementos como lo que alegan que son e incorporarlos al debate como prueba. Desde luego, hay documentos cuyo origen es suficientemente público o institucionalizado como para que no sea necesaria mayor acreditación, por ejemplo la página de un diario conocido o un mapa de la guía de teléfonos.

Una vez que el origen del objeto o documento ha sido acreditado, las partes no solo podrán manipularlos durante el interrogatorio a los testigos y peritos, sino que podrán además

incorporarlos formalmente como prueba. Dicha incorporación puede ser realizada prácticamente en cualquier momento; inmediatamente establecido el origen, al terminar la parte de presentar todo su caso o bien terminada la prueba testimonial y pericial y antes de los alegatos finales.

d) Prueba adicional ordenada por el tribunal

Por último, existen dos hipótesis ante las que el tribunal puede ordenar prueba adicional:

- Peritos o testigos vueltos a llamar al estrado (artículo 329, inciso final)

Una vez terminada la presentación de la prueba por las partes, “si lo estimare necesario, el tribunal podrá ordenar una declaración complementaria de testigos o peritos que ya hubieren declarado...”. No se trata en ningún caso de prueba nueva. Son testigos o peritos que ya han declarado y que son vueltos a llamar por el tribunal a petición de alguna de las partes.^{4 5}

- Prueba nueva y prueba sobre prueba (artículo 336)

El Código establece dos hipótesis de presentación de prueba no anunciada en la audiencia de preparación del juicio oral.

En la primera hipótesis (inciso 1º) se trata estrictamente de prueba nueva sobre el fondo del caso. Estas pruebas podrán ser autorizadas por el tribunal cuando la parte que debió haberla presentado justifique “no haber sabido de su existencia hasta ese momento”. Esto es particularmente cierto respecto del ministerio público. El rol de los jueces es controlar que el Estado esté afectando al acusado del modo que lo está haciendo en razón de una

⁴ El Código nada dice acerca de quién debe conducir el examen de estos testigos, y esta decisión no deja de ser compleja: por una parte, es el juez quien ha sentido la necesidad de volver a llamar al testigo, luego es él quien sabe qué información precisa justifica dicha medida. Por otro lado, ello pone al juez en el mayor de los riesgos respecto de su imparcialidad; el testigo ha sido vuelto a llamar para preguntársele sobre cuestiones de fondo, debiendo ser interrogado sobre ellas con todas las reglas de contradictoriedad –contraexamen e incidentes incluidos– y resulta difícil concebir cómo la contraparte afectada con esa información sienta que es juego justo tener de oponente al juez. Acaso una posibilidad más compatible con los principios del juicio – particularmente con la imparcialidad en sus dos versiones– es que el tribunal señale a la parte que lo presentó por qué tema está volviendo a ser llamado al testigo o perito, de manera que ella conduzca un examen directo sobre ese tema en particular. Hecho esto, el contraexamen es ineludible y debiera estar limitado a la información obtenida en este segundo examen directo. Por supuesto, esta norma abre también la posibilidad de que el tribunal llame nuevamente al testigo a petición de una de las partes, en cuyo caso se siguen las reglas generales.

⁵ Bien utilizada esta norma puede resultar útil de cara a la experiencia comparada; en ella el examen y el contraexamen suelen tener ‘segundas vueltas’, de manera que quien presentó al testigo pueda ‘rehabilitarlo’ del trabajo destructivo del contraexamen. El Código chileno no contempla esta posibilidad, cuestión para la que suele esgrimirse el argumento de que segundas vueltas eternizarían los juicios y los encarecerían más allá de lo tolerable. Aunque esto es cierto en algunos casos, la experiencia general de modelos acusatorios cuya adversarialidad es extrema –como Inglaterra y Estados Unidos– no es necesariamente esa. La segunda vuelta del examen directo está estrictamente limitada a los temas cubiertos por el contraexamen, mientras que la segunda vuelta de este lo está a los temas cubiertos por la segunda vuelta del examen directo. Siendo así, suelen consistir en unas pocas preguntas muy específicas. La ganancia, sin embargo, para la calidad de la información obtenida es jugosa y cubre con creces ese costo.

investigación seria y eficiente. Si la fiscalía no fue seria en su investigación, el rol de los jueces es declararlo a través de la absolución. De esta suerte, la fiscalía no puede simplemente decir “su señoría, no supe de la existencia de esta prueba así que quiero ingresarla sorpresivamente ahora”. Los jueces deberán hacer fuertes exigencias acerca no solo de si efectivamente no la conocía, sino además de si no estuvo en condiciones de conocerla. El tribunal deberá tener presente que estará ingresando una prueba respecto de la cual la defensa no tuvo tiempo de trabajar, investigar independientemente y asumir dentro de su modo de encarar el juicio. Se trata pues de una facultad delicadísima de cara a la seriedad del derecho a defensa y a la contradictoriedad del juicio. Del uso que le den los jueces se generarán las prácticas del sistema, pues si los jueces no hacen fuertes exigencias de admisibilidad a esta prueba nueva entonces las partes –también la defensa– entenderán que no es necesario abrir todas sus cartas en la audiencia de preparación del juicio oral; podrán –y será muy conveniente– guardarse algunas para ingresarlas sorpresivamente como prueba nueva, minimizando la posibilidad de respuesta por parte de la contraparte.

En el segundo caso (inciso 2º) se trata de ‘prueba sobre prueba’, cuando surgiere una controversia relacionada exclusivamente con la veracidad, autenticidad o integridad de una prueba. El ejemplo paradigmático es el testigo que niega haber escrito la carta que se le exhibe o firmado el documento que se le muestra; en ese caso la parte que lo está conainterrogando podrá pedir al juez autorización para ingresar el peritaje caligráfico si es que lo tiene –o tiempo para realizarlo si no cuenta con él– aun cuando dicho peritaje no haya sido anunciado en la audiencia de preparación del juicio oral. La razón detrás de esta norma es que no es razonable ni conveniente pedir a las partes que prevean todas las posibles ocasiones en que los testigos van a negar su firma, su letra, sus actos o en que simplemente van a mentir acerca de ellos. Además, no se trata realmente de pruebas sobre el fondo del caso y, en consecuencia, no habría superado el test de relevancia de la audiencia de preparación, amén de que, por lo mismo, el perjuicio de la sorpresa respecto de la contraparte disminuye ostensiblemente.

2.6. ALEGATOS FINALES

El artículo 338 señala que “concluida la recepción de la prueba, el juez presidente de la sala otorgará sucesivamente la palabra al fiscal, al acusador particular y al defensor, para que expongan sus conclusiones...”. El alegato final es uno de los momentos centrales del juicio. Toda la prueba ha sido presentada de cara al alegato final, pues es solo allí cuando por primera y única vez podremos ‘armar el puzzle’ que hemos venido construyendo a través de la prueba. La prueba no habla por sí sola; está llena de detalles, inconsistencias, concordancias, versiones y matices que arrojan diversos elementos para valorarla y para que, a partir de dicha valoración, los jueces construyan el relato que servirá de base a la sentencia. Durante todo el debate, los jueces habrán conocido evidencia cuyo sentido no necesariamente ha sido claro en todo momento: algunas porciones de la prueba parecen en principio detalles sin importancia, otras solo tienen sentido a la luz de su relación con otras pruebas; la credibilidad o descrédito de la evidencia se asienta en un sinnúmero de elementos que no necesariamente apuntan en un mismo sentido y las partes tienen diferentes interpretaciones acerca de qué conclusiones pueden ser extraídas de cada prueba particular y de toda ella en su conjunto. El alegato final es el gran –y el único– momento en que el abogado sugiere al tribunal qué conclusiones debe extraer de lo que ocurrió durante

el debate y, dado que la información producida en este es múltiple, irregular, heterogénea e interpretable, es también el momento en que el juez urge al abogado a que lo retroalimente acerca de qué conclusiones deben extraerse de toda esa información.

El alegato final es un ejercicio profundamente sistemático: se trata de tomar toda la prueba y ordenarla en un todo coherente de acuerdo a la teoría del caso de cada parte. En consecuencia, es crucial no solo para estas sino también para los jueces permitir que los abogados puedan desarrollar su argumentación sin interrupciones y la intervención del tribunal debiera utilizarse exclusivamente para tutelar abusos manifiestos en el uso de este espacio. Ese sería el caso, por ejemplo, si una de las partes pusiera en boca de un testigo palabras que este jamás pronunció durante el juicio. Ese sería el caso también de una parte que pretendiera hacer alusión a declaraciones extrajudiciales que jamás fueron reconocidas por los testigos durante el juicio. En fin, el ‘límite igualitario’ en el uso de la palabra no quiere decir que todos deban hablar el mismo tiempo, sino que cada una de las partes pueda exponer su alegato final de un modo completo, a cambio de que utilice esa facultad de un modo razonable y con apego a las reglas del juego justo.

2.7. FACULTADES DEL TRIBUNAL PARA CONDUCIR EL DEBATE

En general, la conducción del debate recae en el juez presidente de la sala. En este sentido “dirigirá el debate, ordenará la rendición de las pruebas, exigirá el cumplimiento de las solemnidades que correspondieren y moderará la discusión. Podrá impedir que las alegaciones se desvíen hacia aspectos no pertinentes o inadmisibles, pero sin coartar el ejercicio de la acusación ni el derecho a defensa” (artículo 292 inciso 1°).

La principal idea que hay detrás del rol del juez presidente durante el debate es la tutela del juego justo. Esta es una de las caras de la imparcialidad; las partes van a medir sus versiones de los hechos y lo van a hacer ojalá del modo más confrontacional posible, dentro de un entorno de juego justo. El tribunal –y específicamente el juez presidente– es el guardián de ese juego justo. Las cuestiones que se pueden suscitar dentro del juicio oral son infinitas y la ley no tiene ninguna posibilidad de prevenirlas, menos de solucionarlas. Es el juez –consciente de las razones que nos han llevado a optar por un modelo de juicio oral, público y contradictorio– quien tutela para cada caso y cuestión concreta la justicia de una decisión para la posición de las partes. Si como juez presidente decido permitir que se lea un documento en donde consta la declaración de un testigo que no concurrirá a la audiencia ¿es eso justo para la contraparte que no podrá contraexaminar al testigo en cuestión? ¿Cómo debo corregir esa situación? ¿No debo –si acepto la lectura– conceder entonces a la contraparte la oportunidad de conseguir e incorporar información independiente aun cuando esta no haya sido anunciada en la audiencia de preparación? Si le concedo esa oportunidad a la contraparte ¿cómo afecto la concentración y la continuidad de la audiencia? ¿Dónde está el mayor perjuicio? Las cuestiones que pueden surgir son, como decíamos, infinitas. Cada una de ellas originará un debate que deberá ser arbitrado y resuelto por el juez presidente. Las facultades que tiene el juez presidente en la conducción de este debate son las siguientes:

- Tiene facultades disciplinarias “destinadas a mantener el orden y decoro durante el debate y, en general, a garantizar la eficaz realización del mismo [...] en uso de estas facultades el juez podrá ordenar la limitación del acceso de público a un número determinado de

personas. También podrá impedir el acceso u ordenar la salida de aquellas personas que se presentaren en condiciones incompatibles con la seriedad de la audiencia” (artículo 292 incisos 3º y 4º). El juez presidente puede expulsar de la sala a cualquiera de los asistentes – incluidos los abogados– y, respecto de estos, cuenta además con las sanciones previstas en los artículos 530 y 532 del COT (amonestaciones, multas y arrestos, artículo 294).

- Tiene además facultades disciplinarias destinadas a proteger la libre prestación del testimonio. En este sentido, el presidente puede también expulsar de la sala a aquellas personas que adopten durante el juicio un comportamiento intimidatorio o provocativo (artículo 293).

2.8. PUBLICIDAD DEL JUICIO

El juicio oral es público, según ya hemos dicho. El tribunal tiene, sin embargo, la facultad de limitar la presencia de público en la sala para proteger la intimidad, el honor o la seguridad de cualquier persona que debiere tomar parte en el juicio. En este mismo sentido, puede prohibir a los intervinientes y a sus representantes entregar información o formular declaraciones a los medios de comunicación social durante el desarrollo del juicio. También respecto de la infracción de este deber, el tribunal cuenta con las sanciones previstas en los artículos 530 y 532 del COT (artículo 289 inciso 1º).

El inciso 2º del artículo 289 establece la regla general que permite la entrada libre a los juicios para la prensa gráfica, salvo que las partes se opusieren a ello. Con todo, aun si alguna de las partes se opone, el tribunal tiene la decisión final.

2.9. REGISTRO DEL JUICIO

El artículo 41 establece que “el juicio oral deberá ser registrado en forma íntegra, por cualquier medio que asegure fidelidad”. El registro íntegro puede ser hecho fundamentalmente de tres maneras: Estenografía, video o cinta magnetofónica.

El registro íntegro presenta importantes ventajas y riesgos. El principal riesgo es la tentación de ser utilizado por los jueces para sustituir la inmediación y retornar al ‘fallo por expediente’.

Sin embargo, el registro íntegro tiene ventajas obvias en cuanto permite fijar las declaraciones de los testigos o las actuaciones de las partes, con su consecuente utilidad tanto en el juicio mismo como en el sistema de recursos. En este sentido, el artículo 44 establece que las partes tendrán siempre derecho a examinar los registros y, además, podrán solicitar a su costa copia auténtica o reproducciones de los mismos.

La principal cuestión que surge en torno a esto, entonces, es de carácter más bien político que jurídico: ¿cómo evitar el riesgo evidente de que, habiendo registros de la audiencia, los jueces fallen sobre dichos registros y no sobre el recuerdo fresco de la prueba producida en el juicio? ¿Cómo evitar que –sabiendo los jueces que contarán con un registro fiel y completo– dejen de prestar atención a los sucesos del juicio mismo? Por supuesto, mientras mayor sea la fidelidad del registro tanto mayores sus ventajas prácticas y tanta más intensa

la tentación de burlar la intermediación a través de ellos. Quizás la única realidad que contrarreste esta fuerte tentación es que el registro fiel de cada mañana o tarde de juicio puede acumular varios cientos de páginas, por lo que su utilización generalizada por los jueces tendría un impacto insostenible en los tiempos estimados razonables para alcanzar una decisión sobre el fallo.

Las ideas que debieran consolidarse respecto del uso de los registros son las siguientes:

- Los jueces deben evitar al máximo fallar sobre información de la que no tengan imágenes directas.
- Los jueces debieran comprender que la utilización de registros disminuye la intervención de su propio razonamiento y limita, en consecuencia, el rol que están llamados a cumplir.
- La principal función del registro debiera ser posibilitar el sistema de recursos.
- Adicionalmente, el registro es útil para acceder durante el juicio a tal o cual afirmación precisa de un testigo o perito y para el trabajo diario de las partes en los juicios largos. Esto también es cierto para la deliberación del tribunal.

2.10. FALLO INMEDIATO Y SENTENCIA

Terminados los alegatos finales, el tribunal otorgará la palabra al acusado para que manifieste lo que estimare pertinente. A continuación se declarará cerrado el debate y los jueces estarán en condiciones de fallar el caso. El artículo 339 señala que “inmediatamente después de clausurado el debate, los miembros del tribunal que hubieren asistido a él pasarán a deliberar en privado”. Los acuerdos del tribunal del juicio oral se rigen por las reglas del COT para las Cortes de Apelaciones; en consecuencia, la decisión se alcanza con simple mayoría de votos dentro del tribunal. Algunos comentarios acerca del fallo:

• “Inmediatamente”

El Código exige que los jueces resuelvan inmediatamente una vez cerrado el debate. Esto no quiere decir que no deban tomarse el tiempo de deliberación que requieran hasta alcanzar una decisión. La cuestión es que los jueces deben resolver con arreglo al recuerdo fresco de lo que acaban de percibir con intermediación en la audiencia. Deben, en consecuencia, abocarse a alcanzar una decisión sin conocer ningún otro asunto en el intertanto, de modo que no haya duda alguna acerca de que están fallando en consideración a la prueba del juicio y no, en cambio, con información de otro caso.

Una vez adoptada una decisión por el tribunal, “la sentencia definitiva [...] deberá ser pronunciada en la audiencia respectiva”. Se trata nada más de la decisión acerca de la condena o absolución, acompañada de los fundamentos principales (artículo 343, inciso 1º). Sin embargo, tratándose de casos que hayan durado más de dos días y cuya complejidad – pese a haber alcanzado los jueces una decisión– exige tiempo para organizar los principales fundamentos de la misma, el tribunal podrá diferir hasta por un máximo de 24 horas la comunicación del fallo (artículo 343, inciso 2º). La infracción de estas normas acarrea la nulidad del juicio (artículo 343, inciso 3º).

La redacción de la sentencia completa, en cambio, con todas las exigencias del artículo 342, tiene un plazo de cinco días, contados desde la comunicación del fallo. El incumplimiento de este plazo configura falta grave, sancionada disciplinariamente. Sin perjuicio de dichas sanciones, los jueces contarán con dos días adicionales para citar a la audiencia de lectura de la sentencia. El incumplimiento de este segundo plazo acarrea la nulidad del fallo, a menos que la decisión haya sido absolutoria (artículo 344).

- Circunstancias modificatorias de la responsabilidad

La tensión en este punto gira en torno a que no es razonable exigir a la defensa que se haga cargo de circunstancias modificatorias de la responsabilidad, cuando su teoría del caso es precisamente que el acusado es inocente. Dado que en un sistema de libre valoración todo el juicio se juega en la credibilidad del caso de cada parte, hacer esta exigencia al acusado – a ambas partes, en realidad– pone en riesgo su posibilidad de defenderse efectivamente. Esta es la razón por la que muchos modelos comparados difieren la discusión relativa a la existencia de circunstancias modificatorias de la responsabilidad después de la condena. Por otro lado, se consideró que esta última posibilidad podría ser utilizada para reabrir ampliamente el debate, máxime cuando hay circunstancias modificatorias de responsabilidad íntimamente vinculadas con la existencia misma del delito y que tienen exigencias probatorias tan intensas como los mismos hechos típicos. Piénsese, por ejemplo, en la saña, la premeditación o la legítima defensa; discutir si ellas concurren está casi siempre íntimamente vinculado con la discusión acerca de la existencia misma del delito y de la participación del acusado. Finalmente, el Código optó por una solución intermedia; si el tribunal condena, puede todavía postergar la decisión acerca de las circunstancias modificatorias de la responsabilidad para el momento de la redacción final de la sentencia, siempre que dichas circunstancias modificatorias sean ‘ajenas al hecho punible’ (artículo 343 inciso final). Así, por ejemplo, la reparación con celo del mal causado. Para dicha discusión –lo mismo que para la aplicación de las reglas de determinación de la pena– el tribunal podrá convocar a las partes a una audiencia y abrir debate (artículo 345). Sin embargo, si las circunstancias modificatorias no son ‘ajenas al hecho punible’, el tribunal deberá resolverlas al momento de decidir sobre la condena o absolución (artículo 343 inciso final) y, en consecuencia, las partes deberán asumir la discusión respecto de ellas como parte de los hechos de fondo, durante el juicio.

- Sentencia y acusación (artículo 341)

La sentencia condenatoria está ‘amarrada’ por la acusación. No puede excederla en cuanto a los hechos por los que esta acusa. La lógica detrás de esta norma es la del derecho a defensa. Si el tribunal pudiera dar por acreditados hechos no contenidos en la acusación, entonces se estaría condenando al acusado sin que haya tenido oportunidad de construir su defensa por dichos hechos, refutar la prueba de cargo en lo que respecta a ellos y presentar su propia prueba. En cambio, el tribunal puede dar a los hechos una calificación jurídica distinta de aquella contenida en la acusación o apreciar la concurrencia de circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal no incluidas en ella, siempre que hubiere advertido a los intervinientes durante la audiencia.

- Redactor, disidencias y prevenciones

La redacción de la sentencia está formalmente encargada a uno de los tres jueces y deberá contener el nombre del redactor, así como las disidencias y prevenciones (artículo 342, inciso final). De esta suerte, la comunidad podrá seguir con precisión la labor de los jueces, saber a quién adjudicar la responsabilidad por las decisiones y controlar su desempeño.

- Estándar de convicción

Hasta ahora nuestro procedimiento penal siempre recurrió a la fórmula vaga de exigir a los jueces haber adquirido ‘convicción’ para condenar a una persona. No obstante, dicha fórmula no ha provisto a los jueces de un genuino criterio de decisión respecto de cuándo condenar o absolver. Cuánta convicción se requiere para condenar a una persona no es una discusión que haya estado presente en nuestros desarrollos legales o jurisprudenciales. El estándar de la ‘duda razonable’ corresponde a una fórmula fundamentalmente desarrollada por el modelo anglosajón. El estándar de la duda razonable no zanja la cuestión –todavía los jueces deberán dotar a la expresión de contenido específico– pero sin duda es un estándar alto para la prueba del fiscal y ofrece un piso desde el cual desarrollarlo jurisprudencialmente: si los jueces tienen una duda acerca de la culpabilidad del sujeto y esa duda es razonable, la ley los obliga a absolver, con independencia de qué es lo que ellos creen fuera de dicho estándar. Aun si los jueces tienen la sospecha de que el acusado es culpable, pero les cabe una duda razonable, deben absolver. Y al hacerlo así, estarán cumpliendo a cabalidad su rol social de controlar la actividad del Estado y proteger a los individuos de una maquinaria estatal ineficiente, errática o arbitraria. Curiosamente, aunque no ha habido realmente desarrollos muy precisos en nuestro país en torno al estándar necesario para condenar, la idea de que el estándar requerido por el proceso penal es más exigente al de otras áreas del derecho, es completamente parte de nuestro sistema; esa es la razón por la cual la sentencia penal hace fuerza en lo civil, pero no viceversa: porque el estándar de convicción que requieren las cuestiones civiles es más bajo, menos exigente que el estándar exigido por la condena penal. Luego, es perfectamente posible ser absuelto en el procedimiento penal pero, por los mismos hechos, ser condenado en un procedimiento civil. ¿Cuál es la lógica de esto? Precisamente el hecho de que el procedimiento penal exige un estándar de convicción mucho más alto para la condena.

La elaboración en la práctica del estándar de duda razonable no es una mera decisión técnica, sino que tiene la máxima importancia política desde el punto de vista de los valores del sistema: mientras más bajo el estándar –mientras menores las exigencias probatorias que los jueces le hagan a la fiscalía– será más fácil condenar a los culpables, aunque serán mayores también las posibilidades de condenar erróneamente a personas inocentes. Al contrario, mientras más alto el estándar estaremos minimizando las posibilidades de condenar erróneamente a un inocente, aunque se dificultará también la condena de los culpables. El justo equilibrio entre estos dos valores constituye el verdadero tema de fondo detrás del estándar de convicción de un sistema penal.

- Fundamentación

Como habíamos anunciado ya, la casi completa libertad probatoria tiene una contracara: impone a los jueces altas exigencias en torno a la fundamentación del fallo. El artículo 342 letra c, señala que la sentencia contendrá "... la exposición clara, lógica y completa de cada uno de los hechos y circunstancias que se dieron por probados, fueren ellos favorables o desfavorables al acusado, y de la valoración de los medios de prueba que fundamentaren dichas conclusiones". A su vez, el artículo 297 establece que "los tribunales apreciarán la prueba con entera libertad, pero no podrán contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia ni los conocimientos científicamente afianzados [...] el tribunal deberá hacerse cargo de toda la prueba producida, incluso de aquella que hubiere desestimado, indicando en tal caso las razones que hubiere tenido en cuenta para hacerlo [...] La valoración de la prueba en la sentencia requerirá el señalamiento del o de los medios de prueba mediante los cuales se den por acreditados cada uno de los hechos y circunstancias que se dieron por probados. Esta fundamentación deberá permitir la reproducción del razonamiento utilizado para alcanzar las conclusiones a que llegare la sentencia". Esta es la exigencia substancial de razonamiento expresado en la sentencia, además de lo cual esta deberá contener los demás requisitos que el Código le exige.

Qué razonamiento judicial satisface esta exigencia de fundamentación, abre toda una zona igualmente poco explorada en nuestro país. Pero se trata ese de un tema enorme, que no hemos pretendido abarcar en este manual.

Capítulo 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 jurista 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 concuerde 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 es un conjunto de versiones acerca de lo que “realmente ocurrió”. El imputado tiene una versión, la víctima tiene la suya, la policía 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 solo sobre la base del prejuicio o el error. Esta parece ser una realidad difícil de evitar en el juicio penal: cuando se trata de averiguar qué fue lo que ocurrió, 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 ellas. Pero, desde luego, nadie puede pretender 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 a 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 solo 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 legal 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, y 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 puede 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. En ocasiones las discusiones de derecho son importantes; pero ello ocurre con mucha menos frecuencia que lo que los abogados creen. En una inmensa proporción de los casos el derecho aplicable no es realmente una cuestión compleja, nueva o discutible. En esa inmensa cantidad de casos, nada resulta más efectivo para perder el caso que invadir las preguntas a los testigos con complejas construcciones jurídicas y comentarios teóricos; el testimonio se confunde y la información relevante se pierde, lo mismo que la preciosa y humanamente limitada atención de los jueces.

2.1. LA DISTANCIA ENTRE LA NARRACIÓN DE HECHOS Y LAS CONCLUSIONES JURÍDICAS

Cuando perseguimos que se condene o se absuelva a una persona, lo hacemos investidos de una herramienta particular: la ley⁶. Para el juzgador, serán buenas o malas las razones que demos en favor de nuestro cliente en la medida en que obedezcan –y lo obliguen a obedecer– los mandatos de la ley.

⁶ Sí, de acuerdo, no solo 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 operativo.

La ley, a su vez, es un gran enjambre de teorías jurídicas, entendiendo por estas 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 debe satisfacer ciertas teorías jurídicas, y estas 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 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 conforma 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 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 personas, 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 lo indujo a error a resultas del cual dispuso de su patrimonio con perjuicios”, pues la mayoría de estos elementos están fuera de la percepción de sus sentidos, incluso fuera de su conocimiento vulgar. Que 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... o el engaño habrá inducido a la víctima a pagar una suma de dinero o la habrá inducido a celebrar un contrato que de otro modo no habría celebrado, etc. 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 la prueba 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, de las cuales hablaremos a continuación.

Veamos el siguiente caso:

Don Agustín, 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, esta 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. Don Agustín decide comprarlo y Martita le cobra 20 millones de pesos. Don Agustín acepta y paga en un solo cheque. Al llegar a su casa, Don Agustín le regala a su mujer el cuadro. Durante la fiesta, don Agustín 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. Don Agustín 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 re-presentación 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 disposición patrimonial le cause un perjuicio; y e) nexo de causalidad entre los elementos anteriores. Reconocer en forma precisa cuáles son los elementos que constituyen la teoría de que queremos 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, don Agustín no podrá decir “Martita desplegó una representación dolosamente engañosa que me indujo a error”.

Los elementos son abstractos y generales, y nunca 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 don Agustín, ni de la señora Martita, ni de pinturas, Dalíes o galerías de arte.

2.2. PROPOSICIONES FÁCTICAS⁷

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 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 don Agustín podría formular en el tribunal, para configurar la teoría de la estafa:

Elemento 1: Representación

- Proposición fáctica N° 1: La señora Martita le dijo a don Agustín que las pinturas eran auténticas.
- Proposición fáctica N° 2: La señora Martita le mostró a don Agustín un certificado de autenticidad falso, supuestamente expedido por el museo El Prado en Madrid.
- Proposición fáctica N° 3: Mientras don Agustín negociaba el precio con la señora Martita, 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 más prestigiosa del país.

Elemento 2: Dolo

- Proposición fáctica N° 1: La señora Martita sabía –cuando le dijo a don Agustín que la pintura era auténtica– que se trataba en realidad de una reproducción.
- Proposición fáctica N° 2: La señora Martita había ofrecido la

Elemento 3: Error de la víctima

- Proposición fáctica N°1: don Agustín 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: don Agustín 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: don Agustín pagó a la Sra. Martita 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

⁷ Tomamos el concepto de proposiciones fácticas del texto de Paul Bergman, *La Defensa en Juicio*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires 1989, pp. 23 y siguientes.
misma pintura el día anterior a un familiar, señalándole que se trataba de una reproducción de alta calidad.

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 solo 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 don Agustín pagó a la Sra. Martita 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 el problema de la prueba. Recuerden: "... una afirmación de hechos... que si el juez la cree...", esto es, si hemos resuelto la pregunta acerca 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 o no la 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 versión 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". El fiscal propone que ese hecho debe interpretarse en el sentido que una galería de arte prestigiosa solo 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 que automáticamente allí solo puedan venderse 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 desprende 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 en relación con las propias como con 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 don Agustín 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 don Agustín 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. Por ejemplo, supongamos que el fiscal tiene en mente la proposición fáctica “Martita le cobró a don Agustín 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 (esa podría ser una versión alternativa de la defensa). El fiscal en verdad quería decir lo segundo, solo 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 del pago (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 solo 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 este libro 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 don Agustín 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 don Agustín: testimonio de oídas, altamente incriminatorio, proveniente nada menos que del querellante... en abstracto, buena proposición fáctica, pero respecto de la cual tenemos mala prueba. En otras ocasiones la situación será la inversa: dispondremos de una 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 áreas.

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? La respuesta a esta crucial pregunta es lo que se conoce como “teoría de caso”.

Y si todo lo anterior es cierto –a la litigación del juicio subyace necesariamente una muy fundamental actividad de discriminación de información–, entonces, al menos en este sentido, el juicio es un ejercicio profundamente estratégico.

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 es posible 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 nuevamente en el caso del Dalí que ofrecíamos páginas atrás: si el tribunal cree que Martita maquinó toda la situación para estafar a don Agustín, entonces cuando vea el certificado de autenticidad falso que le entregaron a este, 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 esta le entregó a don Agustín, 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 compren la teoría del caso que les estamos ofreciendo (eso ocurre cada vez que una parte

pierde un juicio...); 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 precisamente 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. 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 en un caso de homicidio. Supongamos que el punto central de este contraexamen es la desacreditación del testigo –presentado por el ministerio público– por ser inconsistente con declaraciones previas. Supongamos que el abogado ejecuta a la perfección toda la técnica de contraexamen que revisaremos más adelante; hace recorrer al testigo una vez más por 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 mostrado 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, al momento de terminar el contraexamen el tribunal piensa que el acusado tal vez sí tuvo un motivo para matar a su esposa, motivo que le faltaba hasta antes del contraexamen. 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 en relación con su teoría del caso, y terminar siendo inconsistente con esta. (La teoría del caso de la defensa habría corrido más o menos como sigue: “nuestro cliente no mató a su esposa ¿por qué habría de hacer una cosa así? No tenía ningún motivo...”). Esta es 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 solo 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.

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 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 el juicio se pierda.

Una de las dificultades que presenta la teoría del caso en las causas penales es que, por lo general, solo 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, cuyo 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 logró 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 sea necesario.

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 sea más creíble. Los abogados, como los vendedores, deben creer en su producto. Aun cuando nuestra actuación en el tribunal sea técnicamente impecable, los argumentos del litigante solo serán efectivos si convencen al tribunal. Y es difícil convencer a los jueces de que crean razones en las que ni siquiera cree el abogado que las representa. 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 sea 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 esta 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. 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 esta 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.

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 ella. 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 no tenía una explicación cómoda para esto.

Por otro lado, surgió también de la prueba que, justo en el año en que supuestamente Ana habría denunciado los abusos a su madre, esta 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 por 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 sexuales el mismo día en que este 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 prueba material de que nuestra contraparte se puede servir en apoyo de su versión de ellos, así como la prueba de que dispondremos para apoyar nuestra propia versión; investigar todo posible incidente relativo a la legalidad de las pruebas obtenidas o de su presentación en juicio, de manera de poder anticipar realísticamente 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.

4. El escáner

El juicio oral es tremendamente vertiginoso; cada instante produce nueva información, y esa información debe ser capturada y procesada, puesta en relación con el todo y con cada una de las otras piezas probatorias, el litigante debe reaccionar a ese átomo de información de una determinada manera, y para todo ello no cuenta más que con un instante; al instante siguiente habrá que procesar el siguiente pedazo de información. El litigante está escuchando el examen directo que su contraparte hace del testigo; está anotando las respuestas que el testigo está dando, porque sobre la base de esas respuestas concretas el litigante desarrollará su contraexamen algunos minutos después; cada vez que el testigo responde, el litigante pasa esa respuesta por toda la teoría del caso, a raíz de lo cual va complementando su contraexamen; mientras toma sus notas, el litigante está mirando de reojo las decenas de papeles que tiene sobre el escritorio, marcados con papelitos de distintos colores, preguntándose para sus adentros dónde diablos puso la declaración previa de este testigo, en donde hay afirmaciones inconsistentes con lo que el testigo está ahora declarando; en el intertanto, el litigante está atento a las preguntas que su contraparte formula, para objetar si es necesario; finalmente la contraparte hace una pregunta indebida y nuestro litigante objeta, disponiéndose a fundar la objeción mientras de reojo sigue buscando la declaración previa del testigo, y la vez que está terminando de anotar las últimas palabras declaradas por el testigo para una nueva línea de contraexamen que se acaba de abrir...

En este contexto de apabullante vertiginosidad no hay ningún espacio para la improvisación, la indecisión, o la duda, y lo único que salva al litigante de naufragar dramáticamente es tener total claridad de su teoría del caso y aferrarse a ella en cada instante del juicio, como un náufrago a un tronco. Cada decisión, cada pregunta, cada objeción, cada argumento, están completamente determinados por nuestra teoría del caso.

En este escenario, tal vez ninguna destreza determina tan crucialmente la capacidad de litigar, como la habilidad para capturar cada pedazo de información y escanear con él toda la teoría del caso: escuchamos la respuesta que el testigo acaba de dar y, en el instante que sigue, la contrastamos con cada declaración previa, de cada testigo, cada testimonio ya ofrecido, cada peritaje, cada cifra, cada objeto, cada diagrama, cada argumento, en fin, pasamos la respuesta por cada uno de los rincones del caso, bajo la primera pregunta a esas alturas relevante: cómo impacta este pedazo de información nuestra teoría del caso. Cómo nos deja esta respuesta. Y según eso, determinamos la pregunta siguiente. Decidimos si debemos reparar un daño, aclarar la respuesta, dejarlo ir, desarrollar el punto o cualquier otra opción concebible. Viene la siguiente respuesta, y volvemos a escanear toda nuestra teoría del caso para ver cómo quedamos. Y luego la siguiente. Y así con cada diminuto momento del juicio.

En este sentido, el litigante debe ser capaz de operar en dos planos igualmente importantes: una mitad de él (o ella), debe estar completamente sumido en el ejercicio específico que está realizando. Este contraexamen, este examen directo, la introducción de este documento. En ese plano, debe estar completamente conciente de los objetivos perseguidos por esa actuación en particular, las proposiciones fácticas que pretende probar, los argumentos que pretende servir, la prueba material que pretende introducir, las declaraciones previas que tiene listas para utilizar. La otra mitad del litigante está flotando algunos metros arriba, contemplando el juicio en su conjunto, y escaneando toda la teoría del caso una y otra vez con cada nuevo pedazo de información que ingresa al debate.

Capítulo III

Examen directo de testigos

Introducción

Como hemos visto, el éxito de un juicio depende en gran medida de la construcción 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 directo.⁸ 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).⁹ 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 este 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 de que dispone el litigante para probar su teoría del caso al tribunal. El examen directo nos permite relatar nuestra teoría del caso desde la prueba concreta y no desde las puras afirmaciones del abogado litigante (como, por ejemplo, en los alegatos de apertura), que hasta el momento han sido solo una promesa.

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.

1. La lógica de la prueba testimonial en el nuevo sistema procesal penal

La primera cuestión que es necesario despejar, aun cuando sea un tanto obvia en la lógica de un sistema acusatorio, es que la regla general del sistema solo considera como testigo a la persona que comparece al juicio a prestar declaración en la audiencia, sometiéndose a las reglas de examen y contraexamen. Su declaración personal no puede ser sustituida o

⁸ 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 solo se extrae información estrictamente a través de preguntas y respuestas; muchas veces el examen evidencia 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.

⁹ En diversas normas, el Código hace la distinción entre testigos, acusados y víctimas, por ejemplo, en los artículos 330, 331 y 332, pero desde el punto de vista de litigación no es una distinción que tenga demasiada relevancia (algunas pocas consecuencias diferenciadoras, especialmente para el acusado).

reemplazada por la lectura de actas anteriores en las que consten versiones previas de la misma. En este esquema –y salvo escasas excepciones– 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 órgano del sistema (fiscalía o tribunal, por ejemplo). Solo 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 (examen directo 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 contradictoriedad. 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 solo aquello producido en el juicio y en un formato que permita satisfacer la inmediación y la contradictoriedad.

Una segunda cuestión en donde existe un cambio de lógica radical, se refiere a la idea presente en 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 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 el cual 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 es que ellos tengan una predisposición favorable respecto de la teoría del caso que esa parte sostiene, al menos en tanto la versión de ese testigo es, precisa-mente, consistente con la del abogado que lo ofrece como prueba. Cuando decimos, entonces, que se trata de un testigo “amigable” a la parte que lo presenta, no nos referimos a un testigo que está dispuesto a mentir ni a desvirtuar la realidad que él –o ella– cree conocer. La cuestión opera más bien al revés: precisamente porque la versión del testigo es consistente con la teoría del caso de la parte, es que esta decide presentarlo a juicio. Y, en ese sentido, el testigo está al menos comprometido con su propia versión de los hechos. El testigo cree saber qué fue lo que ocurrió. Y esa historia que el testigo tiene para contar respalda, al menos en algún grado, la teoría del caso de la parte que lo presenta. Por eso la parte que lo presenta decidió presentarlo. 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 neutro, al menos en este sentido: él o ella creen en su versión de los hechos y seguramente estarán dispuestos a defenderla en la audiencia de juicio. Y, esa versión será favorable para la parte que lo presenta, al menos en algún nivel; o, visto al revés, puesto que la versión del testigo es favorable a su teoría del caso, la parte lo presenta. Esto produce naturalmente que el testigo perciba a dicha parte en términos amigables, mientras que percibe a la contraparte, de manera hostil. “La parte que me presenta es mi aliada, la contraparte es quien pretende desacreditarme”.

El cambio de lógica en la forma de percibir a los testigos es, entonces, una idea de realidad: la idea pretende afirmar que, en general, esta es la lógica que se instala en la mente del testigo en la dinámica del caso judicial y del juicio. Por supuesto, se trata solo de una cierta lógica, que opera de distintas maneras, en diversos niveles y con distintos grados de intensidad, desde la madre que cree absolutamente en la inocencia de su hijo y está fuertemente comprometida con el resultado del caso, hasta el perito que, pretendiendo – incluso deseando– ofrecer un juicio estrictamente técnico, no puede evitar sentir comprometido su prestigio profesional cuando se cuestionan sus conclusiones. Nótese que este cambio de lógica –que los testigos son siempre testigos traídos por las partes al juicio y no terceros ajenos que comparecen por voluntad divina al mismo– es predicado respecto de testigos perfectamente probos y de buena fe. Decir, entonces, que todo testigo está en algún sentido comprometido con la versión por la cual viene a declarar no debe confundirse con que se trate de testigos de mala fe o dispuestos a mentir. Estamos hablando de personas completamente honestas y dispuestas a contribuir con el establecimiento de la verdad y la aplicación de justicia al caso concreto; pero, el tener una cierta versión de los hechos hace que, al menos en un cierto nivel, tengan un compromiso con esa versión. Ese compromiso no necesariamente deteriora su credibilidad, aun cuando en algunos casos sí pueda 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 existen inhabilidades en virtud de las cuales un testigo en abstracto no deba 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 más creíble, o que prima facie lo sea menos. 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.¹⁰ A nivel de la teoría de la prueba, esto es lo que introduce la

¹⁰ 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

distinción entre “cuestiones de admisibilidad” (¿qué prueba es admisible en juicio y, por lo tanto, puede ser presentada?) y “cuestiones de credibilidad” (¿cuán creíble es la prueba?). Ciertamente un sistema acusatorio no suprime todas las discusiones de admisibilidad; pero, lo que nos interesa destacar es que, especialmente a nivel de los testigos, la mayor parte de lo que solían ser cuestiones de admisibilidad (inhabilidades y tachas, típicamente), se transforman ahora en cuestiones de credibilidad (que tendrán que ser debatidas en el caso concreto).

2. 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 un relato. 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 serían materia de desarrollo en una historia común, al menos no en una digna de narrar en una primera cita. 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 nuestra teoría del caso y que permitan darle valor o peso a dichas afirmaciones. En consecuencia, no se trata simplemente de contar un cuento, sino de contarlo en el marco de una teoría del caso.

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.

2.1. SOLVENTAR LA CREDIBILIDAD DEL 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 cuales 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 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 su declaración a la suerte. Volveremos sobre la acreditación y esta última idea en algunos momentos más. Por ahora interesa enfatizar que el acreditar a nuestros testigos siempre se tratará de un objetivo del examen directo.

2.2. ACREDITAR LAS PROPOSICIONES FÁCTICAS DE NUESTRA TEORÍA DEL CASO

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.

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; un testigo que conoce solo porciones del hecho central o antecedentes anteriores o posteriores al mismo, entre muchas otras opciones posibles de imaginar.¹¹ En todas las hipótesis posibles se trata de una narración o relato de hechos que el testigo presentará en el juicio y que debe obtenerse como consecuencia del examen directo del abogado que lo presenta.

Nótese que, en el contexto de un sistema de juicio oral en que no existe expediente a disposición de los jueces, lo que no obtengamos de la prueba simplemente no puede argumentarse por las partes ni ser valorado por el tribunal. En modelos adversariales más maduros es frecuente escuchar la expresión “no hay suficiente examen directo (sobre tal hecho)”. La expresión refleja la preponderancia del examen directo como instancia de producción de prueba y cuán en serio ello corre: incluso en los casos en que se presentó un testigo para acreditar ciertas proposiciones fácticas, es posible que el abogado no haya preguntado todo lo que debía preguntar, o que sus preguntas no hayan recogido del testigo la información con suficiente precisión o que, en fin, las respuestas del testigo no alcancen para acreditar la proposición fáctica en cuestión: “no hay suficiente examen directo”; y si no hay suficiente examen directo sobre la proposición fáctica, no hay nada. No hay prueba.

Tanto más si derechamente no se obtiene examen directo del todo sobre el punto.

¹¹ 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 cuales declare, expresando si los hubiere presenciado, si los dedujere de antecedentes que le fueren conocidos o si los hubiere oído referir a otras personas”.

2.3. ACREDITAR E INTRODUCIR AL JUICIO PRUEBA MATERIAL (OBJETOS Y DOCUMENTOS)

Un tercer objetivo del examen directo, aun cuando pudiera no presentarse en todos los casos, es la acreditación e introducción de prueba material (objetos y documentos) 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 de su origen y naturaleza, ni del rol que cumplen al interior del 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 revólver utilizado en tal homicidio o del contrato celebrado entre estas personas.

De esta forma, normalmente la oportunidad para acreditar e introducir objetos y documentos al juicio será a propósito de la presentación de los testigos propios, en el examen directo. Esto no excluye otras opciones, pero esta es la regla general.

2.4. 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 que no necesariamente se vincula al relato de los hechos que constituyen el caso de fondo. En efecto, es común que los testigos puedan aportar información que permita pesar la credibilidad de otras pruebas que se presentarán 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, sino de 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 que cada testigo puede entregar respecto de su propio relato, sino también la contribución que este puede hacer al resto del caso considerado en su conjunto. Si el testigo dispone de información de esta naturaleza, entonces, un objetivo del examen directo será obtenerla.

3. 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. En estricto rigor no son “etapas”, y no necesariamente la acreditación deberá ser realizada antes del relato sustantivo; será normal que ello ocurra así, pues toda la gracia de la acreditación es, precisamente, que el juez crea el relato sustantivo sobre la base de la credibilidad del testigo que hemos construido. Con todo, no pocas veces ocurre que el litigante realiza cierta actividad de acreditación general al comienzo, pero posterga aspectos más específicos de esta para más adelante, precisamente para habilitar al

testigo a referirse a los temas para los cuales dicha acreditación es necesaria. Para efectos pedagógicos, sin embargo, nos parece útil distinguir claramente las dos partes.

3.1. 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 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.

a) Objetivos de la acreditación

Tres son los principales objetivos que es posible identificar:

- El primer y más evidente objetivo es el que señalábamos en forma precedente, es decir, entregar al tribunal información que contribuya a conferir credibilidad al testigo. Si estamos a punto de escuchar de este testigo información a la que luego deberemos conferir una cierta credibilidad –alta o baja– no es para nada irrelevante saber quién es esta persona y por qué debemos creer lo que nos está diciendo. Este primer aspecto de la acreditación es sumamente importante y deberemos preguntarnos respecto de cada testigo en qué sentido requiere ser acreditado. Esto es particularmente crucial en el caso de los peritos, como explicaremos en el capítulo respectivo.

- 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?).

- Finalmente, hay un objetivo secundario que se puede perseguir con las preguntas iniciales de acreditación. Al consistir normalmente la acreditación en preguntas personales, relativas a información muy conocida para el testigo, le ofrecen a este un espacio para que se sienta cómodo y entre paulatinamente en confianza, hablando sobre información que le es familiar como los datos relacionados con su vida, su trabajo o su familia.

b) La acreditación es siempre necesaria

La acreditación de los testigos es siempre una actividad necesaria en el juicio. No porque exista un mandato legal que obligue a los litigantes, sino como una necesidad que emana de la lógica del juicio oral y del sistema de libre valoración de la prueba. Sin acreditación, el tribunal tiene menos elementos para pesar la credibilidad del testimonio. En consecuencia, el litigante corre el riesgo de 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.

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 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.

c) 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 sobregirla. El hecho de 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 debemos acreditarlos con la misma intensidad. Así, habrá múltiples casos en los que el aporte que haga el testigo al juicio sea tan menor o accesorio 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. También puede ocurrir que las proposiciones fácticas que el testigo o perito va a probar, en sí mismas no exijan altos grados de acreditación al menos en alguno de los sentidos. Por ejemplo, un área de acreditación es la experticia; sin embargo, hay afirmaciones dentro de dicha experticia que la requieren en niveles bastante menores. Pensemos en el médico del servicio de urgencia que constató los hematomas: constatar hematomas es algo para lo que basta ser médico general –y tal vez ni eso– y, en consecuencia, las necesidades de acreditación a este respecto serán probablemente bastante bajas.

Las necesidades de acreditación no solo 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.

d) La acreditación debe ser específica y concreta.

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 artesanal 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?

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, pues vendrá a declarar aspectos íntimos de dicha persona; en otras serán sus capacidades de percepción de los hechos; en otras, en fin, tal vez la acreditación se tenga que hacer cargo de conductas previas que podrían dañar su credibilidad frente a los jueces. Por lo mismo, las preguntas de acreditación pueden apuntar a una multiplicidad de cosas. Para decidir cómo abordar la acreditación del testigo, lo más útil es pensar en el contraexamen, especialmente en las posibles líneas de contraexamen destinadas a desacreditar al testigo, pero también aquellas destinadas a desacreditar el testimonio. Estas preguntas pueden ser abiertas o cerradas, pero deben permitir al testigo responder en forma cómoda y precisa.

3.2. 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 las proposiciones fácticas que nuestro testigo puede acreditar.

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 según su punto de vista, lo que incluirá elementos tales como: lugar en que ocurrieron y su descripción, fechas y tiempos, 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 en forma referencial, lo que comúnmente denominamos testigos de oídas. En situaciones de ese tipo, el relato del testigo no solo 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 solo un pedazo de información que puede contribuir a nuestra teoría del caso y allí iremos directamente sobre ella sin pretender construir un relato completo de los hechos.

4. Características de un examen directo efectivo

Comúnmente, ciertas características se repiten en cuanto a aumentar la efectividad del examen directo, tanto en su parte destinada a la acreditación del testigo como en la parte destinada al relato de fondo. Estas características podrían caracterizarse como: cine y dieta.

4.1. CINE

Recordemos, una vez más, que los jueces no conocen el caso y no tienen a su disposición ningún expediente. Esta es la primera vez que escuchan los hechos. Se enteran de ellos a través de la prueba. Y solo sobre la base de dicha prueba van a tener que tomar la decisión que puede significar mandar a un inocente a la cárcel o liberar a un peligroso asesino. Este es un escenario muy exigente para el juez: el juez necesita imperiosamente saber qué fue lo

que ocurrió. Y eso no se satisface con relatos vagos y generales (“Pedro apuñaló a Juan”), ni con fórmulas conceptuales abstractas (“Él me violó”). Esto lo sabemos bien, porque en todos los demás relatos relevantes de nuestras vidas respecto de los cuales debemos adoptar decisiones trascendentes, exigimos historias completas, claras, creíbles. No nos basta simplemente que alguien venga y nos diga “tu pareja te está engañando con otra persona”.

Necesitamos poder producir una verdadera imagen mental antes de decidir si es cierto o no, cómo se produjo, cuándo, por cuánto tiempo, por qué, cuánto de responsabilidad le es imputable. El relato de un delito, para jueces que deben resolver en un entorno de libre valoración de la prueba, funciona exactamente igual.

El examen directo, entonces, debe poder instalar la película en la mente del juzgador, con ese nivel de precisión y realismo; reconstruir la fotografía, las imágenes, los movimientos, las secuencias, aproximando la cámara a los rincones relevantes del relato, los gestos, los guiños, dándole a la escena una interpretación, insertándola en el relato general. Así como en el cine, el examen directo debe ser capaz de ofrecerle a los jueces una película –no un acta– de lo que el testigo dice.

Para esto, el examen directo debe ser completo y preciso. Debe obtener del testigo todas las proposiciones fácticas que el testigo pueda acreditar, y hacerlo de manera que llene cada una de dichas proposiciones fácticas con contenido y credibilidad. Un error común que se observa en los litigantes es que no se dan cuenta que “mencionar un tema” no es lo mismo que “acreditar un tema”. El título del cuento no es el cuento. Y no basta que el testigo mencione la proposición fáctica para que el litigante pueda darla por acreditada.

Veamos el siguiente ejemplo. Está declarando el dependiente del negocio asaltado. Ha dicho que un hombre entró, le apuntó con una pistola, le pidió el dinero de la caja, luego le disparó al guardia que venía entrando, salió corriendo, se subió a un auto con un conductor que lo estaba esperando y huyó. A continuación el examen directo siguió así:

Fiscal: ¿Y entonces, qué pasó?

Testigo: Bueno, yo fui a ver si el guardia estaba muerto, y entonces vi que el acusado se subía a un auto que lo pasó a buscar, y entonces huyeron precipitadamente.

Fiscal: ¿Pudo ver quién conducía el auto?

Testigo: Sí, era la misma mujer que había entrado al negocio aproximadamente media hora antes.

Fiscal: ¿Y usted pudo reconocerla bien?

Testigo: Sí, estoy seguro de que era ella.

Fiscal: ¿Y pudo reconocer el auto?

Testigo: Sí, era un Fiat Uno, azul.

Fiscal: ¿Y pudo distinguir la patente de ese auto?

Testigo: Bueno, me acuerdo que empezaba con las letras KH

Fiscal: Gracias, no tengo más preguntas su señoría.

En el ejemplo, el fiscal recorre los temas, los menciona, pero no los acredita realmente. No los trabaja. No los explota. Son los puros títulos. ¿Cuánto se demoró el testigo en reaccionar y salir de detrás del mesón? ¿Cómo se sale de detrás del mesón? La puerta del

mesón, ¿tiene cerrojo? ¿Estaba abierto el cerrojo? Y si estaba cerrado, ¿cómo se abre y cuánto se demoró en hacer eso? ¿Y cómo es que salió persiguiendo al hombre armado que acababa de asaltarlo? ¿No es más creíble pensar que se puso a darle gracias a Dios por haberlo salvado en lugar de ir hacia donde estaba el riesgo? Y si fue a ayudar al guardia, ¿no estaba su atención puesta en eso y no en mirar hacia el auto? ¿Qué hizo para ayudarlo? ¿Cuánto tiempo le tomó hacer eso que hizo? ¿Cuándo fue que su atención fue capturada por el auto, el conductor y el asaltante? ¿Cómo era su visión del auto? ¿En qué ángulo? ¿En qué ángulo quedó el conductor respecto de él? ¿A qué distancia? Si él estaba arrodillado auxiliando al guardia, ¿no lo obstaculizaba la puerta del local? ¿El árbol? ¿El farol? ¿El reflejo en los vidrios del auto? ¿Estaban las ventanas arriba o abajo? ¿Cuánto tiempo vio a la conductora? ¿Lo miró ella a él? En fin, podríamos llenar páginas con preguntas como estas.

Un buen examen directo, entonces, ofrece la precisión de la fotografía, y la comprensión del cine. Retrata las imágenes, ofrece los detalles, reconstruye la realidad en la mente del juzgador, lo lleva a la escena y trae la escena a él. Hace que la escena completa se reproduzca en su imaginación, y que se reproduzca completa, con todos los elementos que tendríamos si la estuviéramos presenciando en la realidad. Como el espectador de una película, hacemos que el juzgador comprenda las circunstancias, se explique la secuencia de los hechos. No hacemos que escuche al testigo; hacemos que presencie lo que el testigo presenció.

4.2. DIETA

Por supuesto, la completitud del examen directo tiene que ver con qué proposiciones fácticas este testigo puede acreditar y, en ese sentido, hay que discriminar información. Igual que las dietas: no se trata tanto de cuánto comer, como de comer bien. Los litigantes suelen tratar de obtener del testigo la prueba completa de sus teorías del caso, más allá de lo que el testigo realmente puede responder. Esto diluye la información útil, su impacto, y la atención del tribunal. Queremos que el testigo introduzca toda la información relevante y valiosa que tenga, y ojalá solo esa. De vuelta con lo que decíamos en el Capítulo II, esto es lo que hace al juicio un ejercicio fundamentalmente estratégico: la necesidad de seleccionar información.

Esto es cierto incluso respecto de la información que el testigo sí posee: por lo general, la necesidad de “comprimir” el relato de un testigo es una dificultad práctica que el litigante debe abordar, y con frecuencia resulta necesario –de toda la información con que cuenta un testigo– seleccionar aquella más relevante y valiosa para fortalecer y probar su teoría del caso. La omisión de determinados aspectos no equivale necesariamente a una falta a la verdad; puede haber muy legítimas razones para hacer esta discriminación: no llenar al tribunal de información distractiva del núcleo central debatido, perdiendo la información valiosa en un mar de detalles insignificantes; dejar de lado antecedentes que puedan ser objetados por la defensa; proteger la credibilidad del testigo de prejuicios irrelevantes, etc. El control natural de la legitimidad de las omisiones es el contraexamen: el contra-examinador se preocupará de revelar aquellas que equivalgan a falsedades o distorsiones de información. Y desde luego, el examen directo debe prepararse sabiendo que eso va a venir.

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 sirve y, desde el punto de vista del litigante, esto es todo aquello que fortalece su teoría del caso o debilita la de la contraparte.

En este sentido, hay que conseguir un equilibrio en la producción de detalles. Por una parte, son los detalles los que producen la película. Además, juegan un rol en la credibilidad: la experiencia nos dice que si una persona efectivamente participó de un evento, puede ofrecer ciertos detalles acerca de él. Pero, por otro lado, el exceso puede comenzar a ser un distractor que desvía la atención de las proposiciones fácticas centrales (los jueces son seres humanos, y también, en ocasiones, se aburren y dejan de prestar atención). A su turno, la experiencia también nos enseña que la memoria de las personas tiene límites, y que Funes el memoriador solo existe en la obra de Borges. Si un testigo recuerda incluso los más insignificantes detalles, tal vez sea razonable creer que no los está recordando, sino que se los instalaron en la mente antes del juicio (preparación ilegítima). En este sentido, los detalles pueden ser considerados un arma de doble filo. Los necesitamos, pero los excesos son peligrosos. El litigante debe tener en cuenta ambos extremos y el examen directo deberá conseguir un equilibrio entre ellos de manera de asentar la credibilidad del testigo. Así, si este, en efecto, recuerda abundantes detalles acerca de los sucesos, el abogado deberá desplegar un esfuerzo por explicar por qué la supermemoria resulta, en este caso, creíble.

Es a propósito de esta característica del examen directo que surge un buen argumento para justificar la metodología de producción del testimonio de los sistemas adversariales, es decir, que la declaración se produce a través de las preguntas que le formula el abogado que los presenta. Nuestro Código Procesal Penal recoge esta idea en el artículo 329. Todavía existen muchos códigos en la Región (por ejemplo, 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, cuando el testigo declara en forma autónoma y sin la guía del examen directo de su abogado, lo que suele ocurrir es que ese testigo se salte elementos relevantes para el caso o, por el contrario, que profundice en aspectos irrelevantes que distraen la atención del juzgador de aquello que realmente importa. En ambos casos se crean serios problemas para la presentación de la información y luego, para cuando llega el momento del examen directo, puede resultar imposible reconstruir o dar coherencia lógica a los hechos relevantes en el relato de nuestro caso. Pero, atención, no se trata de que esto solo nos beneficie como partes interesadas: es del mayor interés para el sistema en su conjunto, y para la justicia del sistema y sus valores, que los jueces puedan obtener la información más completa, organizada y clara posible, de manera de poder decidir un caso respecto del cual no tienen más información que esta prueba. Lo que decimos, entonces, es que es la parte en el examen directo quien está en mejores condiciones de ofrecer esto a los jueces (y la que tiene más incentivos para hacer rigurosamente este trabajo).

5. 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

involucrados en su producción. Existen dos temas que nos interesa analizar con más cuidado: la organización del examen directo y las herramientas de que disponen los abogados para su ejecución.

5.1. ORGANIZACIÓN DEL EXAMEN DIRECTO

Al igual que el resto de las actividades de litigación, la organización del examen directo 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 acorde a las particularidades y estrategia del caso concreto al que nos enfrentamos. La organización del examen directo tiene dos grandes temas que deben ser resueltos por el litigante: el orden de presentación de los testigos y el orden del testimonio.

a) Orden de los testigos

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, parece haber cierta información empírica que sugiere que solemos recordar mejor lo primero y lo último que escuchamos. De acuerdo con esto, parece sensato situar nuestros testigos más sólidos al comienzo y 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 torno a nuestro testigo estrella, y luego utilizar los demás testimonios como refuerzos de aquel. Para otro tipo de casos, preferiremos agrupar a los testigos de acuerdo a la cantidad de información que cada uno entrega del caso, ofreciendo primero al testigo que nos puede dar cuenta del relato general de los hechos y yendo luego con los testigos que aportan relatos más acotados o específicos.

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, cómo construyen de manera más efectiva nuestra teoría del caso y cómo el orden de presentación del caso ofrece al tribunal un relato más claro, ordenado y verosímil.

b) Orden del testimonio

Cuando hablamos del orden del testimonio nos estamos refiriendo al orden o la sucesión con que organizaremos la información que cada testigo aporta a nuestro relato dentro de su propio examen directo. 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.

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 norma 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; a continuación se explorará con el testigo su apreciación sobre las reacciones de la víctima frente al acto de intimidación con el arma de fuego; finalmente, la identificación del acusado y su fuga. En cambio, no sería cronológico en este ejemplo que el relato del testigo comenzara por la fuga del acusado, luego explicara el lugar en donde estaba el testigo, a continuación diera cuenta de las acciones del imputado y, finalmente, explicara la reacción de la víctima ante la intimidación. En este segundo caso, no obstante producirse un relato completo de los hechos, se sigue un orden más bien temático.

Por qué estructuramos cronológicamente este relato obedece a simple experiencia 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 solo es conveniente debido a que facilita la labor del testigo, sino que también porque contribuye a formar un relato más claro para el propio juzgador, a la vez que facilita nuestro trabajo en la obtención de la información.

Todos tenemos experiencia compartida acerca de lo difícil que resulta comprender a cabalidad relatos no cronológicos. Quizás el mejor ejemplo de esto lo aporta la cinematografía. Hace algún tiempo se proyectó la película *Memento* (del director Christopher Nolan), que 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. Los que vimos dicha película, junto con valorar su gran calidad, seguramente compartimos el comentario de lo difícil que resultó seguir y comprender la forma en que los hechos que conformaban la historia iban siendo relatados. 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 tendría a un tribunal confundido, sin claridad acerca de su teoría del caso y, en consecuencia, con menos posibilidades de comprender la historia que compone la versión de esa parte.

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 Bergman ¹²sugerimos 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.

En este primer esquema, el orden del examen directo se organiza sobre la base de la cronología de hechos principales y, en cada uno de estos, 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 desee 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 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 del relato. 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 el segundo esquema es una opción. En cambio, si se trata de un testigo que requiere mayor direccionamiento u orden para contar lo que sabe, probablemente el primer esquema es más apropiado.

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 una 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.

¹² Paul Bergman, La Defensa en Juicio, Abeledo-Perrot, Buenos Aires 1989, Pág. 71.

En otras oportunidades se pueden introducir pequeñas variaciones al relato que afecten una cronología estricta de este, pero que mantengan una estructura general claramente cronológica. Así ocurre cuando, por ejemplo, el examen directo se inicia con la secuencia final del relato (por ejemplo: “sí, yo vi a Pedro Soto muerto ese día”), a partir de lo cual se sitúa el contexto sobre el que 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, cuando la empleada doméstica va a declarar no solo cómo vio al acusado en la casa momentos antes de la hora establecida del homicidio de su patrona, sino, además, cómo escuchó al acusado un mes antes persuadirla de que cambiara el testamento en su favor: en este caso tal vez el abogado quiera ir sobre la cuestión del testamento solo una vez que el examen directo le ha sugerido a los jueces que el acusado es el homicida; solo ello hace que la cuestión del testamento adquiera su real dimensión como móvil del homicidio. Esto rompe la cronología estricta (el episodio del testamento ocurrió un mes antes) y hace de la parte del relato asociada al testamento más bien una organización temática, pero parece que en este caso constituye un modo más efectivo de introducir dicha información.

Un segundo caso en el que es posible sacrificar el orden cronológico en el relato de un testigo tiene lugar cuando el fin es 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 cincuenta metros aproximadamente.

P: Y a esa distancia, ¿cómo pudo distinguir que se trataba del acusado y su señora?

R: Es que 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: ¿Cuándo armó el telescopio?

R: Esa misma mañana...

En estricto rigor, la recepción del telescopio debiera situarse al inicio del interrogatorio, ya que ocurrió en la mañana y los hechos de fondo tuvieron lugar en la noche. Sin embargo, solo 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. Por ejemplo, en situaciones de hechos complejos en los que muchas acciones ocurren coetáneamente. Supongamos 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 presencié, sin que necesariamente ellos representen un relato estrictamente cronológico para toda la pelea.

c) 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 decidan, se encuentra tratándose de la declaración del acusado que se regula en el inciso tercero del Artículo 326. 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 de la lógica de litigación en el examen directo:

- La primera regla sería que el acusado solo puede prestar declaración en juicio una vez concluidos los alegatos de apertura de las partes; es decir, solo 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 del defensor, de establecer el orden de su propia prueba. En ocasiones esta tesis se ha impuesto como una cuestión de admisibilidad (el acusado solo puede tomar el estrado en dicha oportunidad) y, en otras, como una cuestión de credibilidad (aunque se le permite tomar el estrado en cualquier momento, el solo hecho de que no lo haga en la oportunidad del Art. 326 le restará toda credibilidad).

- La segunda regla sería que, aun 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 y de litigación para afirmar que la interpretación descrita es errónea en ambas reglas.¹³ También existen razones claras en la historia de la tramitación

¹³ 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

legislativa de dicho texto que abonan lo sostenido.¹⁴ En este contexto, nuestra interpretación del mismo es completamente diversa a las que hemos descrito. Para nosotros, dicho Artículo solo regula el caso específico en que el acusado decida prestar declaración una vez concluidos los alegatos de apertura. Si no desea hacerlo en ese momento, 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 la cual intenta resguardar, por un lado, el derecho de las partes a presentar su caso de la forma en que sea más efectiva a los intereses que defienden, pero, por el otro, también resguardando que el tribunal pueda conocer un relato de la mayor calidad posible para, a su vez, también tomar decisiones de alta calidad.

En definitiva, creemos que el Artículo 326 no constituye un obstáculo para que la defensa pueda disponer la declaración del acusado en el momento en el que ella se inserte mejor dentro de su relato (normalmente cuando la defensa presenta su propia prueba) 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.

5.2. 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.

- a) 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 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

Etapa en el Juicio Oral, en Informes en Derecho, Centro de Documentación Defensoría Penal Pública, Diciembre de 2003, Pág. 117 a 124.

¹⁴ 7 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".

probatorio a cabalidad. Mientras más ocurra que lo que se instala en la mente del juzgador es la imagen del testigo declarando en lugar de la imagen del abogado haciendo preguntas, tanto mejor habremos ejecutado el examen directo. Si, por el contrario, la memoria del tribunal recuerda más al abogado que al testigo, esto puede terminar siendo 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 Sr. “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 pandereta 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 arma de fuego o de otro tipo de arma?

R: 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 el arma...

En el ejemplo, parece que mucha de la información proviene más del abogado que del testigo, que el aporte de este último es pobre y que es más bien el abogado quien ha construido el relato de hechos sobre la base de preguntas que incorporan buena parte de la información relevante que debiera haber entregado el testigo. Si los jueces adquieren la impresión de que el testigo es un monigote sobrepreparado y que solo está en condiciones de responder con monosílabos o sobre la base de información ya aportada por el propio abogado, ello tiene costos de credibilidad muy importantes.

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 en tanto tal. 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). Si el tribunal cree que el testigo no está haciendo más que repetir lo que el abogado dice y le resta credibilidad por esa vía al testigo, entonces nos quedamos sin prueba para las proposiciones fácticas en cuestión.

Un examen directo persuasivo depende en gran medida de que las preguntas formuladas se adecuen a los objetivos que se desea alcanzar. Existen diversos tipos de preguntas y se deben emplear dependiendo del objetivo específico que con ellas se persiga y de las circunstancias y características concretas del caso y de nuestro testigo. En general, un examen directo efectivo integrará estos diversos tipos de preguntas. Veamos entonces las alternativas de que dispone un litigante para formular sus preguntas en el examen directo.

b) Tipos de preguntas

Existen cuatro 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 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.

• Preguntas abiertas

Las preguntas abiertas son probablemente la principal herramienta en un examen directo y tienen como fin invitar al testigo a formular la respuesta en sus propias palabras. 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 este tiene amplia libertad para expresarse con sus propias palabras, sin que el abogado limite, restrinja o sugiera ciertas palabras para la declaración.

La gran ventaja de las preguntas abiertas es que 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 nuestra 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 presencié.

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, cuando el testigo reponde una pura generalidad y luego guarda silencio; o bien, cuando 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 los casos en que el testigo tiene problemas para focalizar su relato en los aspectos relevantes, la cantidad de información sin valor que incorpora distrae de lo relevante y potencialmente puede afectar la valoración que el tribunal haga de él, o la captura y comprensión por parte de los jueces de la información que realmente importa. Un ejemplo para ilustrar 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, aunque fue la última vez que hicimos eso, porque los arriendos en la playa han subido tanto, y entonces ahora tenemos que veranear en camping, aunque a los niños les carga, ya no sé que hacer con los niños que en estos días respetan cada vez menos a los padres...

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 distraen al juzgador de aquellos puntos que efectivamente interesaba dejar claro en su mente (que a estas alturas, ya ni siquiera sabemos cuáles son).

Lo mismo ocurre cuando ciertos testigos declaran con una “agenda” de ideas o principios que ellos quieren señalar públicamente, no obstante no vincularse con el relato que están llamados 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.

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...

Lo mismo aquí: la evidencia relevante y las ventajas que pudieron haber aportado a la credibilidad de la pregunta abierta, se diluyen 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.

En estos casos, será inevitable mantener al testigo bajo control, lo cual se logra cerrando las preguntas, o interrumpiendo cortésmente al testigo con preguntas de seguimiento:

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...

P: Permítame interrumpirla, señora testigo, ¿en qué sentido dice usted que era pésima la relación?

R: Bueno, discutían con frecuencia, a gritos, delante de los niños, se insultaban y, como le digo, él le pegaba... y eso le estaba diciendo, que esto es típico cuando los hombres le pegan a las mujeres...

P: Señora testigo, si me permite... Cuando usted dice que él le pegaba, ¿cómo sabe eso?

R: Bueno, porque yo misma lo vi varias veces, y además ella llegaba llorando a mi casa casi todos los días diciéndome que él le había pegado... porque siempre que los hombres le pegan a las mujeres...

P: Señora testigo, me gustaría que tratáramos de focalizar nuestra conversación en la relación entre estas dos personas, y no en general entre todos los hombres y todas las mujeres... ¿cuántas veces vio al acusado pegarle a su mujer?

En este caso las preguntas cerradas de seguimiento van focalizando al testigo, a la vez que le impiden extenderse en la información irrelevante o en su propia agenda ideológica.

- Preguntas cerradas

Las preguntas cerradas son otro grupo de preguntas admisibles y útiles en el examen directo. Su propósito es invitar al testigo a escoger una de entre varias respuestas posibles y, por lo mismo, focalizan la declaración del testigo en aspectos específicos del relato. No sugieren al testigo una respuesta deseada, pero tampoco permiten el desarrollo de un relato abierto acerca del caso en los términos propios del testigo. 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 específica de parte del testigo: una marca, un color, un nombre. No se trata de una pregunta sugestiva, pues la marca, color o nombre no son sugeridos por la pregunta. El testigo tiene todas las marcas, colores y nombres disponibles en su respuesta, pero la pregunta le pide al testigo optar por una de ellas. En ese sentido, la pregunta cerrada le sigue entregando al testigo plena libertad de respuesta, pero dentro de un entorno de información acotado.

Hay que diferenciar claramente entre las preguntas cerradas y aquellas que son sugestivas, pues estas últimas están por regla general 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 esta 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 la difunta tenía una mala relación con su marido.”

Como se puede apreciar, esta pregunta va mucho más allá de ser una pregunta cerrada. La pregunta contiene su propia respuesta (“la difunta tenía una mala relación con su marido”).

Las preguntas cerradas presentan las ventajas y desventajas inversas de las preguntas abiertas. La principal ventaja de las preguntas cerradas es el control que le entregan al litigante, en términos de poder obtener del testigo toda la información que este posee, y solo la información relevante. Otra virtud asociada a la anterior es que las preguntas cerradas permiten un impacto directo sobre puntos específicos. Finalmente, las preguntas cerradas también pueden ser empleadas para refrescar la memoria y para interrogar a 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 cuánto sabe realmente el testigo, su credibilidad puede verse dañada.

Como hemos dicho anteriormente, un buen examen directo integra con frecuencia tanto preguntas abiertas como cerradas, de manera que las ventajas de ambas se potencien y las desventajas se minimicen: le pregunto cerradamente para que vaya sobre la información específica, pero luego le pido narraciones abiertas para que el tribunal obtenga del propio testigo relatos que den cuenta de que presenció genuinamente los hechos; y así en infinitas combinaciones.

- Introducciones y transiciones

Con frecuencia, especialmente cuando estamos cambiando de tema, resulta útil encabezar nuestras preguntas con una formulación que permita a los testigos y al juzgador situarse en el contexto en el cual se va a desarrollar el examen directo, facilitando la comprensión de la información que se espera del testigo. Se trata de encabezados que incorporan información de contexto para ubicar al testigo en su respuesta o para introducir un tema nuevo en el relato.

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

Como se observa en el ejemplo, se trata de introducir y hacer transitar al testigo desde el tema que se venía discutiendo, hacia un tema nuevo. Este encabezado incorpora cierta información en la pregunta (usted tenía una relación profesional con el acusado), lo cual podría ser estimado sugestivo. Pero, en la medida en que lo hace con el único propósito de permitirle al testigo comprender con mayor claridad “para dónde va la cosa”, no debiera presentar problemas de admisibilidad.

Debemos tener presente que, para muchos testigos, su presencia en el juicio será una experiencia única y en muchas ocasiones intimidante. En este escenario, queremos evitar que el testigo, por nerviosismo, inhibición o intimidación con el ambiente, no entienda lo que realmente preguntamos o no conteste lo que realmente sabe. Las preguntas de introducción y transición constituyen herramientas del litigante para enfrentar este tipo de situaciones.

- Preguntas sugestivas

Ya hemos mencionado algo sobre esto, y lo seguiremos examinando con más detalle a propósito del contraexamen y de las objeciones. Las preguntas sugestivas están prohibidas por nuestro Código Procesal Penal en el examen directo. Sin perjuicio de esto, nos interesa destacar algunas cuestiones básicas que es necesario tener presentes a esta altura.

¿Qué son las preguntas sugestivas? Son aquellas que incorporan su propia respuesta. Es decir, la respuesta a ellas está contenida en la propia formulación de la pregunta. Son, pues, las preguntas más cerradas de todas, ya que solo permiten al testigo confirmar o negar su contenido. Si se quiere, en la pregunta sugestiva quien realmente está declarando es el abogado, en su pregunta. Es el abogado el que está poniendo las palabras de la respuesta en la boca del testigo. Estas preguntas suelen estar prohibidas por regla general en el examen directo. Veamos un par de ejemplos de este tipo de preguntas:

- ¿Sintió olor a gas cuando entró a la casa? (“había olor, y era a gas”)
- ¿Tenía el acusado un cuchillo en la mano? (“el acusado tenía un cuchillo y ese cuchillo estaba en su 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 no resulta admisible en el examen directo. 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 por regla general prohibidas en el examen directo y el abogado debe tenerlo presente porque la contraparte podrá objetarlos. La situación de este tipo de preguntas es completamente distinta en el contraexamen, como se verá en su momento.

Adicionalmente a la cuestión de admisibilidad, desde el punto de vista estratégico la pregunta sugestiva (aún cuando no fueran prohibidas o mi contraparte no las objetara) maximiza los problemas de la pregunta cerrada: deteriora la credibilidad del testigo.

- c) 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 conviene organizar el examen directo desde el punto de vista de las preguntas?

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 en el día en que ocurrieron los hechos (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 sentir que algo estaba mal, porque cuando abrí la puerta del jardín salió corriendo un gato negro, y a mí 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 interrumpirlo aquí un momento, ¿notó alguna otra cosa particular cuando entró a la casa? (cerrada).

R: Bueno, había un olor terrible. Y entonces después de ver al gato...

P: Señor Corrales, perdone que lo interrumpa de nuevo... ¿pudo identificar de qué olor se trataba? (cerrada).

R: Había olor como a quemado y como olor a gas. Apenas se podía respirar allí adentro.

P: Cuando usted dice que sintió olor “como a gas”, ¿quiere decir que tuvo dudas en ese momento de si era efectivamente a gas? (sugestiva, pero admisible según explicaremos en el capítulo V).

R: No, no tuve ninguna duda, era olor a gas. Era inaguantable.

P: ¿Y entonces qué pasó? (abierta).

R: Bueno, entonces fui a la pieza de Clarita, y ahí vi al acusado, el señor Gutiérrez, que estaba llorando al lado del cuerpo de ella, que estaba tirado en el suelo...

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 queremos destacar es la idea de que un examen directo efectivo normalmente utilizará todo el arsenal de preguntas admisibles. La intensidad en el uso de una u otra pregunta (abiertas o cerradas) normalmente dependerá del tipo de testigo que tenga enfrente. Esta evaluación solo surge como consecuencia de una adecuada preparación del testigo. Para esto, debemos reunirnos con el testigo antes del juicio, repasar con él los hechos que conoce, ensayar el tipo de preguntas que podrían formularsele en la audiencia, escuchar sus respuestas, anticipar el contraexamen. 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.

6. 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 del testigo que comparece 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 –y marcos regulatorios– que exceden a 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”.¹⁵ 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 de que ese testigo dispone sea presentada a los jueces en forma clara y con calidad. El juicio oral constituye un escenario tremendamente vertiginoso y cruel para quienes cometen errores y se desempeñan en él, por lo que la preparación del testigo es una actividad central en el objetivo de minimizar dichos errores y poder presentar a los jueces información relevante de manera entendible, clara y creíble.

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 prefabricada de respuestas a las que el testigo debe sujetarse, sin importar que esta 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 construir un testigo perjuro. 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 los más ínfimos y absurdos detalles 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.

La preparación del testigo, en realidad, prepara tanto al testigo como al abogado, y 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 al juicio. En esta reunión son varias las actividades de preparación.

Desde el punto de vista del abogado, esta es la consagración final de una idea que vamos a repetir con énfasis a propósito del contraexamen: un litigante profesional va al juicio a

¹⁵ Steven Goldberg, *Mi Primer Juicio Oral*, Editorial Heliasta, Buenos Aires 1994, pág. 87

exponer información, no a buscarla. El juicio no es una instancia de investigación. Esto se traduce en que un litigante que sabe lo que está haciendo no hace en el juicio preguntas cuya respuesta no conoce: cada vez que hago la pregunta, es porque conozco la respuesta y sé cómo ella encaja en mi teoría del caso. Esto es particularmente cierto en el contraexamen, pero es completamente válido para el examen directo también. Este conocimiento de la información y las respuestas proviene del conjunto de mi investigación, pero especialmente de mi preparación de los testigos. El litigante debe, entonces, recorrer con el testigo su relato, explorar los detalles relevantes, conocer sus debilidades, explorar explicaciones razonables para 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, y evaluar sus necesidades o carencias para preparar el tipo de preguntas que le formularé.

En relación con el testigo, la preparación incluye también variados aspectos. En primer lugar, el abogado debe ilustrar al testigo acerca de su rol en el juicio y del marco general en que este 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, cómo 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 en lo posible qué porciones de su relato son relevantes para el juicio. Los testigos disponen de mucha información y de muy variada especie, por ello es relevante que al momento de prestar testimonio estén medianamente enfocados, y no se pierda tiempo con información distractiva o derechamente irrelevante.

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 derechamente simulando su examen y contraexamen. 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 anticipe con él situaciones problemáticas o conflictivas. En fin, son múltiples las cuestiones que se pueden realizar, siempre en un marco en el cual se busca que el testigo pueda declarar, aportando al tribunal la información de que genuinamente dispone con claridad. En este escenario, es imprescindible anticipar al testigo qué debe esperar del contraexamen y, en lo posible, contraexaminarlo del modo en que el litigante espera el contraexamen de la contraparte. Esto le permitirá tanto al testigo entender lo que tendrá lugar, como al litigante prever áreas problemáticas del testimonio de las que tal vez quiera hacerse cargo en el examen directo.

El límite entre la preparación profesional y la preparación ilícita de un testigo se resume en la siguiente fórmula: el abogado no puede incorporar información en la mente del testigo. Puede pedirle que recuerde, puede preguntarle si está seguro, incluso puede decirle que hay aspectos que no le preguntará y que no es información que le interese en el juicio; pero no

puede incorporar información en la mente del testigo. Por ejemplo, supongamos que, en la preparación del testigo, le mostramos las fotos que queremos introducir como prueba. Las fotos muestran el auto en que supuestamente se cometió el delito que él presenció. Si el testigo nos dice “creo que este es el auto”, no podemos responderle “no se preocupe, créame, este es... ¿confía en mí, yo le aseguro que este es...”. Más bien, si queremos seguir manteniendo la preparación legítima, ante esa respuesta nuestra reacción debe ser: “señor testigo, le voy a pedir que por favor ponga su atención en estas fotos, y que me diga si está en condiciones o no de reconocer este auto como el auto en que vio al detenido ese día... (porque si no puede, tal vez prescinda de las fotos, o tal vez las ingrese con otro testigo...)”.

El trabajo de preparación de un testigo supone varias destrezas y para ello también se acumulan, 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 ellas 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, y el hecho de que hay formas no solo legítimas de preparar a los testigos, sino además constitutivas de una mínima exigencia profesional.

7. Algunas recomendaciones sobre la producción del testimonio

Para terminar este capítulo, quisiéramos revisar algunas recomendaciones generales para la preparación de un examen directo. Todas ellas apuntan a que el litigante pueda potenciar de mejor forma los resultados de litigación y evitar ciertos errores comunes que son posibles de observar en el funcionamiento diario del nuevo sistema procesal penal. Como en todas las materias de litigación, también aquí se trata de recomendaciones basadas en la acumulación de experiencias y 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.¹⁶

7.1. 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 incomprensible. El acto de litigar un juicio oral es básicamente un acto de comunicación. Nuestro primer interés, entonces, es que los testigos y jueces realmente entiendan las preguntas que estamos haciendo, las escuchen, y comprendan la prueba que estamos generando. Para ello contamos con un lenguaje natural, 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 de ocasiones infinitamente menor que aquellas en que los abogados

¹⁶ 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.

–por simple siquiería– consideramos imprescindible. Solemos hablar en los procesos de un modo en que jamás lo haríamos si se tratara de decir lo mismo conversando con nuestro entorno no jurídico. Allí donde todos dirían “Juan le quitó un televisor a Pedro con un cuchillo”, los abogados decimos “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”. Y creemos que hablar de esa manera nos hace mejores abogados, cuando la mayoría de las veces solo deteriora la calidad del acto comunicacional, pues este lenguaje, entre otras cosas, tiene la particularidad de construirse sobre abstracciones, conceptos y categorías, las que tienen mucho menos poder descriptivo que las referencias al mundo concreto del lenguaje común.

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 (otro aspecto, entonces, a tratar en la preparación).

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, alejándola de lo que está ocurriendo en el testimonio.

El abogado, además, debe tener especial cuidado en que el testigo se exprese en un lenguaje comprensible para el tribunal. No importa si 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, social o técnica, 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.

7.2. DIRECTO AL PUNTO

Con esta fórmula decimos que es importante presentar la evidencia de manera directa, evitando rodeos que puedan desdibujar lo principal de la historia. Los abogados en cambio –por alguna razón misteriosa– suelen creer que las preguntas deben ser oblicuas, ojalá que el testigo ni siquiera se dé cuenta de cuál es la información que realmente estamos preguntando. Mala cosa. Si se desea obtener que el testigo estuvo en su casa a las 12 horas, no hay por qué preguntar, como suele verse muchas veces, “¿a qué hora está usted habitualmente en su casa?”; “¿a qué hora es normal llegar a la casa para un hombre que hace su trabajo?”. Hay que preguntar lo que se desea preguntar. Nada más.

Al preparar y ejecutar nuestras preguntas debemos tener siempre en mente la prueba que deseamos obtener e ir directo a ella. Una vez obtenida –a cabalidad– debemos salir de allí y movernos al tema siguiente. 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.

7.3. ESCUCHAR AL TESTIGO

El juzgador a menudo va a observar al abogado a lo largo del testimonio. Si el testimonio de un testigo no logra siquiera acaparar la atención del abogado que lo llamó a declarar, no se ve por qué nadie más –incluyendo a los jueces– debiera prestársela.

A su vez, uno nunca puede prever con absoluta precisión cuál será el curso del examen a un testigo, ni aun respecto de los propios. No importa cuánto se prepare al testigo, las cosas jamás correrán en el examen directo como estaban previstas. El litigante 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 completamente atento a las respuestas del testigo, asegurándose de que ellas vayan construyendo efectivamente la película en la imaginación de los jueces.

7.4. ADELANTAR DEBILIDADES Y EXPLICARLAS

Todos los testigos tienen debilidades incluyendo a los testigos que realmente vieron lo que declaran. Debemos adelantarnos cuanto sea posible al eventual contraexamen. La idea es, pues, adelantar los elementos que perjudican la credibilidad de nuestras testigos y, que los jueces los escuchen desde nuestra propia versión antes que desde la de la contraparte. Ofrecer respecto de ellos interpretaciones que atenúen el efecto negativo, en lugar de dejar abierto el espacio para que el contraexamen las formule a su antojo.

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 abordar el tema en el examen directo y permitir al testigo explicar de qué manera ello no afecta su testimonio o credibilidad. 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; deberemos tener una explicación razonable y extraerla del testigo a través de las preguntas.

Cuidado, sin embargo, con sobrevalorar la información de la parte contraria. Si la contraparte no tiene la información perjudicial que estamos incorporando, entonces estamos haciendo su trabajo, junto con arriesgar gratuitamente la valoración de los jueces. Así, pues, el adelantamiento y explicación de debilidades debe ser manejado con cautela ya que se trata de una decisión estratégica delicada.

7.5. NO LEA SU EXAMEN DIRECTO

Suele ocurrir que la falta de experiencia, el nerviosismo o, al contrario, la ansiedad y el exceso de preparación, se traduzcan en la confección, por parte del abogado, de un listado de preguntas para el juicio. El abogado piensa que así evitará sorpresas 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 casi 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 temas principales 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.

7.6. USO DE APOYO GRÁFICO

Como diremos 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 útil 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 cada vez que se pueda (y casi siempre se puede).

Habrá que cuidar, sin embargo, que sea explícito en lo que muestra y de fácil comprensión para el testigo y el tribunal. Dependiendo del tipo de material gráfico que se desee usar, este tendrá mayores o menores exigencias de acreditación. En general, si el apoyo gráfico no acredita información sustantiva en forma independiente al testimonio, sino que opera solo como la ilustración del mismo, entonces dicho apoyo gráfico es prueba puramente demostrativa: una extensión del testimonio mismo. Así ocurre, por ejemplo, con diagramas dibujados por el testigo o tablas, organigramas o diagramas realizados por el perito, y aun diagramas que contienen información no sustantiva (las calles, por ejemplo, incluso tal vez la ubicación de la casa), de cuya representación fiel de la realidad da cuenta el testigo (o no es disputada por la contraparte), y en la cual todavía se le va a pedir al testigo, vía testimonio, que marque posiciones, movimientos o información similar.

Si se va a utilizar apoyo gráfico, su conocimiento debe ser parte de la preparación del testigo, de manera que este no lo sorprenda en la audiencia de juicio. De lo contrario, puede que este elemento de apoyo se transforme en una pesadilla para el abogado y solo sirva para confundir al testigo y al tribunal. 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 solo 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 esencialmente 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 contra-examen, 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 al acusado 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 solo de 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 y ha ofrecido versiones alternativas para esos mismos hechos, a este testigo que parecía tan sólido y sustancial ahora lo vemos diferente. Tal vez lo suficientemente diferente como para darnos cuenta de que hace media hora atrás 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 ha sufrido alteraciones, aunque en lo medular se mantiene relativamente intacto; en este caso, el contraexamen ha cumplido su función (desde el punto de vista del sistema) de testear la calidad de la información incorporada. La información que supera bien el contraexamen es información de buena 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 sustancialmente, a veces no. Siendo ello así, es imposible confiar en 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 la 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 el testigo trae al juicio: bombas de humo, fuegos artificiales y balas de agua. Para cuando el humo se despeja, solo 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 del todavía más fortalecido.

2. *“¡Yo me encargo de destruir al tonto!”*¹⁷

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, en 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.

¹⁷ La expresión está tomada de 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 revela 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 inculpado a su pobre e inocente cliente. Es la imagen de freír al testigo y servírselo al tribunal como canapé. A la par, la imagen de que en esto consiste y 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 perjuro, que no sea parte de ninguna conspiración maquiavélica 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 declaración.

Ahora, si “el tonto” no es tonto, entonces la actitud de “yo me encargo de destruir al tonto” –pretender que nuestro caso dependa de que podamos destruir a los testigos completamente– solo 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 un retoque 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 de la contraparte 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. En 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 ¿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 el contraexaminador 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 más 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 la tentación de hacer “la pregunta de más” y “¿qué esperaba que el testigo respondiera?”.

Respecto de lo primero: 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, cómo 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: “Recórcholis, todo este tiempo pensando que su cliente lo había hecho, pero ahora que usted me lo sugiere, ¡¡¡guaau!!! Tal vez no esté seguro de que haya sido él...”.

Esto nos lleva a la segunda idea-fuerza, pariente de la pregunta de más, pero no exactamente igual. 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 espera que responda, (pastel)!?”. 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: “cáspitas, ahora que lo menciona, tal vez no haya sido un disparo...”; “recórcholis, ahora que me lo pregunta, tal vez esta no sea mi área de experticia...”; (“¡Diablos, sus preguntas son temibles!”)?

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, y asumiendo que estoy tratando con un testigo hostil a mi caso; cada una de esas líneas de contraexamen va a producir los insumos que necesito para argumentar mis conclusiones, y es para el contraexaminador construir dichas conclusiones en el alegato final. En muchas ocasiones el contra-examen nos permitirá producir información más bien modesta, no de aquella que solemos ver en los contraexámenes 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 necesariamente un problema, sino muchas veces 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 pedimos interpretación, conclusión, ni consecuencias sobre el tema de las lágrimas y el obstáculo que ellas representan a la visión. Esas son nuestras, 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, solo 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 víctima, hay que subir las escaleras que quedan al final del pasillo.

R: Sí, es correcto.

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 solo unos segundos en marearlo y hacerlo lagrimear...

R: Sí.

160161

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 y sus posibles efectos en la calidad de la percepción: al alegato final).

P: Déjeme ver si reproduzco bien sus palabras... Usted abre la puerta, el gas lo mareo, 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 pedimos 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? 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 solo con los primeros segundos de exposición. Luego lo respiró durante un largo minuto más y, cuando por fin llegó al dormitorio, tuvo solo un instante 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 solo allí donde podremos armarle al juzgador el puzzle completo acerca de “lo que dice este testimonio”.

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 contraexamen:¹⁸

5.1. 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 del 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. Este testigo miente, o, al menos, no podemos estar seguros que no esté mintiendo.

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

Los formatos que puede adoptar este interés 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.

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. Así, es perfectamente posible que el tribunal escuche el testimonio de coartada que ofrezca la madre del acusado y, pese a ser su madre, le parezca a esos jueces, apreciado el testimonio en concreto, que ella es creíble.

¹⁸ También aquí nos ha parecido ilustrativo el esquema de Bergman, que recogemos. Paul Bergman, ob. cit. pág. 133.

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” de ser creída: “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 solo 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 nada acerca de su sinceridad. Lo mismo respecto de la prostituta: ¿acaso es parte de alguna máxima de la experiencia o del sentido común el hecho de que las prostitutas mientan? ¿Que no puedan ver un homicidio?, ¿que 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.

5.2.DESACREDITAR EL TESTIMONIO

En este caso se trata de atacar la credibilidad no ya de la persona del testigo como fuente de información, sino de su testimonio. Allí donde el mensaje que subyacía para el tribunal cuando se trataba de desacreditar al testigo era “este testigo miente”, 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. Dichas condiciones 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 oscuridad, la distancia, el hecho de que el objeto sea igual a muchos otros, etc.).

5.3.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, aun así, en la medida en que testigos de la contraparte puedan corroborar ciertos elementos de nuestra propia versión de los hechos, ello avanza nuestro caso. Adicionalmente, le envía al juzgador la señal que, si no nos hemos equivocado en esos puntos, es posible que no lo hayamos hecho en otros tampoco.

5.4.ACREDITAR PRUEBA MATERIAL PROPIA

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

5.5.OBTENER INCONSISTENCIAS CON OTRAS PRUEBAS DE LA CONTRAPARTE

Si podemos obtener de los testigos de la contraparte testimonios inconsistentes entre sí, eso daña al caso rival. 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 cobrar costos en credibilidad.

6. Estructura del contraexamen

Como se recordará, a la hora de estructurar el examen directo la recomendación fue el 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 que pueden ser desacreditadas o aprovechadas. 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 sexuales 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 once 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, pregunté 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.

166167

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: 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 le 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?

166167

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, entonces, 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 once 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 contado, 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?

168169

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 cierto?

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: 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 y comprensible? 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 para que trabaje 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.

Con todo, hay ocasiones 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 o secuencia 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, el tipo de preguntas también cambia.

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; revelar 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 solo 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 solo 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,

tengamos alguna 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 para eludir las y, aun si dicho testigo no es especialmente hostil, es probable que la pregunta abierta lo aleje naturalmente del tema (puesto que no tiene por qué adivinar cuál es la otra versión que queremos superponer a su historia).

Supongamos que nos interesa extraer del testigo la simple afirmación de “estaba aterrizado 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 aterrizado (que es, en esa intensidad, lo que podría tener impacto en sus condiciones de percepción y lo que como contraexaminador –si la afirmación es cierta– tengo derecho a obtener), 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 aterrizado...”); si la pregunta sugestiva aprehende en algún sentido la realidad tal como el testigo la entiende, entonces este 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 aterrizado en ningún momento...”.

La pregunta de contraexamen no solo es sugestiva; es también de un solo 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 independiente:

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 engañosa, prohibida por el código a todo evento (salvo que se esté recapitulando información ya ofrecida por el testigo). Es engañosa en la medida en que contiene en realidad varias preguntas, y el testigo solo 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 niegue todos los otros pedazos de información y, en consecuencia, oponerse a que cuando este responda acerca del código, el abogado vaya a pretender dar también por confirmada todo el resto de la información.

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 solo parte de los enunciados, otra parte no, algunos solo parcialmente, condicionarlos “dependiendo de lo que el abogado quiera decir con...”, o bien, por último, 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 a paso por el desarrollo de los hechos. En tercer lugar, le saca más provecho al tema, aumentando su impacto al obtener varias respuestas favorables allí donde la pregunta compuesta habría obtenido –con suerte– solo una respuesta en nuestro favor. Así, por ejemplo, de haber formulado la pregunta 2 (y suponiendo que no haya sido objetada por la contraparte), solo 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: Si, es verdad...

P: Y en el trayecto tuvieron una discusión...

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 tornar 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 esa teoría del caso, y esta, a su vez, 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, este no tendrá más opción que confirmarlo, aun cuando él mismo jamás hubiera 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 formulación de la realidad 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 (por supuesto, el perjurio es siempre una opción, pero ese es otro

problema). En el contraexamen es el abogado –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 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 parte que presentó al testigo 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 es la pregunta sugestiva, 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 vez costos en credibilidad: producir la sensación de que es el abogado –y no el testigo– quien está dictando el testimonio. 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 contra-examen se pueden distinguir objetivos, líneas de contraexamen respecto de cada uno de esos objetivos,

preguntas para cada una de esas líneas, y argumentos que construiremos a partir de la prueba producida por nuestras preguntas y sus respuestas.

Entonces:

- **Objetivos:** se trata de los objetivos de contraexamen revisados en el punto 5 de este capítulo. 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 nuestra teoría del caso respecto de esa prueba o tema. Nuestra 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 biólogo no nos puede afirmar con certeza que la sangre pertenece a mi cliente”.

Para cada objetivo del contraexamen podemos 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 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 los cuales versan las preguntas, o bien la declaración textual del testigo sobre la que se quiere ir en la línea de contraexamen.

- **Argumentos o conclusiones.** 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 solo a partir de dicha información. El ejercicio de argumentación, como veremos a propósito del

alegato final, no es cualquier poesía que al abogado se le ocurra recitar. No cualquier ruido que sale de la boca de un abogado es un argumento. Hay ruido que es solo eso: ruido. La más gruesa versión de esto es que los argumentos que podemos construir en el alegato final están específica y completamente determinados por la información producida por la prueba.

Esta es la razón por la cual nuestras líneas de contraexamen y sus preguntas deben hacerse con absoluta atención a qué es lo que queremos estar en condiciones de poder argumentar en el alegato final. Supongamos que nuestra 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 dejamos pasar esa respuesta –que no responde la pregunta– la proposición fáctica “este testigo solo vio al hechor durante unos pocos segundos” está fuera de prueba, y no podemos argumentar en el alegato final dándola por acreditada, pues ello tergiversa la prueba. Especialmente, no podemos asumir que la respuesta del testigo implicó aceptación: por así decirlo, no existe testimonio tácito.

Usemos de ejemplo el contraexamen de la señora Kiev:

Objetivo N° 1: Desacreditar su credibilidad personal.

Primera línea de contraexamen: “ella solo denunció cuando el señor Kiev le dijo que la dejaba por otra mujer.”

Preguntas relativas a:

- Primera noticia de los supuestos abusos.
- Cuatro 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 relativas a:

- 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 manipuló 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. ¿Es realmente esta una mujer en cuyo testimonio podemos confiar? ¿O parece 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 presenció los abusos.”

Preguntas relativas a:

- Los supuestos abusos supuestamente siempre ocurrieron cuando ella estaba en su turno en el negocio.

- Ella se enteró de los supuestos abusos exclusivamente por lo que Ana le decía.

- En cada una de las cuatro ocasiones Ana supuestamente 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 compar-tiendo el turno con la señora Kiev.”

Preguntas relativas a:

- 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.

182183

- 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

Cada uno de los objetivos planteados para el contraexamen pueden ser encarados –en la medida en que la información nos lo permita– a través de alguna de las vías que a continuación revisaremos.

9.1. UTILIZAR LAS DECLARACIONES PREVIAS DEL TESTIGO

Esta es una de las buenas posiciones en la que un abogado se pueda encontrar: el testigo está declarando en el examen directo –o en el contraexamen– 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 indiferente desde el punto de vista de nuestras posibilidades de probar su existencia y su contenido; tampoco son indiferentes 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. Lo mismo ocurre con los testigos. Un testigo puede parecer creíble y seguro de lo que dice, pero podemos conseguir un testigo que simplemente es más creíble. 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 es más creíble que). 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 declara algo inconsistente con lo que afirma un testigo más creíble 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 debemos 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 razonable creer que las cosas hayan ocurrido como este dice que ocurrieron.

Para eso, tenemos 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 desagregadas 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 check-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 piden al testigo las conclusiones más que las condiciones fácticas que llevan a ellas; hecho eso, marcan el check-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 o conclusiones como “no era muy buena”, por lo general no podemos estar seguros 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, ingenioso, diligente, atento y diestro, para ver lo que no le hemos mostrado explícitamente. Esperamos que el tribunal 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 investigación, 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 preguntar por conclusiones o calificaciones 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, el fiscal 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 formato de construir 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 algunas de las cosas que su marido le gritaba, voy a citar textualmente, por favor corrijame si no estoy en lo correcto, eran que usted era “una puta barata”, que era una “arpía miserable”, y que 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 realizó denuncias en contra de su marido por golpes recibidos de parte él... ¿no es así?

R: Sí.

P: ¿Y esos golpes eran con puño cerrado?

R: Sí.

P: ¿En la cara?

186187

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, de manera que no estamos entregando 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 nos 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. Revisemos como juegan algunos de estos elementos.

a) Coherencia interna

En ocasiones, para evidenciar la incoherencia interna solo bastará 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 ocasiones, 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 este le anunció que la dejaría por una 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 de la defensa (en el alegato final) “no le dijo nada que fuera lo suficientemente grave como para que yo actuara”. Por

supuesto, esta inverosimilitud podrá ser discutida por la fiscalía si esta 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 este 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, esta 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.

190191

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 atención 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 exiguos 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 con frecuencia 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 esas otras cosas 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 la experiencia común. 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. Se trata de una forma débil de contraexamen, pues en definitiva no produce prueba: si el testigo niega nuestra pregunta sugestiva, no se acredita ninguna proposición fáctica. Sin embargo, en ocasiones podemos no tener opción: no tenemos información para contraexaminar efectivamente al testigo, pero queremos hacerle ver al tribunal que no aceptamos su testimonio y que no estamos dispuestos 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 la presunta violación de Inés. Navarro sostiene que efectivamente sostuvo relaciones sexuales con Inés, pero que estas 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 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 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.

Un problema que impone esta entrada es que 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 pretende superponer otra versión de la historia al testimonio que ya prestó el testigo. El contraexamen 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 venimos al juicio, conocemos las respuestas ¡o no hacemos las preguntas!

Esto es particularmente cierto en el caso del contraexamen, en que se trata de un testigo hostil con el cual, frecuentemente, no hemos tenido posibilidad de entrevistarnos 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 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 deben 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 del contraexaminador.

10. Ambito del contraexamen

El ámbito del contraexamen es cualquier tema que sea relevante para alguno de sus objetivos legítimos. Especialmente, el contraexamen no está limitado a los temas cubiertos por el examen directo, ¿por qué habría de estarlo? Si es cierto que todo el sentido del contraexamen es, precisamente, testear la calidad de la información traída unilateralmente al juicio por el examen directo, entonces es igualmente cierto que cualquier cuestión que impacte dicha calidad, haya sido cubierta o no por el examen directo. No se ve qué sentido tendría limitar el contraexamen a la información cubierta por el examen directo. Desde los valores del sistema expresados en el contraexamen, esa distinción es completamente arbitraria. Más que arbitraria, es en realidad absurda: toda la gracia del contraexamen es develar aquella información, énfasis y matices que el examinador directo querría ocultar, especialmente considerando que muchas de las cuestiones de credibilidad no están directamente asociadas a los hechos de fondo relatados por el testigo (por ejemplo que el testigo ha sido condenado anteriormente por perjurio, o que se le escuchó decir que ahora, en el juicio, saldaría cuentas con la persona contra la cual está declarando). Al examinador directo le bastaría omitir la información perjudicial relativa a la credibilidad de su testigo para que dichos elementos de juicio no pudieran ser abordados como líneas de contraexamen. No se ve realmente a qué valores del sistema podría ello servir. Al contrario, más bien el perjurio para la contradictoriedad es evidente. Limitar el contraexamen a los temas cubiertos por el examen directo implica entregar el control de la información examinable a la parte que presenta al testigo, precisamente quién más incentivos tiene para ocultar información. Es dejar al gato a cargo de la carnicería.

Capítulo V

Objeciones Límites a la posibilidad de examinar y contraexaminar a testigos y peritos

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 del 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 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 solo 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. 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.¹⁹

¹⁹ 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 otras tres adicionales que es posible encontrar en el contexto de nuestra cultura jurídica local. La primera de ellas es que las objeciones suponen un tipo de litigación que enfatiza fuertemente la contradictoriedad del debate, allí donde naturalmente esto no ha sido ejercido con mucha fuerza en el sistema anterior a la reforma. Nuestro sistema procesal penal se caracterizaba por ser intensamente 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 y constituye la razón para 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 y en ocasiones de manera derechamente equívoca (como cuando se formaliza el “procedimiento incidental”). 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.

1. Ideas-fuerza detrás de los límites a las facultades de preguntar

Una primera pregunta relevante en la materia que estamos revisando se refiere al porqué 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 aquel 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. La 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, que estos 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 en sentido amplio) 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 este 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 con dignidad y respeto. 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 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 al juicio, se produzca información errónea o basada en la confusión y, finalmente, se hostigue 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.

2. 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, entonces, es 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”).

e) 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”).

f)

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 de incentivos en el que las partes puedan discutir la procedencia de esas salidas 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 desvíen 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 inadmisibles en juicio (por ejemplo, prueba excluida por violación de garantías fundamentales en la audiencia de preparación del juicio oral).

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

3. 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.

3.1. PREGUNTAS SUGESTIVAS

Una primera categoría de preguntas prohibidas por el Código son las preguntas sugestivas. Ya hemos tenido oportunidad de discutir el significado de ellas y los alcances que tiene la prohibición, tanto tratándose del examen directo como del contraexamen de testigos. Hemos señalado que la regla de prohibición solo 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.²⁰

²⁰ 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 el cual las preguntas sugestivas estaban prohibidas a todo evento. Afortunadamente el debate legislativo permitió perfeccionar este defecto y así evitar un problema serio para la litigación en nuestro sistema, especialmente en la realización de los contraexámenes.

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

Resulta claro 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 hubiera 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 o evadir la versión 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 solo en el primer caso.

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

a) 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 sustancial respecto de lo 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 esta una cuestión sobre la cual un abogado intentaría poner “las palabras en la boca del testigo”? Probablemente no: aun 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 examen más ágil y expedito. En consecuencia, en materias preliminares debe existir cierta flexibilidad de la regla en análisis. A su vez, qué pregunta es preliminar y qué pregunta se adentra ya en información sustancial no es una cuestión abstracta, sino que depende también del grado de controversia que haya sobre la información en cuestión.

b) Sugestividad irrelevante

El problema con que el abogado “ponga las palabras en la boca del testigo” es que es ese 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 solo admite una formulación de la realidad; es decir, que de cualquier forma en que se hubiere preguntado hubiere sido respondida unívocamente por el testigo. Lo mismo ocurre, en otro ejemplo, cuando la pregunta hace operaciones comunes con la información introducida por el testigo (“nos acaba de decir que recibe en promedio treinta muestras diarias... ¿sería correcto entonces asumir que mensualmente recibe en promedio unas novecientas?”). En estos casos, de vuelta, el valor agregado de la prohibición no se justifica frente a la ganancia en celeridad.

También en este caso 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 el caso anterior, junto con no afectar ningún valor del sistema, permite trabajar con mayor rapidez y eficiencia. Solo cuando hay valores comprometidos detrás de la 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.

c) “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 para su amigo. 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 solo cuenta con preguntas abiertas, obtener la información del testigo se hace imposible. A su vez, como se trata de un testigo hostil, 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.

d) 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 confieras 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 está haciendo. La pregunta, en consecuencia, no es sugestiva.

e) 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 sustancial, 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 haya 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. Típicamente, por ejemplo, se encuentra en esta situación la pregunta de acreditación de prueba material simplemente demostrativa: ¿es este diagrama una representación adecuada de su casa? La verdad, no parece haber otro modo de formular esa pregunta.

3.2. 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 a preguntas “engañosas”, pretendiendo enviar una señal para su construcción jurisprudencial y dogmática.

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 ellas muestra el auto involucrado. La pregunta precisa es “¿cuál de estos autos es el que usted reconoce como aquel en que, según dice, vio huir a mi cliente?”. El auto involucrado no está en el set. En este caso, sin embargo, la pregunta le sugiere al testigo que “uno de estos 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 quizás corra en el tono de “¡cáspitas!, la verdad es que ninguno de estos parece ser, pero, en fin, si el 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 “¡Ahá! 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”), tal vez su respuesta habría sido muy distinta.

La prohibición de realizar preguntas engañosas es absoluta para cualquier actuación en el desarrollo del juicio oral. En el contexto del ejemplo resulta relativamente claro por qué ellas son prohibidas tanto para el examen como para el contraexamen de un testigo o perito (sin perjuicio de que evidentemente será en el contraexamen cuando normalmente el abogado intente utilizarlas). La razón es que las preguntas capciosas producen información de baja calidad de parte del testigo, información proveniente básicamente de su error o confusión derivado de una formulación de la pregunta orientada precisamente a inducir 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 percibidas injustas por ellos.

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

3.3. 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 las 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 el efecto de poner presión sobre el testigo.

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 injustificada de las personas. 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”, 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 ser 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 comience a estar más dispuesto a permitir que el abogado defensor vaya endureciendo su contraexamen.

3.4. 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 y no queda claro cuál se intenta indagar. Finalmente, la vaguedad tiene que ver con la amplitud de la pregunta.

En estas tres hipótesis, lo que se pretende evitar es que el testigo cometa errores en su declaración debido a la mala formulación de la pregunta. 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 sea efectivamente malo, sino porque 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 “engañosas”, en consecuencia, aun cuando el Código no las hubiere regulado, sería posible formular una objeción a las mismas, fundándose en su carácter capcioso.

3.5. PREGUNTAS IMPERTINENTES O IRRELEVANTES

Finalmente, la última categoría de preguntas que expresamente prohíbe el Código se refiere a las preguntas impertinentes o irrelevantes. Una pregunta será impertinente o irrelevante en la medida en que desde un punto de vista lógico no avanza 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 esta 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 hubiera litigado la teoría del caso que propone el abogado, o si lo hubiera 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 por qué 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.

3.6. 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 otras causales de objeción. Hay aquí un espacio

vasto para el 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.²¹

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 engañosas. Se trata, como hemos dicho, de una causal genérica en cuyo regazo es posible identificar múltiples manifestaciones. A continuación revisaremos algunas causales de objeción desarrolladas en sistemas comparados, e intentaremos ofrecer una interpretación que las permita ubicar en alguno de los casos descritos por nuestro Código Procesal Penal.

a) Preguntas por opiniones o conclusiones

La regla general es que los testigos legos declaran sobre 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 es lo que naturalmente un testigo declara en juicio. En este contexto, las opiniones de un testigo lego son, en general, irrelevantes para la decisión del caso, y suele configurar información de baja calidad. A su turno, las conclusiones son por excelencia labor judicial.

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 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 o conclusiones es que se trate de testigos legos. La regla va perdiendo intensidad, entonces, mientras más experticia va 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 en 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

²¹ Mauet, por ejemplo, se hace cargo de la descripción de 26 tipos de objeciones en materia de evidencia. Véase Thomas Mauet, ob. cit. págs. 341 a 362.

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 asegura su acreditación. Depende de su manejo cotidiano de armas de fuego, de que las dispare con cierta frecuencia, el entrenamiento concreto 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–, pueden ser objeto de declaración por cualquier persona. Si este es el caso, no se requiere ninguna experticia particular para dicha opinión o conclusión. No obstante, también es cierto que existen 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: 1) que la opinión o conclusión no requiera expertizaje (que sean estrictamente de sentido común); 2) que se base en hechos directamente percibidos por el testigo; y 3) que sea útil para la completa comprensión del relato del testigo²². 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: 1) es una que no requiere expertizaje; 2) 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 3) la conclusión del acusado de que “venía a enterrarle el cuchillo” es útil para entender su relato en el sentido de que “no tuve más opción que dispararle”.²³

A su vez, cuidado con lo que entendemos por “sentido común” o “máximas de la experiencia”, pues los abogados solemos pasar como 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 presenció 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 esta 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

²² Ver, por ejemplo, la regla 701 de las Reglas Federales de Evidencia, USA.

²³ 5 En Estados como California, por ejemplo, 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.

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 solo 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 la causa haya sido el choque. “Una buena probabilidad” no basta para habilitar la posibilidad de que un testigo lego opine o concluya desde el sentido común.

En nuestra opinión, la principal causal normativa para fundamentar la 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 y, por lo tanto, la pregunta inadmisibile.

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 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 conscientes, no siempre declaradas. En este sentido, la calidad de la información que contiene la opinión de un lego no basada en su percepción directa es imposible de testear y, por lo mismo, pobre hasta la irrelevancia.

Nótese que una pregunta por opinión puede serlo sin que necesariamente su formato lo refleje expresamente. Así, por ejemplo, cuando el abogado pregunta “¿puede ser que el asesino haya querido dar la impresión de un robo?”. En este caso, aun 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 de 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: “¿Hablaban 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 perceptible por él. 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 son perfectamente 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 preguntara “¿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, es decir, se produjo en la interioridad del propio testigo.

b) Pregunta repetitiva (preguntada y respondida)

Tanto en el examen directo como en el contraexamen los abogados pueden tener razones ilegítimas para repetir una 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 no revele el fraude en la contabilidad. 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 subalterna– 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; solo 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 cual 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. Técnica-mente debe asimilarse a una forma de pregunta engañosa y, en consecuencia, es objetable sobre la base de que la pregunta ha sido ya 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 desliz y se contradiga, aunque sea ligeramente, con su declaración anterior. O la contraparte tiene cómo 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 hecha y contestada. Si la pregunta ha sido hecha pero no contestada, el abogado 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 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 contra-examinando al testigo ocular:

P: ¿Cuál dijo que 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 una de la madrugada

R: Sí.

P: En ese mismo momento fue cuando usted vio por primera

222223

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, 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 a poder construir su relato con efectividad, aun 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 probatorio 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 este lo describa con más detalle; quizás haya allí preguntas que se han hecho, pero también puede ser cierto que el abogado no esté 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 deben ponderar estos elementos para decidir la objeción.

c) 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 hechos sobre los cuales no ha habido prueba en el juicio –o habiendo prueba, esta no se ajusta a la información

contenida en la pregunta—, no debe permitirse su formulación ni menos que el testigo la 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:

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 de ese perito fue que para identificar una huella digital se requería de 12 puntos dactiloscópicos y que dichos 12 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!

224225

Juez: ¿Base?

Defensor: No hay ningún antecedente sobre huellas digitales en este caso.

Juez: Ciertamente señor fiscal, no recuerdo prueba que haya mencionado la existencia de huellas digitales.

Fiscal: Eso es efectivo, señor presidente, pero la vamos a incorporar más tarde...

Juez: Ha lugar la objeción. Cambie la línea 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 engañosas 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, aun 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.

d) Preguntas compuestas

Suele ocurrir que muchas veces una pregunta contiene en realidad 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.

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 a 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 se intenta evitar con la prohibición de preguntas engañosas, por lo que estimamos que la base legal de objeción de una pregunta compuesta es su potencial capciosidad.

e) Otras preguntas objetables

El listado precedente es solo un registro de algunas categorías de preguntas que podrían ser objetadas en el nuevo sistema procesal penal. Este listado no constituye una enumeración cerrada, sino 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 deberán resolver en la práctica y jurisprudencia que el sistema vaya generando a partir de su funcionamiento. 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, debieran poder ser objetadas.

3. 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 solo 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 objeciones resulta una técnica 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 dé cuenta del problema, veamos algunos ejemplos:

- Objeción, hechos fuera de prueba.
- Señor presidente, objeción, sugestiva.
- Objeción, señoría, 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 bastará enunciaciones generales como las de los ejemplos para entender con claridad la objeción concreta y su fundamento. Solo si el tribunal lo pide, será necesario fundar con mayor precisión la objeción. En esos casos, además, siempre debe darse la posibilidad a la contraparte de señalar su posición sobre el punto. Por ejemplo:

Fiscal: ¿Escuchó al acusado decirle que la iba a matar?

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 Martita, dijo haber visto un gesto, hecho con la mano, al cual ella le asignó una interpretación personal...

Juez: ¿Señor fiscal?

Fiscal: Sr. Presidente, mi pregunta no está asumiendo ese hecho, sólo le pregunto al testigo si él escuchó eso, el testigo es libre para responder como quiera esa pregunta.

Juez: No ha lugar. El testigo puede responder.

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 podrían 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, puede solicitar 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 continuidad y que 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 ofrecidos.

5) La presentación de una objeción también es una decisión estratégica

La dificultad que envuelve el correcto manejo de las objeciones en el juicio no solo emana del conocimiento técnico de las reglas que la norman 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 cuestión estratégica. Esto quiere decir que como litigante objetaré cada vez que una pregunta mal formulada pueda dañar mi caso y no cada vez que haya solo una pregunta mal formulada. Los fines que como litigante persigo con las objeciones no son la depuración técnica o lingüística del debate, sino impedir que la contraparte lo dañe ilegítimamente. En consecuencia, cuidado con objetar automáticamente. Muchas veces, aun cuando la pregunta esté mal formulada, ella es funcional a mi teoría del caso y, en ese evento, impedir que se responda es una mala decisión estratégica.

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 pre-disposición del juzgador en contra del abogado que entorpece el curso del juicio con su utilización abusiva. 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 solo 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 están 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 solo el debate específico, sino también el impacto que su actividad genera en el juicio en su conjunto.

Capítulo VI

Uso en juicio de declaraciones previas

Introducción

Uno de los mayores desafíos para la real implementación de juicios orales genuinamente adversariales es la correcta comprensión acerca del rol y uso que se puede dar en juicio a las declaraciones previas rendidas por testigos y peritos. Así, 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 reguladas en el Artículo 331 (aunque todavía debiera discutirse, también, la incorporación de otras situaciones no previstas en dicha norma, y que incorporamos en el capítulo de prueba material a propósito de los documentos).

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: 1) refrescar la memoria del testigo o perito y 2) evidenciar inconsistencias del testigo o perito con declaraciones previas.

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 y la prueba sigue siendo la declaración que allí presta el testigo o perito.

La primera idea que queremos destacar, en consecuencia, es que la información que comparece al juicio puede ser inadmisibles 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 solo para los efectos del Art. 332 no es en absoluto baladí: solo si es admisible como prueba podrá ser utilizada para acreditar la o las proposiciones fácticas que contiene; si, en cambio, la declaración es utilizada para los efectos del Art. 332, la prueba sigue siendo el testimonio, con el impacto en credibilidad –cualquiera sea su grado– que haya sufrido como resultado de la declaración previa.

Antes de entrar al análisis de estos usos de las declaraciones previas, nos parece necesario mencionar un tercer uso de ellas, el cual puede parecer obvio, pero es indispensable para la litigación en juicios orales. Las declaraciones previas 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.

1. ¿Qué constituye una declaración previa?

Una declaración previa es cualquier exteriorización del fuero interno de una persona realizada con anterioridad, y que conste en algún soporte, cualquiera que éste sea. Lo mismo que en toda la lógica de la prueba en juicio, cuando decimos “persona” nos referimos a cualquier ente de carne y hueso que tome el estrado para declarar: testigos, peritos, víctima o imputado. Así, las declaraciones previas pueden haber sido hechas en cualquier momento o ante cualquier instancia, pública o privada: durante una audiencia judicial, en la etapa de investigación ante la policía o el ministerio público, una declaración de impuestos, un cuestionario municipal, una carta a una tía lejana, o grabando palabras con un cuchillo en el tronco del árbol caído de la plaza. Todas estas manifestaciones son, técnicamente, declaraciones previas: exteriorizaciones del mundo interior de la persona. 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 en cualquier otro soporte (las fotos de lo que talló en el banco de la plaza, o de lo que escribió en la pared de su pieza). Por supuesto, no es indiferente, 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.

En este sentido –y para el caso chileno– el artículo 332 del CPP no es una limitación a este sentido amplio de “declaración previa”. Se ha planteado que el artículo 332 restringe la idea de declaración previa tan solo a las declaraciones prestadas ante el fiscal o el juez de garantía. Sin embargo, es todo lo contrario: más bien este artículo autoriza la utilización de dichos registros para estos fines (refrescar la memoria o demostrar inconsistencia), allí

donde, de otra manera, dichos registros no habrían podido ser utilizados por la exclusión que el sistema hace de la posibilidad de invocar en juicio los registros de la investigación. En la misma lógica, tratándose de los peritos su declaración previa por excelencia es el informe pericial, que deben evacuar con anterioridad al juicio.

Cualquier manifestación de la interioridad del sujeto, entonces, puede ser usada para refrescar su memoria o demostrar inconsistencia con lo que está actualmente diciendo en juicio. Solo esta visión es consistente con la idea del juicio como una instancia de control de calidad de la información: si el sujeto ha dicho con anterioridad cosas distintas a las que está diciendo hoy en juicio, el sistema quiere saberlo; esto provee a los jueces de más información, y de mejores elementos para evaluar la calidad de la misma.

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

La primera niega la posibilidad de que las declaraciones tomadas por la policía puedan ser usadas para los efectos del artículo 332, invocando su redacción literal y la norma contenida en el artículo 334, que prohíbe la invocación como prueba de los registros policiales. En términos de los valores del sistema, lo que suele haber tras esta postura es una profunda desconfianza con el modo de producción de los registros policiales, con especial énfasis en los riesgos de apremios para obtener dichas declaraciones.

Una segunda interpretación señala que sí podrían ocuparse dichas declaraciones previas para los efectos del artículo 332 (no como prueba), al menos si la policía actúa previa delegación (y, por lo tanto, bajo responsabilidad) del fiscal, según lo dispone el artículo 91. Todavía más allá, de la delegación de facultades, esta visión es consistente con la concepción del trabajo policial como auxiliar de la Fiscalía y, en consecuencia, percibe al aparato de persecución (Fiscalía-Policía) como una misma cosa desde el punto de vista de la lógica del sistema. En términos normativos, se agrega el propio tenor del artículo 334, que parece sugerir fuertemente que el Código incluye las declaraciones tomadas por la policía como susceptibles de ser utilizadas para los efectos del art. 332. Desde el punto de vista de la contradictoriedad, la pregunta es si no es valioso para controlar la calidad de la información que los jueces sepan que el sujeto ha dicho antes –aun ante la policía– algo diferente a lo que está diciendo hoy en juicio (por supuesto, a condición de que esté salvada la cuestión de la autenticidad de la declaración, y el hecho de haberse otorgado libre y voluntariamente). De hecho, lo curioso es que hasta ahora el esfuerzo por excluir estas declaraciones se ha basado en una argumentación de garantías –la desconfianza hacia los registros policiales– y ha sido impulsado fundamentalmente por la defensa; la situación, sin embargo, no deja de ser paradójal: el uso de los registros policiales (el principal de los cuales es el parte policial y sus actas) para los efectos del artículo 332 tiene por principal beneficiario a la defensa, en la medida en que le permite obtener declaraciones inconsistentes para el contraexamen de los policías. Por último, lo cierto es que prácticamente todos los sistemas acusatorios –aun los más garantistas– admiten el uso de declaraciones previas con estos fines.

Sobre estas interpretaciones normativas existe en Chile un intenso debate acerca de los valores que se encuentran en juego detrás de cada uno de esas opciones. Como señalamos, nos alejaríamos 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.

2. 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 a 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 prestar una declaración más completa y precisa en el juicio.

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 de que la memoria humana tiene limitaciones y que, por lo tanto, es razonable que ciertos detalles se olviden o se tornen difusos con el paso del tiempo. Esa es precisamente la gran virtud 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– esta resulta en cambio útil y deseable para efectos de registrar experiencias de las que deberemos dar cuenta meses más tarde.

Por lo mismo, refrescar la memoria es normalmente una 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. Otras veces, en cambio, el impacto negativo es tan alto que no valdrá la pena hacer el esfuerzo de refrescar la memoria. Hasta qué punto puede la actividad de refrescar la memoria impactar 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 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, debiera ser recordado. En suma, mientras más difícil sea para el testigo declarar sobre porciones de información de este calibre y relevancia, más costos comienza a pagar en credibilidad: 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 comienzan a pensar “si quisiera leer el papel podría hacerlo solo, no necesito al testigo para que lo recite, aparentemente este testigo no tiene mucho valor agregado respecto del papel, y habíamos acordado que el papel no es suficientemente confiable...”. Mientras más ocurre esto, entonces, insistir en 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 le permita 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 primeras 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 sea necesario refrescar la memoria de un testigo. De esta forma, el litigante se evita tener que pensar cómo y qué debe hacer en cada caso concreto, perdiendo valiosos segundos en el juicio oral y, con frecuencia, perdiendo el punto y oportunidad en la que era urgente intervenir.

A continuación, sugerimos un procedimiento que utiliza declaraciones previas para refrescar la memoria del testigo y 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.

- 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 el 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 qué se le pregunta o porque derechamente la pregunta está mal formulada. 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 alertas a esto: se trata de una herramienta que introduce información escriturada, obtenida sin intermediación ni contradictoriedad y, en esa medida, algo que debería siempre ponerlos nerviosos. En consecuencia, no debieran 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 de 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 simple-mente 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 casos, no corran: asegúrense primero de que realmente no pueden obtener la información por simple examen directo. Si lo podemos obtener sin recurrir a la declaración previa, eso es mucho mejor.

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, 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 empezar 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 decirnos a qué hora llego a la casa de su hermano?

R: Sí, fue alrededor de las 7 de la tarde.

P: ¿Recuerda 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 a este juicio? (Se da a conocer la existencia de una declaración previa).

R: Sí, claro, al día siguiente del que pasaron estas cosas fui a la fiscalía a decirle al fiscal lo que había visto (testigo reconoce la existencia de esa declaración previa).

P: ¿Le refrescaría la memoria (le ayudaría a recordar mejor; le permitiría recordar con precisión, etc.) si le mostrara esa declaración? (Se manifiesta que esa declaración puede refrescar la memoria del testigo).

R: Sí, claro... (el testigo acepta el ofrecimiento del abogado).

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 con anterioridad este testigo declaró con precisión la hora, le ofrece la oportunidad de ver dicha declaración para revisar el dato que el mismo ofreció cuando lo tenía fresco en su memoria. 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. 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 requiera ser refrescada. En este contexto, un problema es que algunos jueces han interpretado la primera frase del artículo 332 (“Solo 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 solo 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

parezca existir ninguna razón de fondo para proceder de esa forma. 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, y ofrecer a los jueces relatos claros, comprensibles y ordenados.

- 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 aquella que efectivamente prestó en el caso en concreto. Debe siempre cuidarse de 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 reconoce 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.

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.) examinar esa declaración? (Se manifiesta que esa declaración puede ser utilizada para refrescar la memoria del testigo).

R: Sí, 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: Al final de la hoja está mi firma, la fecha corresponde también a la del día en que fui al ministerio público, estas son las cosas que dije.

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 credibilidad.

El reconocimiento y las razones del mismo, entonces, no debieran ser problemáticos cuando estamos en el escenario de refrescar la memoria. Recordemos que normalmente vamos a estar en el examen directo y que ésta es una instancia “amistosa”; es decir, está destinada a ayudar al testigo a precisar sus declaraciones ante el tribunal. Por lo mismo, normalmente el testigo va a estar más que dispuesto a contribuir.

Una vez que la declaración ha sido exhibida al testigo y este la ha reconocido, estamos en condiciones de pasar al tercer paso de este procedimiento.

- 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 aquel 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: (dándole tiempo al testigo) Señor Martínez, ¿leyó el párrafo?

R: Sí.

P: Sería tan amable de devolverme la declaración, por favor...

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 de la tarde.

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 hecho 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: 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...

P: Señor Martínez, ¿recuerda usted haber prestado una declaración ante la fiscalía en este caso?

R: Sí, claro, al día siguiente fui a la fiscalía a contar lo que había visto...

P: ¿Le ayudaría a recordar mejor si le mostrara esa declaración?

R: Sí, claro...

P: Señor Martínez, ¿nos podría decir qué es esto que le estoy mostrando?

R: Bueno, esa es mi declaración al ministerio público.

P: ¿Cómo sabe que es su declaración?

R: Ahí 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: ¿Leyó el párrafo?

R: Sí.

P: Me devuelve la declaración, por favor...

P: ¿Nos podría decir ahora la hora exacta en la que llegó?

R: Sí, claro, llegué a las 7.15 a la casa de mi hermano, lo que pasa es que estaba un poco nervioso, pero eran las 7.15 de la tarde.

3. 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. 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. Vale la pena repetir nuevamente que a través de este mecanismo no se pretende introducir la declaración previa inconsistente como prueba, sino simplemente aportar al juicio un elemento que pueda permitir pesar 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 solo 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 solo puede argumentar –y el tribunal recoger–

Proposición fáctica de fondo

Testimonio

Prueba

Credibilidad

No prueba

Declaración previa 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 esa proposición fáctica, necesitan echar mano de genuina prueba, válidamente incorporada al juicio.

Al igual que tratándose de los casos para refrescar la 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, la impresión que se apodera de uno es que es el abogado el que pierde credibilidad profesional al pretender que restemos valor 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 que dicho cambio alcanza a restar solidez a su testimonio. Entonces, solo en aquellos casos donde las declaraciones actuales cambien en forma relevante la versión de los hechos, este mecanismo será efectivo. En el resto de los casos es mejor utilizar otras herramientas

del contraexamen. 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 demostrar inconsistencias irrelevantes. Es como un cañón con proyectiles de salva, que después del primer disparo ya no asusta a nadie.

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 una forma normativamente regulada 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 es retener la necesidad de contar con un procedimiento que permita no enredar el juicio por defectos de litigación. Aquí va nuestra sugerencia:

- Paso 1. Cerrar la primera ventana de escape: fijar la declaración actual inconsistente

El primer paso 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 perito y, antes de dejar caer la puerta, queremos cerrar todas las ventanas por las que 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 afirma que dijo. Un ejemplo nos permitirá aclarar este punto:

P: ¿Y dice que la persona a quien usted vio violando a la Sra. Juanita 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: ¿Dónde en la espalda estaba exactamente?

R: Como justo debajo del cuello, en la mitad de arriba...

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 la persona que estaba violando a la Sra. Martita no haya tenido ningún tatuaje?

R: No, recuerdo perfectamente que tenía este tatuaje.

A estas alturas, entonces, el testimonio 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. Cerrar la segunda ventana de escape: 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. 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 dé 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, fue voluntaria, fue prestada con el objetivo de contribuir con el esclarecimiento de los hechos, el abogado defensor estaba presente (si es el caso), de hecho la pudo leer y la firmó; en fin, todos los detalles que la asientan como una declaración confiable en el sentido que el testigo dijo lo que dijo, y que lo dijo pretendiendo decir exactamente eso. En consecuencia, no se trata en ningún caso 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 cómo se ejecuta este segundo paso:

P: Señor testigo, ¿recuerda haber sido interrogado por la policía un par de días después de que estos hechos tuvieron lugar?

R: Sí.

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 contribuir con el trabajo de la policía 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, me acordaba de todo perfectamente...

P: ¿Le dijeron ellos que todo detalle, por insignificante que pareciera, podía ayudar?

252253

R: Sí, me dijeron eso, varias veces...

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, solo dos días después de ocurridos los hechos...

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: Sí.

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 registrado con fidelidad todo lo que usted les había dicho... ¿no es cierto?

R: Sí, claro.

P: Déjeme preguntarle de nuevo, entonces, dado que está su firma puesta en esa declaración, ¿la leyó antes de firmarla...?

R: Sí, la leí.

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: La leyó y la firmó...

R: Sí.

P: Porque la transcripción, de hecho reflejaba lo que usted les 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. Acreditar la declaración previa

Hasta el momento, nuestras preguntas al testigo han producido solo testimonio respecto de la declaración previa prestada. Aún no hemos utilizado “el papel”, tal vez ni siquiera lo hemos tomado de la mesa todavía. 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 ella 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.²⁴

²⁴ Por supuesto, siempre podemos obtener del propio contraexamen que el mismo testigo declare acerca de haber dicho antes cosas inconsistentes con su actual testimonio; si podemos hacer eso, tanto mejor, pues es derechamente testimonio y, en tanto tal, valorable. Noten que esta pregunta es perfectamente admisible: “¿No es cierto que el día siguiente de cometido el delito, usted le dijo a la policía algo muy distinto?”. Se trata de

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 (lo cual, 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”).

Veamos como sigue nuestro ejemplo:

P: Sin embargo, cuando usted leyó la transcripción no les hizo saber de ninguna imprecisión..., ¿verdad que no?

R: No.

P: La leyó y la firmó...

R: Sí.

P: Porque la transcripción, de hecho reflejaba lo que usted les había dicho a los policías...

R: Sí.

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. (se lo muestra a la contraparte y se lo pasa al testigo)

R: Sí, señor. Es la declaración que me tomaron los policías cuando me interrogaron.

P: ¿Es esta la declaración de la que hablábamos recién, en la que usted se esforzó por recordar todos los detalles útiles, solo dos días después de cometido el delito?

R: Sí.

P: ¿Cómo sabe que se trata de su declaración?

R: Bueno, aquí está mi firma.

El paso 2 (construir la legitimidad o la integridad de la declaración previa) y el paso 3 (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: Obtener 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 cuando refrescamos memoria, será

una pregunta por un hecho propio, perfectamente legítima. No es una pregunta acerca de los registros policiales, ni los está invocando: le está preguntando al testigo por algo que él hizo. 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, y responde: “No, yo siempre he mantenido esta misma versión”.

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 que en este caso lo que se quiere es, precisamente, poner en evidencia ante el tribunal que ha habido un cambio de versiones, con el consecuente impacto en credibilidad (“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”).

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 esta la declaración de la que hablábamos recién, en la que usted se esforzó por recordar todos los detalles útiles, solo dos días después de cometido el delito?

R: Sí.

P: ¿Cómo sabe que se trata de su declaración?

R: Bueno, aquí está mi firma.

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 o en la segunda vuelta de exámenes, si la contraparte recoge el guante. Aquí es donde los abogados solemos vernos particularmente tentados por la pregunta de más. Suele no bastarnos haber evidenciado suficientemente la inconsistencia y no nos aguantamos 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, solo dos días después de los hechos. Ello invitará al juzgador a dudar de 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.

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)

Introducción

Hasta aquí hemos revisado qué hacer con los testigos –legos o expertos–, quienes constituyen la principal fuente de información y 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 en día, como nunca en la historia, las sociedades modernas se caracterizan por tener una cultura eminentemente audiovisual, en donde la representación de imágenes forma parte de nuestra vida cotidiana, siendo una de las principales formas de acceso a la información, educación y diversión. Esta es la razón por la cual los objetos y documentos constituyen elementos probatorios muy relevantes.

En múltiples ocasiones, ver una imagen o escuchar un sonido resulta clave para comprender una historia. Esto, que forma parte de nuestra experiencia más elemental en la vida cotidiana, también inunda la realidad del juicio. Una imagen o un sonido puede iluminar más acerca de un hecho que la declaración de muchos testigos; ver el revólver involucrado puede dar credibilidad a la afirmación del acusado de que él no portaba el arma, de un modo que su puro testimonio jamás habría conseguido (por ejemplo, porque es claro que un arma de ese tamaño no cabe en el bolsillo donde la policía dice haberlo encontrado); un diagrama de las operaciones financieras que el acusado realizó en un cierto período puede clarificar el fraude cometido, allí donde la simple relación de montos, documentos y destinos de los dineros por parte del analista financiero sería imposible de seguir por ningún juez.

De ahí entonces la importancia de este tipo de pruebas en el juicio oral y, por lo mismo, lo necesario que resulta desarrollar una comprensión más acabada acerca del rol y la lógica en que interactúan objetos y documentos en un juicio oral. Englobaremos este tipo de prueba en la expresión ‘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:

1) 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.

2) 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 su contenido.

Estas características traen como consecuencia que el mero objeto o documento no sea, en sí mismo, 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. Nadie, incluidos los jueces, tiene por qué depositar ninguna confianza especial en la afirmación realizada por la parte. En el juicio no hay confianzas preestablecidas. El fiscal tiene una carga probatoria, y 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 cualquier 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 para decir lo que están diciendo...), y eso incluye también a las proposiciones fácticas que dicen “este objeto (o documento) es aquello que yo afirmo que es...”.

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.

1. 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 que lo presenta 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? ¿Solo 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. La defensa no puede simplemente pararse y decir “quiero introducir este diagrama que representa el lugar donde ocurrieron los hechos”; ni 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 por lo general a través de testimonio (en sentido amplio, comprendiendo tanto testigos como peritos).

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 considerada– a ser, eventualmente y según el testimonio concreto, cuestiones de credibilidad (admitimos 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 anunció en la audiencia de preparación 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 cómo 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 una proposición fáctica, tanto como aquella de “el acusado fue el que mató a la víctima”. Ambas son afirmaciones de hecho igualmente merecedoras de prueba. Y tal como no estamos dispuestos a dar por probado que el “imputado fue quien mató a la víctima” simplemente porque el fiscal lo dice, no hay ninguna razón tampoco para aceptar que “este cuchillo es ese” simplemente porque él lo afirma. Esto, por el archiconocido principio de que los dichos de los abogados, por sí solos, no son prueba. Y, por supuesto, todo lo anterior rige tanto para el fiscal como para defensores y querellantes.

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 intermediación y sometido a 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, mientras el objeto o documento no sea ingresado en la prueba, no puede ser utilizado en el debate, ni en la

argumentación de las partes, ni en el razonamiento judicial. Esto porque, dado que existe esta exigencia de acreditación de la prueba material, la contraparte siempre puede objetar la incorporación de la prueba material por falta de acreditación. De esta manera, no se puede usar el objeto o documentos como aquello que la parte que lo presenta pretende que es sino hasta que la cuestión de la acreditación esté zanjada (una de cuyas formas, por supuesto, es que la contraparte simplemente no tenga objeción al respecto).

Debe entenderse que esta es una discusión a nivel de la admisibilidad de la prueba, que deja completamente pendiente la cuestión de credibilidad. Por así decirlo, la exigencia de acreditación responde a la pregunta “¿bajo qué supuesto vamos a permitir que la parte –el fiscal en este ejemplo– ingrese en el debate este cuchillo pretendiendo que es ese cuchillo?”. Su correcta acreditación solo 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 su relato.

Ahora bien, las partes deben acreditar la prueba material no solo por exigencias desde el punto de vista de las reglas de la prueba, sino también por consideraciones estratégicas de litigación.

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 podamos insertar dichos objetos y documentos en el relato de nuestra teoría del caso. Y eso debe ser hecho a través del testimonio de esos testigos y peritos. Simplemente ingresar la prueba material para dejársela a los jueces arriba del estrado disminuye la información que podamos 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 esta: “... la fiscalía pretende sacar conclusiones sobre este cuchillo... sin embargo, no tenemos ninguna razón para creer que este 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 este 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 este diagrama representa fielmente la realidad, pero lo cierto es que no escuchamos ninguna palabra acerca de esto en el juicio, salvo las del defensor...”.

La acreditación de la prueba material se traduce concretamente en la necesidad de que alguien –un testigo en sentido amplio– 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 aquel 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.

2. 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 ella, hay objetos y documentos cuya naturaleza o autenticidad es tan evidente que sus exigencias de acreditación disminuyen ostensiblemente o desaparecen. Se trata de 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. Supongamos por ejemplo, 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 familiarizadas 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 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 la página correspondiente a la edición de la fecha en cuestión. En este caso, si el fiscal desea plantear que el defensor fabricó la página en cuestión, entonces la carga de la prueba se traslada y el fiscal deberá presentar un caso concreto 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, son lo mismo– de manera que el cuchillo debe ser acreditado para poder ingresar en la prueba.

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 necesariamente 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 necesariamente respecto de nada (siempre es posible probar que, incluso respecto del hecho de haberse otorgado, o de su fecha, la escritura es falsa). A su turno, hay instrumentos privados que pueden ser igual o más confiables que sus equivalentes públicos. Hay instrumentos públicos que suelen despertar importantes desconfianzas por parte del sistema (por ejemplo, el parte policial) así como documentos privados cuya estandarización, en principio, los dota de altos grados de confiabilidad, por ejemplo, la citada página del diario. La lógica del sentido común tiene que ver, precisamente, con el sentido común: dado el objeto o documento del que estamos hablando, su coincidencia con nuestra experiencia cotidiana acerca del mismo, su modo de producción, su grado de cuestionamiento, y la seriedad y concreción de ese cuestionamiento, la pregunta es cuánto el sentido común nos llama a invertir la carga de la controversia acerca de su origen o fidelidad.

Lo mismo que la lógica de la desconfianza, la lógica del sentido común tiene justificación normativa: si la lógica de la desconfianza exige que la prueba material sea en general acreditada (esto es, que se señale su origen con prueba independiente), no es menos cierto que dicha exigencia probatoria sigue estando inserta en un sistema de libre valoración, en donde las máximas de la experiencia y el sentido común tienen plena vigencia (art. 297).

3. 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 forma breve en la regulación que nuestro Código Procesal Penal hace del tipo de cosas que hemos agrupado bajo la noción de prueba material:

a) Documentos: 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 art. 333 respecto de su introducción en juicio es que “... deben ser leídos y exhibidos en el debate, con indicación de su origen”.

b) Objetos: se trata de cosas tangibles, y la regla que establece el art. 333 respecto de su introducción en juicio es que “... deberán ser exhibidos y podrán ser examinados por las partes”.

c) Otros medios: incluye grabaciones, elementos de prueba audiovisuales, computacionales y similares. La regla que establece el art. 333 respecto de su introducción en juicio 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 señala que la incorporación al procedimiento de estos “otros medios de prueba” debe realizarse adecuándola en lo posible al medio de prueba más análogo. En rigor, no hay realmente diferencia que valga la pena hacer entre “documentos” y estos “otros medios” (como se ha planteado en algunas discusiones en nuestro país). Desde el punto de vista de litigación, se comportan bastante de la misma manera: se trata de continentes de información, relevante para el caso. Esa información debe ser reproducida en el juicio, lo cual puede tener lugar de

los más diversos modos dependiendo de la naturaleza del continente (si está escrita se lee, si es un video se reproduce). Como sea que esa información esté registrada, debe zanjarse la cuestión de la acreditación, lo cual tiene infinitamente más que ver con el medio probatorio en concreto y las proposiciones fácticas que se pretenden acreditar a través de él, que con la pertenencia a las categorías de “documento” u “otros medios” (o “evidencia material del art. 323”, como se la ha denominado también).

Junto con las distinciones descritas, el Artículo 333 contempla dos reglas relevantes. La primera de ellas es que el tribunal puede autorizar, con acuerdo de las partes, la lectura o reproducción resumida. Se trata de una norma 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 reconocieren o se refirieren a su conocimiento de ellos”.

4. Prueba “real” y prueba “demostrativa”

Tanto los objetos como de documentos, puede constituir prueba “real” o simplemente “demostrativa”. Digamos, de momento, que es prueba real aquella que efectivamente formó parte de los hechos del caso (ya matizaremos esto a propósito de la prueba documental); sin embargo, muchas veces será útil para las partes utilizar prueba demostrativa que, sin formar parte de los hechos del caso, los ilustran o aclaran. Así, por ejemplo, un diagrama del sitio del suceso con frecuencia no hace sino ilustrar el testimonio, de manera que sea más comprensible para el tribunal. En este caso, la prueba sigue siendo fundamentalmente el testimonio, graficado 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 de admisibilidad en el proceso de acreditación. En estos casos, entonces, la pregunta central para el testigo no consiste en saber si reconoce lo que se le presenta como aquel objeto o documento de los hechos –difícilmente un diagrama podría serlo– 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.

5. *Acreditación de objetos*

En lo que sigue sugeriremos un tipo de práctica de acreditación de objetos y documentos que, en nuestra opinión, satisface la necesidad de acreditación, tanto desde la lógica normativa 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.

- 1º paso: Elijo a un testigo idóneo para reconocer el objeto o documento. Generalmente esto coincidirá con la necesidad de utilizar el objeto o documento para el examen o contraexamen del testigo que lo reconocerá, aunque no hay necesidad de que sea así. Es posible también que un mismo objeto o documento pueda ser acreditado por más de un testigo.
- 2º paso: Le exhibo el objeto o documento 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: Lo ofrezco en la prueba. La petición es realizada al presidente, quien debería preguntar por objeciones a las demás partes. Si no hay objeción, o si ellas son rechazadas por el tribunal, el objeto se declara ingresado en la prueba, y puede ser utilizado de ahí en adelante por todos los intervinientes, tanto en el resto de la presentación de la prueba como en los alegatos, y no requiere ser reconocido nuevamente (sin perjuicio de las cuestiones de credibilidad).
- 5º paso: Utilizo el objeto o documento (hago que el testigo fije las posiciones en el diagrama, le pido que lea y explique los asientos de libro de contabilidad, 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, etc.). En suma, inserto el objeto o documento 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 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 puede ser

suficientemente construida, aun cuando éste no sea el candidato natural a reconocer la prueba: supongamos que el policía que recogió el arma en el sitio del suceso no está disponible para el juicio (murió). Si 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 suficiente cuenta de ello, si las circunstancias fácticas alcanzan; 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). Nótese, entonces, que no es que un testigo pueda o no pueda acreditar el origen de un objeto, sino que la idoneidad de un testigo para realizar esta tarea es generalmente un continuo, desde los que no lo pueden acreditar en absoluto, hasta aquellos que son naturalmente idóneos; en algún punto de esa curva se produce el punto de inflexión, en donde el tribunal estima que el testigo ofrece suficiente acreditación para el objeto.

Si la prueba es simplemente demostrativa, la exigencia de acreditación exige un testigo idóneo para decir que, en las características relevantes, el objeto o documento en cuestión es una representación adecuada de la realidad.

b) La referencia a un sistema de marcación de los objetos por parte del tribunal (2º paso) es una 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. Con todo, no cualquier sugestividad alcanza a tener la entidad suficiente para tornar ilegítima la forma de reconocimiento de la prueba material. A este respecto opera exactamente lo mismo que decíamos sobre la sugestividad a propósito de las objeciones: hay casos en que la sugestividad es tenue e irrelevante, y no debiera por lo tanto entorpecer la introducción del objeto o documento. Así, por ejemplo: “señor testigo, le voy a mostrar un cuchillo, y le voy a pedir que me diga si lo ha visto en otra ocasión...”. Por supuesto, la pregunta le está sugiriendo al testigo que “ese objeto es un cuchillo”; pero, salvo que alguien esté dispuesto a afirmar que ese hecho no es absolutamente obvio y evidente según la experiencia más elemental de las personas, ese tipo de sugestividad es irrelevante y no debería generar problemas.

En el otro extremo de la balanza, algunos jueces en nuestro país han estimado que para poder exhibírsele al testigo el objeto o documento éste debe haberlo descrito previamente, de otra manera la exhibición sería sugestiva. Aunque probablemente tienen razón respecto de la sugestividad, en nuestra opinión esa sugestividad es muy tenue: todavía si el testigo reconoce el objeto o documento, va a tener que explicar ese reconocimiento (y esa

explicación podría perfectamente ser insuficiente). En cambio, en el otro extremo de la ponderación, muchas veces parece perfectamente razonable que un testigo no recuerde los detalles de un objeto, y eso no necesariamente excluye el reconocimiento ni la admisibilidad. Supongamos que está declarando el perito que hizo el examen de la sangre encontrada en la camisa: han pasado meses desde que hizo el peritaje, y en ese lapso ha practicado otras decenas de diligencias similares. Pues bien, toda la gracia de la cadena de custodia consiste precisamente en que ese perito hizo un registro escrito de aquello que su memoria probablemente no iba a ser capaz de retener. En consecuencia, el perito va a reconocer la camisa sobre la que practicó el peritaje no porque recuerde la prenda en particular, sino precisamente porque la marcó de una cierta manera a fin de individualizarla y poder reconocerla después. Si la exigencia de que el testigo describa la especie antes de que le sea exhibida tiene por objeto verificar que en realidad tenga memoria fresca sobre ella, eso en miles de casos simplemente no se corresponde con las limitaciones de la memoria en la realidad (y ello no quiere decir que el testigo no pueda reconocer la especie por otras vías, por ejemplo un sistema de rotulación); si la exigencia de descripción se satisface con que el testigo describa en el juicio lo que el abogado le mostró el día anterior en su oficina, o que ofrezca una pura descripción general (“era una camisa blanca”), entonces esta exigencia, hecha ex ante y de modo general como requisito de admisibilidad, parece bastante espúrea en frente de los costos que impone a la producción de la prueba.

c) Asociado al tercer paso se encuentra el tema de la “cadena de custodia”, especialmente relevante para la actividad policial y 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– depende de la existencia de procedimientos que, precisamente, pongan al testigo en condiciones de hacer esto: procedimientos de marcación de los objetos y de manipulación e intervención de 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 vincula al caso, exigiendo además algún tipo de constancia de quiénes los han manipulado en los principales eslabones de la cadena, hasta su presentación en juicio.

Sin embargo, ha ocurrido –especialmente en países que, como el nuestro, no tienen demasiada experiencia en genuinos juicios adversariales– que la exigencia de cadena de custodia se pone de moda como una especie de requisito puramente formal, sin real comprensión de que todo el tema 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, y muchos de los sistemas latinoamericanos contemplan normas o exhiben prácticas absurdamente detalladas, rígidas (que no es lo mismo que rigurosas) y formalistas al respecto. Esto es un problema en ambos extremos de la balanza, pues hace olvidar a las partes y a los jueces que la pregunta acerca de cuánto se requiere para que un testigo sea idóneo para reconocer un objeto o documento 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 “este 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 o exhaustiva no excluye automáticamente la posibilidad de acreditar el objeto e ingresarlo en la prueba.

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. 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 (sugiriendo que fue plantada por la policía), porque el acta de incautación 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 impida 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 examen y contraexamen.

En la concepción formalista, lo que se le escapa a abogados y jueces es que la cadena de custodia es fundamentalmente un hecho, y no el registro de ese hecho. Es el hecho de que la parte pueda dar cuenta del origen (o integridad, en su caso) del objeto o documento. Ese hecho puede ser probado de diversas maneras, la principal de las cuales es, como para todos los demás hechos, el testimonio. Ese testimonio puede ser controvertido por la contraparte, y para ello los registros de las actuaciones podrán tener un rol muy relevante (por vía de los artículos 332 y 336). Pero los formularios de cadena de custodia no son la cadena de custodia. Esto es muy relevante frente a argumentaciones que se han escuchado en los tribunales de que una cierta prueba es inadmisibile porque se rompió su cadena de custodia; y cuándo uno pregunta cómo es que eso ocurrió, la respuesta es algo del tipo: “no fue el policía que recogió la especie el que la llevó al peritaje médico (por ejemplo para ver si coincide la herida), sino un funcionario administrativo, que no firmó la cadena de custodia...”. Supongamos que la especie en cuestión es el cuchillo incautado. ¿Qué sugiere la defensa a partir de la falta de esta firma? ¿qué el funcionario administrativo hizo algo con la prueba? ¿la inventó? ¿hizo crecer la hoja del cuchillo? ¿le puso las iniciales del imputado en el mango? Si la defensa no puede presentar un caso concreto respecto de esto y lo que tenemos es un policía que declara haber incautado el cuchillo que se le exhibe, y haberlo enviado al peritaje, y un médico forense que declara haber recibido ese cuchillo de manos del administrativo, el hecho del origen de la prueba parece estar más que salvado.

A continuación, un ejemplo del procedimiento de acreditación de objetos:

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

Detective: Sí, señor.

Fiscal: ¿Produjo ese registro algún resultado?

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

Fiscal: (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° 12 de la fiscalía ¿lo reconoce?

Detective: Sí, señor, es el revólver que portaba el sospechoso ese día.

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

Detective: Bueno, en primer lugar porque se trata de un revólver marca Colt, calibre 38, color café con cache de madera de color café claro, lo cual coincide con el arma del acusado. Además, una vez que lo encontré puse un autoadhesivo en el marco del gatillo donde dejé marcadas mis iniciales y un código que relaciona el arma con esa detención. (El testigo ha ofrecido razones para el reconocimiento).

Fiscal: ¿Ese es el procedimiento normal?

Detective: Sí señor, así no confundimos las pruebas de cada caso.

Fiscal: ¿Qué hizo con el arma?

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

Fiscal: ¿Para qué hizo eso?

Detective: Bueno, ese también es el procedimiento normal. De esta manera protejo la prueba de cualquier intervención externa, tanto de la naturaleza como de otras personas.

Fiscal: Su señoría, querría ingresar el objeto N° 12 del Ministerio Público en la prueba.

Presidente: ¿Señor defensor?

Defensa: No hay objeción, señor presidente.

Presidente: Marcada como la prueba N° 8 de la fiscalía. (La numeración del tribunal es una numeración de la prueba ingresada, mientras que la del fiscal es una numeración para nombrar los objetos y documentos cuando se los exhibe a los testigos).

Fiscal: (El Fiscal utiliza 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”).

6. Documentos

Como hemos dicho, en la expresión “documentos” comprendemos tanto los continentes escritos de información (art. 333), como aquello a lo que el Código se refiere como “otros medios” (en general, formas de reproducción de imagen o sonido, contenidas además en el art. 323). Se trata, dijimos, de medios probatorios perfectamente equivalentes tanto desde la lógica de litigación como desde la lógica normativa. Dicho de otro modo, la distinción clásica entre “instrumentos” (que sería el género) y “documento” (la especie de instrumentos escritos) no tiene mayor relevancia desde la lógica general de litigación. Es cierto que el hecho de que una cierta información esté grabada o en filmada, en lugar de estar escrita, puede hacer la diferencia en términos de su admisibilidad, pero esas son cuestiones mucho más finas que las gruesas categorías de “documentos” u “otros medios”, como esperamos sugerir a continuación.

La incorporación y uso de los documentos responde también a la tensión entre la lógica de la desconfianza y la del sentido común, tal como describimos para los objetos.

Sin embargo, en el caso de los documentos se agrega todavía la tensión entre otras dos lógicas, igualmente determinante para su admisibilidad y utilización: la distinción entre prueba real y prueba demostrativa.

6.1 OTRAS DOS LÓGICAS EN TENSIÓN: PRUEBA REAL VERSUS PRUEBA DEMOSTRATIVA

El tema del uso de documentos en juicio es típicamente de aquellos en donde el juicio oral entra en sofisticaciones de segundo y tercer nivel de comprensión de la lógica probatoria. Hacerse cargo de él de manera exhaustiva requeriría en rigor tratar por separado diversas categorías posibles, cada una de las cuales impone ciertas peculiaridades propias al modelo más general. Así, habría que tratar una a una categorías como, por ejemplo, documentos comerciales, registros públicos, diagramas y mapas, fotos y videos, dibujos realizados por los testigos, grabaciones de sonido, rayos X, simulaciones computacionales, fotocopias simples, impresiones de pantallas de Internet, informes emitidos por diversas instituciones a partir de bases de datos, por nombrar sólo las más comunes.

No pretendemos hacer este análisis exhaustivo, entre otras cosas porque se trata de desarrollos que debe realizar la práctica concreta de litigación y jurisprudencia en los tribunales.

Nuestro objetivo, en cambio, es más bien instar por la apertura de esos desarrollos y por la sofisticación que el tema amerita, allí donde la práctica que se ha ido imponiendo en los juicios hasta ahora con demasiada frecuencia zanja la admisibilidad de este tipo de prueba por cuestiones más bien formales, como si está o no incluido en el auto de apertura, o si se trata de “documentos” o de “otros medios” (distinción que, como ya dijimos, no refleja la sofisticación y complejidades que el tema conlleva).

En ese sentido, solo queremos esbozar una idea elemental que pueda gatillar la mayor elaboración de esta área en las prácticas de litigación.²⁵

Si la parte pretende que el documento ofrece valor probatorio independiente para acreditar las proposiciones fácticas, entonces se trata estrictamente de prueba documental (real), y debe ser tratada como tal (acreditación de su origen, inclusión en el auto de apertura, etc.). La idea de prueba real en los documentos, entonces, es algo diferente que lo que ocurre con los objetos. Con los objetos, la cuestión era si teníamos efectivamente el arma homicida, o si teníamos una que, por representar fielmente el arma en cuestión en las características relevantes para el caso concreto, era admisible como prueba demostrativa. En el caso de los documentos, en cambio, la cuestión es más bien si éste aporta o no valor probatorio agregado, independiente del testimonio.

²⁵ Para una revisión más exhaustiva de este tema y estas distinciones, ver Thomas Mauet, ob. cit. Capítulo VI.

En cambio, si el documento no es ofrecido por su valor probatorio independiente, sino por su utilidad para ilustrar el testimonio (en sentido amplio, testigos o peritos), entonces la prueba sigue siendo el testimonio.

Veamos un ejemplo: está declarando un perito contable respecto de las operaciones sospechosas a través de las cuales se desviaron fondos del patrimonio fallido en una quiebra. Los recibos, facturas o contratos que reflejan operaciones en el período sospechoso son prueba documental respecto de esas operaciones. Son ofrecidos por el valor probatorio independiente que tienen respecto de las proposiciones fácticas en ellos contenidos: “el acusado pagó estos dineros” o “enajenó este bien”. La pretensión del fiscal es que dichas proposiciones fácticas se acreditan independientemente por el contenido de estos documentos.

No es el caso, sin embargo, de una línea de tiempo preparada por el perito que ordena cronológicamente las operaciones, o de una tabla preparada por él mismo en que las agrupa según los destinatarios de los bienes (hijos, primos, sociedades relacionadas), o de un diagrama de flujo que ilustra el seguimiento de los bienes. En estos casos, la prueba sigue siendo el testimonio del perito, ilustrado por estos apoyos gráficos que su testimonio adopta (especialmente cuando es el propio perito o testigo el que ha confeccionado el apoyo gráfico en cuestión). Esta es la razón por la cual no sería necesario anunciar este tipo de apoyo gráfico en la audiencia de preparación del juicio oral (sin perjuicio de que la contraparte pueda plantear, como una cuestión de contradictoriedad, el derecho a tener acceso anticipado al apoyo gráfico en cuestión para efectos de poder realizar un genuino contraexamen. Cuán anticipado debe ser ese acceso dependerá de la complejidad que el caso concreto ofrezca a dicho contraexamen para un abogado medio).

Esta diferencia es absolutamente fundamental de cara a la lógica general del juicio: según decíamos en el capítulo II a propósito de la teoría del caso, todo el juicio está construido como una instancia de control de calidad de la información. La intermediación y la contradictoriedad persiguen ofrecer al juez la mayor cantidad de información posible, a la vez que dotarlo de la mayor cantidad de elementos para evaluar la calidad de la información con que van a juzgar el caso. La distinción que comentamos sigue exactamente la misma lógica: en muchos casos, la ausencia de apoyo gráfico no va a hacer más que deteriorar la posibilidad de que los jueces adquieran una visión clara del relato que está entregando el testigo o perito. La simple relación abstracta de hechos, posiciones, direcciones, desplazamientos, relaciones, trayectorias o participantes, se convertirá en una pura mazamorra de información, difícil de seguir por cualquier persona (incluidos los jueces). Y, si eso es así en casi cualquier tipo de delito, hay cierto tipo de ilícitos cuya litigación se hace simplemente ilusoria sin apoyo gráfico. Típicamente, por ejemplo, en el caso de los delitos económicos, lavado de activos o crimen organizado. La pretensión de que la oralidad del juicio exige que todo deba ser declarado única y exclusivamente sobre la base de la memoria –como cuando se le pide al perito contable, como ha ocurrido con frecuencia en nuestros nuevos tribunales, que memorice los números de serie de todos los cheques, los montos exactos de todas las operaciones, o las fechas de todas las facturas– es errónea desde el punto de vista de los valores del sistema, y completamente absurda desde la perspectiva del más mínimo sentido común.

Incluso esta distinción debe matizarse. En el modelo anglo-sajón, por ejemplo, instrumentos como tablas, diagramas o cuadros de información eran, hasta hace algunos años, dominados por la lógica de la prueba simplemente demostrativa. Como consecuencia de esto, el uso del instrumento era admitido en el examen y contraexamen del testigo o perito como parte de su testimonio, pero no era admisible su ingreso en la prueba. En las últimas décadas, sin embargo, la práctica dominante (especialmente en Estados Unidos), ha tendido con fuerza a considerar el apoyo gráfico con valor probatorio independiente (al menos en cuanto su aporte gráfico) y, por lo mismo, a admitir su ingreso en la prueba. Esto, a condición de que se satisfagan los siguientes elementos:

- a. Relevancia del medio de apoyo gráfico.
- b. Acreditación por un testigo idóneo, familiarizado con lo que el documento describe, incluidas las circunstancias relevante de la imagen (por ejemplo la hora, o la época del año en algunos casos).
- c. Razonable fidelidad del documento, respecto de lo que desea ilustrar.
- d. Que el medio sea útil para ayudar al testigo a explicar su testimonio.

Estos elementos están enunciados en términos generales y adoptan diversas variantes según el tipo de prueba de la que estamos hablando (la “razonable fidelidad del documento”, por ejemplo, impone exigencias de acreditación distintas si se trata de un video que de rayos X). Como dijimos, las ofrecemos a modo nada más ilustrativo y con expresa referencia al modelo anglosajón, solo con el propósito de motivar un mayor desarrollo desde las prácticas cotidianas en los tribunales, en el entendido de que transformar la admisibilidad en juicio de la prueba instrumental en una cuestión puramente formal priva a los tribunales –por ninguna buena razón– de información muy valiosa para resolver.

6.2 PRUEBA DOCUMENTAL Y DECLARACIONES PREVIAS

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 no constituyen en general prueba (dejando pendiente la discusión acerca de las declaraciones voluntarias del imputado) y solo pueden ser utilizadas de una manera muy específica para evaluar credibilidad, de acuerdo a lo dispuesto en el Artículo 332 del Código Procesal Penal.

Cuando decimos “prueba documental”, entonces, nos referimos a instrumentos que reúnen las siguientes características:

- Pueden ser públicos y privados. Como dijimos, la distinción no es, en sí misma, relevante para la admisibilidad y peso de la prueba documental. Como hemos sugerido antes, resulta más determinante, en este sentido, el que se trate de registros llevados con regularidad y estandarización, que el que se trate de instrumentos públicos. Así, por ejemplo, un juez podría perfectamente admitir como prueba documental el “pantallazo” de los datos que arroja el Registro Civil (registro público) vía Internet, o la fotocopia simple de un

certificado original (ambos privados), si le parece que no hay suficiente acreditación inicial acerca de su autenticidad (incluida la simple lógica del sentido común, atendido lo que el pantallazo o la fotocopia muestran).

- Cualquiera sea el continente, incluyendo tanto documentos escritos como cualquier otro medio de reproducción de imagen o sonido;
- Que contienen información relevante para el caso de fondo. Si la relevancia es solo para credibilidad, deben ingresar por vía del art. 332 o 336 inc. 2°, según sea el caso.
- Que no constituyen registros de la investigación. A este respecto, se debe decir que no todo lo que consta en la carpeta del fiscal cae en la categoría de “registro de la investigación”. Por ejemplo, las fotografías del sitio del suceso, o del imputado o víctima, los diagramas o croquis realizados, los videos tomados tanto de los lugares como de las personas, típicamente no constituyen registros de la investigación, sino propiamente prueba documental.
- Que no sustituyan testimonio. Es decir, que no vulnere el art. 329 y su principio general de que la declaración en juicio no puede ser sustituida por la incorporación de los registros de declaraciones anteriores. Así, por ejemplo, la escritura de la sociedad a través de la cual el imputado materializó el fraude típicamente no sustituye testimonio, sino que incorpora información independiente (el hecho de que la escritura existe, y su contenido).

En el caso de los registros producidos por el propio sistema de persecución para el caso concreto, el nuevo proceso 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, especialmente la persecución, prefabriquen 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, pero de ninguna manera pretendemos agotar la sofisticación de las cuestiones probatorias asociadas a ellos:

a) Declaraciones producidas por el sistema de persecución penal para el caso concreto, típicamente las declaraciones prestadas ante la fiscalía y/o la policía. En general, este tipo de declaraciones no constituye prueba (art. 329 y 334), y solo pueden ser utilizadas en el juicio como elemento de juicio de la credibilidad del testigo que las realizó, sea para refrescar la memoria o para demostrar inconsistencias (art. 332). Luego, si el testigo no está disponible para el juicio, la declaración no puede ser utilizada.

Cuando decimos aquí “declaraciones”, nos referimos al registro de las mismas y, especialmente, al registro escrito. Lo que, en general, no se puede utilizar como prueba, es el acta de dicha declaración. Una discusión que está pendiente en esta órbita es la posibilidad de utilizar como prueba del caso de fondo declaraciones incriminatorias del imputado, cuya legalidad no esté disputada, especialmente si el soporte ofrece mejor intermediación que la escritura (típicamente la grabación en video). Lo anunciamos solo para advertir que el debate respecto de este punto está abierto.

Un segundo tema relevante es el de productos de la investigación que no equivalen realmente a “registros” –por lo menos en la lógica de litigación, más allá de los

conceptualismos– tales como las fotografías, videos o diagramas realizados en el contexto de actuaciones policiales (típicamente, por ejemplo, en el sitio del suceso). Dichos medios son plenamente admisibles en juicio, pues representan prueba independiente del testimonio y esto es finalmente lo que zanja la cuestión. La pregunta para el juez, en consecuencia, es ¿se está sustituyendo testimonio con estos registros? En la medida en que no sea esa la situación –las fotografías del accidente de tránsito, por ejemplo, contienen información independiente del perito de la SIAT, partiendo por las imágenes del suceso– el medio es admisible y no vulnera los art. 329 y 334. Desde luego, su admisibilidad está sujeta a las exigencias de acreditación de la prueba material descritas precedentemente.

b) Declaraciones previas realizadas fuera del sistema de persecución penal (una carta, libros de contabilidad, un diario de vida, etc.).

Aquí queremos mencionar cuatro hipótesis²⁶:

- Hipótesis 1: La declaración fue hecha por un testigo y dicha declaración tiende a probar los hechos de fondo. Esa información debe siempre ser rendida por el testigo en el juicio. Pretender introducir la declaración previa como prueba documental implicaría sustituir 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? Lo mismo respecto de la defensa, por ejemplo con la carta escrita por el testigo de coartada del acusado, dando cuenta de la coartada.

Si la fiscalía o la defensa quieren ingresar al debate esta información –en el caso de la fiscalía, “Clodomiro escuchó a Juan admitir el homicidio”– tienen que traer a Clodomiro al juicio. Este testimonio no se puede sustituir por la carta: aun salvando las cuestiones de acreditación de la carta (de manera que tenemos zanjada la proposición fáctica “él la escribió”) no hay cómo salvar los defectos de contradictoriedad (la carta no puede ser contraexaminada) e inmediación (nadie sabe cómo se produjo la carta). De esta suerte, si la parte no cuenta con el testigo para el juicio, no puede incorporar esta información como prueba documental (o sea, el tribunal no puede usar la carta para acreditar el delito o la coartada en su caso; ella no puede ser leída en el juicio, ni ingresada en la prueba). Si el testigo concurre, la carta puede 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 la parte use la carta para reforzar la credibilidad del testigo, cuando y si es que la contraparte cuestiona dicha credibilidad (es decir, si una línea de contraexamen del defensor a Clodomiro es, por ejemplo, que él nunca mencionó a nadie la supuesta

²⁶ En nuestra opinión, esta 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 con 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.

confesión). Para ello en nuestro sistema podría ocuparse la institución de prueba sobre prueba prevista en el Artículo 336 inciso segundo del Código.

- Hipótesis 2: La declaración fue realizada por una de las partes y es relevante para los hechos de fondo (una carta escrita por el acusado, por ejemplo, en que explica a un amigo cómo piensa ejecutar el delito). En nuestra opinión la carta se debería admitir como prueba documental, en tanto se satisfagan las necesidades de acreditación del documento (Art. 333). Esto es especialmente cierto cuando el contenido del documento representa admisiones en contra del interés de la parte. En cambio, cuando se trata de prueba de afirmación de la parte que realizó la declaración, la posibilidad de prefabricación de prueba debiera dificultar su admisibilidad por una cuestión de relevancia.

- Hipótesis 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 de 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. 332). 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 la credibilidad del 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.

- Hipótesis 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), a condición de que se trate de documentos que corran por la lógica del sentido común y que, por ende, no deban ser acreditados independientemente. De no ser así, habría que traer al testigo.

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. Son hipótesis muy acotadas, y están enumeradas en el art. 331.

4.3. ACREDITACIÓN DE LA PRUEBA DOCUMENTAL

Los documentos –lo mismo que los objetos– exigen ser acreditados. El nuevo Código no distingue para estos efectos entre instrumentos públicos o privados como ya hemos señalado en varias oportunidades. Dado que en el sistema de libre valoración de la prueba no hay credibilidades preconcebidas respecto de la evidencia, tal distinción no es necesariamente útil respecto del valor probatorio, como ya señalamos. En materia de acreditación esta distinción puede tener alguna relevancia, en el sentido de que tal vez sea razonable que ciertos 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 también es cierto que esto no tiene tanto que ver con el hecho de que sean “instrumentos públicos”, sino con la regularidad de su producción o mantención, su estandarización, y su fidelidad general (lo cual, por una parte, debiera hacer igualmente admisible en principio las fotocopias simples de dichos instrumentos públicos, así como también múltiples instrumentos perfectamente privados pero igualmente confiables, como el informe de saldo de cuenta corriente emitido por un banco o el informe de alcoholemia que emite una clínica).

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 y le pedimos explicaciones acerca de cómo lo reconoce.
- 4º paso: Ingresamos el documento en la prueba
- 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, ¿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: Sí.

Fiscal: Sra. Martínez, por favor examine detenidamente el documento... ¿Ha variado en algo desde que usted lo confeccionó?

Testigo: No, está igual.

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 una cuestión de credibilidad. La pregunta por objeciones que hace el tribunal al defensor a esas alturas solo 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?...”).

Las cuestiones que hemos planteado en este capítulo no han querido sino iniciar el debate en un área que, probablemente, exhibe en este momento las mayores rigideces y falta de comprensión de la lógica probatoria en el nuevo proceso. Ninguno de estos temas, en consecuencia, está cerrado, y la práctica forense tanto de abogados como de jueces deberá seguir elaborando el tratamiento de la prueba material. A pesar de que, en muchas de sus partes, las cuestiones que hemos esbozado en este capítulo estén lejos de las actuales prácticas judiciales, la inmensa mayoría de ellas constituyen lugares comunes en sistemas de litigación adversarial más maduros.

Capítulo VIII

Examen y contraexamen de peritos y testigos expertos

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 en el modo de regular y ejecutar el examen y contraexamen. En esta medida, nuestra actividad de litigación debe también enfocarse de un modo distinto. 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.

1. Definiciones básicas y objeto de la declaración de expertos

Un primer grupo de cuestiones tiene que ver con quiénes son los peritos y los testigos expertos, y cuál es el objeto de su testimonio en juicio. A continuación revisaremos ambos aspectos.

1.1. ¿QUIÉNES SON LOS PERITOS Y LOS TESTIGOS EXPERTOS?

La definición de quién es un perito no resulta demasiado compleja, pues desde antiguo los códigos de procedimiento penal y civil suelen contener reglas expresas que se hacen cargo de ello. Lo mismo respecto de 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 requerida, y que le permite dar opiniones y conclusiones relevantes acerca de dicha materia.

El nuevo Código Procesal Penal se inscribe en la misma lógica. Al regular la procedencia de los peritos, en el Artículo 314 inciso segundo, establece: “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 que esté 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, sin ser ofrecido como perito –porque el área de declaración no constituye estrictamente una experticia, o bien porque el núcleo de su declaración relevante no la requiere–, tiene, sin embargo, un conocimiento de cierta especialización en una determinada materia. Sin ser exactamente un perito ofrecido como tal, mientras más expertizaje prueben las circunstancias concretas del testigo, más admisibles (relevantes) se tornan las opiniones de ese testigo en el área de experticia. 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”.

Supongamos que Juan Martínez se encuentra en una esquina y en ese momento observa un accidente entre dos autos que chocan. Uno de los autos iba a exceso de velocidad y no respetó el semáforo. Supongamos que Juan Martínez es mecánico. El señor Martínez es citado a declarar como testigo. No le es encargado ningún peritaje, ni es ofrecido como perito. En el examen directo, entonces, declara fundamentalmente los hechos que percibió, como cualquier testigo. La cuestión es, ¿podría el examen directo además ir sobre preguntas que requieran de él algo más parecido a una opinión que un hecho? La respuesta a esta pregunta, como casi todo lo que ocurre en el juicio, es más parecido a un estándar que a una regla: mientras más experticia demuestre el testigo –y esta experticia es parte del proceso de acreditación, en el propio examen directo– más relevante se torna su opinión. Dado que no practicó un peritaje, seguramente la admisibilidad de sus opiniones tiene límites (sin mencionar su peso probatorio); y, de vuelta, dónde exactamente se traza esa línea es directamente proporcional a la relevancia de dichas opiniones; y dicha relevancia es directamente proporcional al grado de experticia detentado (incluyendo la especificidad de la materia, de manera que tal vez no baste simplemente “ser mecánico”).

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; más bien enfrentamos una forma específica del tema más general de la relevancia de la prueba. En los testigos legos las opiniones son en general inadmisibles por su irrelevancia. A medida que haya mayor experticia, existen mejores razones para prestar atención a la opinión del testigo aun sin ser perito; y, en algún momento, su grado de experticia torna su opinión relevante, lo cual basta para hacerla admisible (de nuevo, independientemente del peso probatorio que en definitiva se le asigne). Esta es siempre una cuestión que debe ser decidida en concreto por el tribunal.

La presencia de esta situación (testigos que exhiben cierta experticia, aun cuando no son peritos) no es en absoluto excepcional. En la práctica es posible constatar innumerables versiones de esta situación. 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 serían admisibles con cualquier testigo (por ejemplo, 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 de que el policía, por el solo hecho de serlo, pueda declarar cualquier tema criminalístico, sino que, solo 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. Veamos entonces cuán sutilmente estas consideraciones imponen exigencias a la litigación. Revisemos las siguientes preguntas:

1. Sargento, ¿es común que los narcotraficantes en La Pintana porten armas?
2. Sargento, en su experiencia, ¿es común que las personas que usted ha detenido por narcotráfico porten armas?
3. Sargento, ¿tiene usted alguna idea acerca de si el arma había sido recientemente disparada? (¿tiene usted una opinión al respecto?).
4. Sargento, ¿era consistente el orificio en el cuerpo con el calibre del arma?

La respuesta a la pregunta N° 1 parece requerir un grado de experticia que es difícil concebir en un policía (en realidad en ninguna persona): la pregunta ¿es “común” que los “narco-traficantes” “porten armas” “en La Pintana”? realmente está solicitando información empírica que el policía no tiene cómo conocer. Para hacer esta especie de afirmación estadística habría que haber hecho un estudio empírico entre narcotraficantes de La Pintana y averiguar cuántos de ellos portan armas. La experticia del Policía no le alcanza para hacer ninguna afirmación al respecto. En esta medida, su respuesta es, técnicamente, la opinión de un testigo lego (y en ese sentido inadmisibles). Pero tal vez tampoco haya sido lo que el abogado necesitaba.

La pregunta N° 2 reformula la pregunta en términos de que el policía parece en mejores condiciones para responder. Esta pregunta no indaga acerca de “lo que es común en La Pintana”, sino acerca de “cuál ha sido la experiencia del policía”. En este sentido no le pregunta por una opinión respecto de la cual se requiera ninguna experticia, sino respecto de hechos propios (“las personas que usted ha detenido por narcotráfico”).

La pregunta N° 3 pretende reflejar la categoría de la que estamos hablando: técnicamente, está indagando por la opinión del testigo. El policía no ha practicado ningún peritaje sobre el arma, ni fue llamado como perito. Sin embargo, supuesto que los signos de un arma recién disparada (olor a pólvora, temperatura del arma) estén al alcance de la experticia general de cualquier policía (porque disparan periódicamente, porque es parte de la formación general), la respuesta podría ser admisible.

La pregunta N° 4, en cambio, parece salirse completamente de la experticia general de un policía, y para tornar admisible dicha respuesta el testigo tendría que dar cuenta de experticia mucho más específica y concreta (fui médico antes que policía, recibí entrenamiento en comparar orificios en cuerpos con calibres de balas, o algo por el estilo). Esto, dejando todavía de lado la cuestión de credibilidad.

Cuando decimos “experticia” no nos referimos necesariamente a una educación o experiencia formal. 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” propiamente tal, mucho menos de experticia psicológica, tal vez la pregunta “¿es Juan una persona violenta?” sea objetable respecto de un testigo cualquiera, pero menos objetable si quien está en el estrado es la mujer que ha dormido con

Juan los últimos treinta años. Por supuesto, el hecho de que sea su mujer tal vez le imponga debilidades en el conjunto de su credibilidad, pero eso es otra cosa; en términos estrictos de admisibilidad, un juez podría razonablemente creer que, dadas las circunstancias concretas, es relevante escuchar lo que la señora tiene para decir. 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.²⁷

Entonces, mientras más experticia acredita el testigo, mayor la permisión para aplicar respecto de él las normas de juicio de los peritos, específicamente en la zona de expertizaje. La misma idea anterior es aplicable cuando tenemos a un perito que declarará sobre algún peritaje que 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, por ejemplo, que al atender a la víctima esta 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 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 (un testigo lego).

1.2. OBJETO DEL TESTIMONIO DE EXPERTOS

El rol del testimonio experto es entregarnos la interpretación de una información que exige un conocimiento especializado. En este sentido, el objetivo es explicar su significado en términos comunes. 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 del sentido común. 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, pues 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 cómo en nuestra práctica en tribunales se presentan como peritos expertos de las más diversas especies sin que exista una verdadera necesidad de un conocimiento experto para aportar la información que ellos concurren a entregar en juicio. Por ejemplo, se ha vuelto una práctica recurrente –generalmente errada, en nuestra opinión– presentar como perito al fotógrafo de la policía que tomó las fotos del sitio del suceso. En general, el fotógrafo no requiere una experticia particular respecto de los temas que declara. Noten que esto es cierto aun cuando la fotografía pueda ser, en sí misma, un área de experticia. Sin embargo, las proposiciones fácticas que se pretende acredite el perito no tienen que ver con esa experticia. La proposición fáctica más usual es “yo tomé estas fotos, y ellas son una representación del sitio del suceso tal como lo foto-grafíé”. A partir de esa proposición fáctica (que acredita e introduce las fotos), se pretende probar aquellas que contienen las fotografías: la cara de la persona, la disposición de los muebles, la posición de

²⁷ 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. (especialmente la obligación de realizar un informe escrito en el que conste su opinión).

las heridas. Ninguna de estas proposiciones fácticas requieren, en principio, de ninguna experticia particular. Esas fotos pueden ser tomadas por cualquier persona –fotógrafo o no– y cualquiera estaría en condiciones de decir “estas son las fotos que tomé ese día”. A su turno, lo que las fotos “muestran” son proposiciones fácticas que, en general, están al alcance del mero conocimiento lego de los jueces. Si no lo están, suele no ser precisamente el fotógrafo el perito que necesitamos (por ejemplo, si las fotos muestran una particular forma de dispersión de la sangre, es probablemente el policía o el forense el que nos debe hablar de ello).

Las cuestiones que hacen a la disciplina de la fotografía –luz, diafragma, foco, ángulo, distancia– podrían llegar a ser debatidas, y tal vez para dicha discusión importe “cómo se sacó la foto” y el conocimiento experto del fotógrafo, pero esa es completamente otra discusión, destinada a acreditar proposiciones fácticas distintas (por ejemplo, “la foto distorsiona el tamaño de los objetos”). Supuesto que eso fuera relevante, podríamos tener este debate que requeriría experticia fotográfica; pero, en principio, no es eso para lo que se convoca al (mal llamado) “perito fotógrafo”. En aquello para lo que se lo suele convocar – para ingresar las fotografías– suele no haber experticia involucrada.

Esta situación tiene, todavía, una contracara: una vez que existe un área de experticia, esto proscribe el conocimiento privado, las máximas de la experiencia y el sentido común de los jueces. Las conclusiones expertas tienen, por definición, preeminencia. Si estamos en un área de experticia, entonces por definición se trata de una conclusión sobre la que un lego no puede opinar. Es por definición un área que está más allá del sentido común, las máximas de la experiencia, y la percepción directa del lego. Ahora bien, los jueces son legos por definición, aun cuando, en los hechos, cuenten con conocimiento privado. Supongamos que un juez estudió psiquiatría antes de convertirse en juez. Supongamos que el juez discrepa del juicio técnico del psiquiatra, en base a su conocimiento privado. No obstante, si el testimonio experto no es desacreditado en el juicio, el juez no puede utilizar su conocimiento privado en el razonamiento. La razón es sencilla y se apega a la lógica más fundamental del juicio: el conocimiento privado del juez no está sometido a examen y contraexamen; no sabemos de dónde sacó el juez su conocimiento privado ni qué tan idóneo sea; tal vez si fuera contraexaminado quedaría en evidencia su precariedad; tal vez la última vez que leyó un libro sobre psiquiatría fue hace mucho tiempo y el conocimiento ha avanzado mucho desde entonces, o quizás no entendió lo que estudió o siguió una corriente que hoy está completamente desacreditada; tal vez si confrontara su conocimiento con el de la comunidad psiquiátrica, esta rechazaría de plano sus razones; o bien, quizás puesto a debatir con el perito, este último le parecería a los demás jueces más creíble y preparado. En suma, el conocimiento privado del juez está sujeto a las mismas necesidades de control de calidad que el conocimiento de cualquier persona. De esta suerte, si el juez pretende tener conocimiento privado sobre un área que requiere experticia, debe tomar el estrado como perito y declarar bajo juramento, sometiéndose al examen y contraexamen de las partes. Esto, por supuesto, no es compatible con la función de juez. Esta es la razón por la cual los jueces no pueden utilizar su conocimiento privado, mucho menos en un área de experticia, y la razón por la cual son legos por definición en toda área de experticia salvo el derecho.

Lo anterior no quiere decir que la palabra del perito sea sacrosanta en el juicio, ni mucho menos. El juez tiene fundamentalmente tres vías para desmerecer sus conclusiones.

En primer lugar, puede desestimar su experticia. Esto puede tomar varias formas, como cuando la línea de contraexamen sugiere que “este perito no es el experto que dice ser” (típicamente cuando el contraexamen arroja defectos de formación o experiencia), o bien que no lo es en el área particular de la declaración (como cuando un médico general hace apreciaciones relativas a medicina forense).

En segundo lugar, el juez puede desestimar su credibilidad, en ambos sentidos: credibilidad del testigo (“es el testigo que dice ser, pero está mintiendo”) o del testimonio (“seguramente él está seguro de lo que dice, pero le creemos más a otro perito”).

Por último, es posible que el examen directo del perito simplemente no alcance a acreditar la proposición fáctica en cuestión. Típicamente, por ejemplo, cuando el psiquiatra –por defectos del contraexamen, del peritaje, o del testimonio– se limita a la afirmación “el imputado es esquizofrénico”; si esta es la afirmación final del examen directo, simplemente no hay suficiente para acreditar ninguna de las proposiciones fácticas que subyacen a la inimputabilidad (“el acusado no era capaz de distinguir que lo que hacía estaba prohibido”, o bien “era capaz de distinguirla, pero no de adecuar su conducta”). El juez no tiene como estimar acreditada, a partir de la afirmación de la esquizofrenia, ninguna de estas proposiciones fácticas (como no sea por su conocimiento privado, real o ficticio, pero ambos están prohibidos).

Desde luego, si el juez quiere desmerecer la opinión experta de cualquiera de estos modos, corre con toda la carga de la fundamentación de la sentencia.

Por último, la cuestión acerca de cuándo se necesita un conocimiento experto no es baladí. Como hemos visto, una vez que se reconoce esta necesidad, los efectos son muy poderosos para el razonamiento judicial y las exigencias probatorias. El Art. 314 del 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”. La especialización del perito no proviene solo de lo que tradicionalmente se consideraría un área técnica (ciencia), sino también 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. A su turno, el juez no puede simplemente decidir ocupar su razonamiento lego en una cuestión que requiere conocimiento experto, para evitar quedar obligado por la conclusión del perito. Supongamos, por ejemplo, que el juez quisiera absolver. Sin embargo, el único psiquiatra que declaró en el juicio señaló que “no podía afirmar que el acusado no hubiera podido distinguir el bien del mal al momento de los hechos”. Los jueces no tienen pruebas que acrediten proposiciones fácticas que satisfagan la inimputabilidad, y no pueden absolver por esta causa bajo la pretensión de que “todos sabemos –ellos los primeros– que un esquizofrénico no puede distinguir el bien del mal”. Esta es una afirmación técnica, que requiere conocimientos igualmente técnicos (¿cuántos tipos de esquizofrenia hay? ¿cuáles de ellas producen este efecto? ¿da lo mismo la edad de la

persona? ¿las etapas de avance de la perturbación? ¿da lo mismo que haya estado medicamentado o no? ¿da lo mismo qué medicamento específico haya estado tomando? Las preguntas sin respuesta son estas y muchas más).

Debido entonces a la amplitud del objeto potencial de la declaración de los peritos y al poder del conocimiento experto (predominar sobre el conocimiento común del tribunal, y aun sobre su conocimiento privado), el litigante, al presentar al perito o al testigo experto en el juicio, debe tener especial cuidado en destacar cómo 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 insuficiente para su adecuada comprensión. Será importante, entonces, hacerle ver el 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.

2. 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 de 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 sustituida por declaraciones previas registradas en actas o por su informe pericial escrito. Como veíamos tratándose de los testigos, esto representa un cambio radical respecto del 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 comparece a juicio y no se somete a las preguntas de examen y contraexamen, no tenemos prueba pericial. De hecho, su informe pericial, en tanto tal, es inadmisibles como prueba aun concurriendo el perito al juicio.

Esto no quiere decir que el informe escrito no tenga ninguna utilidad en el juicio. Técnicamente, el informe escrito es una declaración previa y, en tanto tal, puede ser utilizado para los dos fines previstos en el Art. 332 (refrescar la memoria y demostrar inconsistencias con declaraciones previas), con las mismas exigencias y limitaciones expuestas en el Capítulo VI. Adicionalmente, piezas del informe como diagramas, tablas, esquemas, resúmenes, pueden ser usados en la declaración del perito como prueba simplemente demostrativa, según explicamos en el Capítulo VII.

Una segunda cuestión relevante en la lógica de la prueba pericial tiene que ver 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 juez, sin considerar para nada los intereses de las partes, como si los peritos fueran completamente neutros o imparciales respecto de ellas. Por esto, no cualquiera podía ser perito, sino solo 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). Consistente con esto, quien designaba al perito para el caso concreto era el respectivo tribunal.

Esta lógica cambia de manera radical en el nuevo sistema, en el que 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 al juicio y a qué perito concreto. 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 deban ser “serviles” a quienes los presentan, mucho menos que puedan “acomodar” espúreamente su pericia a los intereses de las partes; el proceso es más bien el inverso: la decisión de la parte 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? A este respecto, vale lo dicho para los testigos legos en los capítulos de examen y contraexamen: el hecho de que los peritos lleguen comprometidos con una versión de los hechos es una cuestión estructural de cualquier sistema, y más bien se descarta la pretensión de la cultura inquisitiva de que ello se disipa por el hecho de cubrirlos con un –muy discutible– manto de imparcialidad e idoneidad, otorgado por el hecho de que la ley así lo declare, que sean nombrados por los jueces, o que figuren en la lista de la Corte. En cambio, un sistema adversarial lo que hace es someter dicha imparcialidad e idoneidad profesional al ejercicio concreto de la contradictoriedad.

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 estos 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 donde 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.) pero normativamente podría utilizar a cualquier experto privado y, por otro lado, la credibilidad y experticia es siempre materia de examen y contraexamen en el juicio. De esta suerte, no hay ninguna razón para otorgarle, en principio, mayor credibilidad a un médico del Servicio Médico Legal, que a

uno de la Clínica Alemana; de hecho, probablemente todos nosotros preferimos optar por servicios privados de salud, pues allí parece estar el mejor conocimiento médico; si eso es cierto en las situaciones en que más nos importa –nuestra propia salud o la de nuestros seres queridos– no se ve por qué no vaya a ser igualmente válido cuando se trata de probar hechos médicos en juicio. Desde luego, nada obsta a que haya áreas en donde servicios públicos como el Servicio Médico Legal acumulen una muy importante experiencia. Pero, de nuevo, si eso es así ya lo veremos respecto del caso particular y lo que allí se esté discutiendo: la credibilidad y experticia es materia de examen y contraexamen, y se evalúa según el testimonio concreto, puesto en relación igualmente concreta con el resto de la prueba.

3. 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 de los testigos comunes. Con todo, hay ciertas particularidades del testimonio de los expertos que marcan algunas diferencias que revisaremos a continuación.

3.1. UN PROBLEMA: LA DECLARACIÓN ESPONTÁNEA INICIAL ²⁸

La primera diferencia está formulada a nivel normativo en el Código Procesal Penal. El Artículo 329 en su inciso tercero hace una distinción entre la declaración de 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 interrogados por las partes”.

Según esta regla, se altera la metodología de declaración que hemos revisado tratándose de los testigos comunes. En materia de declaración de peritos, estos 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, solo 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 rigurosidad 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, es normal y frecuente que un testigo declarando en forma autónoma, sin la guía del examen directo, se salte un conjunto de elementos relevantes para el caso, o, por el contrario, profundice en aspectos irrelevantes. El perito tiene más familiaridad y práctica respecto de la declaración en juicio, pero aun así el problema está igualmente presente: sea porque el perito no conoce el resto de la información del caso y, por lo tanto, no está en las mejores condiciones para insertar sus conclusiones técnicas en el conjunto del relato; sea porque tiende a hablar en el lenguaje técnico de su ciencia; sea porque no sabe qué hechos son relevantes para las teorías jurídicas en disputa; o bien porque el hecho de ser perito no necesariamente garantiza

²⁸ De hecho, esto se reconoce de manera explícita en el Artículo 321 del Código Procesal Penal.

inteligencia, el hecho es el mismo: la declaración espontánea es menos eficiente en la focalización de la información. También en el caso del perito, la declaración espontánea puede crear serios problemas para la presentación del relato que nos interesa. La posibilidad de la parte de preguntar luego puede mitigar este defecto, pero no siempre; y, en todo caso, con frecuencia, para mitigar los defectos de información es necesario repetir la declaración completa.

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 clara sobre ellos. De otra parte, perjudica al sistema en su conjunto, pues 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 e ineficiencia en la 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; esto dificulta aún más la comprensión clara de su relato, sin que nadie lo detenga para solicitarle que explique en lenguaje común 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, solicitar al tribunal que autorice a que el perito preste declaración por vía de las preguntas del examen directo. Nos parece que no existe ninguna norma que impida esto y, más importante, ningún valor en juego al autorizar esta posibilidad. Por el contrario, aspecto de contradictoriedad 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 puede instruirlo para que su exposición inicial sea realmente breve y resumida, de modo que, en la práctica, la declaración se produzca efectivamente a través del examen directo.

3.2. SELECCIÓN DEL EXPERTO Y SU ACREDITACIÓN EN EL EXAMEN DIRECTO

Al regular el Artículo 314, la hipótesis de procedencia de la prueba pericial en juicio, el Código Procesal Penal deja abiertas las puertas prácticamente a todo tipo de materias. Según esta disposición legal, lo relevante para determinar la necesidad de un perito será el hecho de requerirse un conocimiento especializado. En la sociedad actual, en la que los niveles de especialización son cada vez más intensos, es posible encontrar conocimiento en prácticamente todas las áreas del saber y todas las actividades del hombre.

Debido a lo anterior, la naturaleza de la proposición que deseemos 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, o las reglas del fútbol. 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 (esto es lo que llamamos acreditación o legitimación del perito o experto).

Un aspecto clave a tener presente es que por más idóneo que sea el perito en abstracto, su peso probatorio en juicio depende esencialmente de los elementos de credibilidad que seamos capaces de transmitir (y acreditar) en el juicio. Noten, sin embargo, que esta acreditación es perfectamente susceptible de ser satisfecha –y suele serlo, en los sistemas adversariales más maduros– a través del testimonio del propio testigo. Ese testimonio es materia de examen y contraexamen, como cualquier otra proposición fáctica. De esta suerte, si el perito afirma ser médico, nos relata su formación y experiencia específica en el área de examen, y esas afirmaciones no son controvertidas por la contraparte, hay una poderosa tendencia a estimar que la cuestión de la experticia está acreditada. Si esto basta, diplomas y certificados en principio son superabundantes (salvo, por supuesto, que lo exijan las necesidades concretas de la controversia).²⁹

Así, una etapa realmente crítica en el caso de los expertos es la de acreditación del conocimiento especial que alegan tener. Esta acreditación específica es para el examen del perito, en el juicio. 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 con frecuencia una prueba muy 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, 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, tanto como en el contenido de las declaraciones.

Para cumplir con el objetivo de acreditar a los peritos, nuestras primeras preguntas deben dirigirse a que éste demuestre su experticia. Si este expertizaje se funda en sus conocimientos, las preguntas deben dirigirse hacia elementos como sus estudios, sus doctorados, sus publicaciones e investigaciones (cada uno, dependiendo de la necesidad concreta y de la idoneidad igualmente concreta del elemento en cuestión). En este sentido, por ejemplo, no pocas veces se ve a los abogados llegar hasta las notas del perito en la universidad, cuando, en concreto, que haya tenido mejores o peores notas allí probablemente no aporta ninguna información respecto de su idoneidad en la materia concreta (¿es inusual que alguien que obtuvo malas notas en la Universidad se convierta luego en un experto en cierta materia?).

Si la acreditación se funda en su experiencia, las preguntas se dirigirán a las actividades que ha desempeñado, durante cuántos años, 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.

²⁹ En este sentido, las exigencias de los Artículos 314 y 316 son más bien para que el juez de garantía asegure un piso de seriedad. Se trata de un estándar muy bajo de admisibilidad, que no dice absolutamente nada acerca de que en el juicio el perito pueda resultar desacreditado, o los certificados en cuestión, falsos. La inclusión de estas normas en el título del juicio oral es una circunstancia completamente histórica: originalmente la norma estaba en un Título IX (“De la Prueba”), del Libro Primero (“Disposiciones Generales”). Sin embargo, en la medida en que el conocimiento de la lógica de litigación fue madurando, lo fue también la idea de que solo hacía sentido regular la prueba a propósito del juicio. El famoso título IX fue suprimido entonces, y sus normas trasladadas al juicio. Estas dos, sin embargo, fueron trasladadas también pese a estar dirigidas a la audiencia de preparación del juicio.

El prejuicio común suele situar la experticia de los peritos en los estudios, y ello no necesariamente es así. Existen muchas áreas de experticia en donde al menos tan relevante como los estudios (si no más) es la experiencia.

Veamos un ejemplo. Se trata de la acreditación de un perito (médico general) que declara sobre la gravedad de las 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: ¿Y 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 son necesarios cursos posteriores de especialización.

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

Perito: Siete años regulares, que son los 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 cuánto 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, 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 a lo que vulgarmente las personas identifican como lesiones de distinta gravedad.

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

Perito: Bueno, esta es mi principal actividad profesional.

Fiscal: ¿En cuántos de esos casos el paciente señala que las lesiones provienen de riñas o peleas?

Perito: 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: ¿Sería apropiado decir entonces que usted realiza unas 15 semanales...?

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

Fiscal: ¿Y unas 60 atenciones mensuales?

Perito: Más o menos, sí...

Fiscal: ¿Y cerca de 700 al año...?

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

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

Perito: Sí, ese cálculo parece razonable...

Fiscal: ¿Cuán complejo es, desde un punto de vista médico, realizar un examen 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 corresponde.

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 curación.

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 ha 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 cómo 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 académicas que las de un título médico no son necesarias para construir esa experticia.

Nótese también que, en principio, la prueba de las proposiciones fácticas (“es un médico que hace 9.000 de estos exámenes al año” o “para estos exámenes no se requiere mayor formación médica”) es prueba testimonial: la que ofrece el propio médico. Técnicamente, no hay diferencia entre estas proposiciones fácticas y las otras de fondo que su testimonio prueba (“el paciente tenía la tibia quebrada”). Como cualquier otra proposición fáctica, si la contraparte quiere controvertir la acreditación del perito, eso sigue la lógica general, incluido el debate y prueba de sus antecedentes documentales (Art. 336 y 332, en su caso).

Es importante destacar que la acreditación del perito se constituye en un elemento crucial de la planificación del examen directo. Un error común es que la legitimación de los peritos u otros expertos se mecaniza por parte de los abogados, transformándola en una etapa del examen directo aburrida y sin ningún valor para el juzgador. El buen litigante sabe que esta etapa no está constituida por un conjunto de preguntas formales, mecánicas y estandarizadas, sino por aquellas que en concreto tengan la capacidad de situar a nuestro perito como una persona creíble y experta, y en condiciones de afirmar lo que dice. 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 peritaje “perfecto” para nuestra teoría del caso, se puede perder si el tribunal no cree en su experticia o credibilidad. Un mal perito siempre va a ser un mal perito, no podemos cambiar la naturaleza de las cosas con unas simples preguntas de acreditación. Las preguntas de acreditación no son una suerte de varita mágica que transformarán a la rana en princesa. Sin embargo, el valor que el tribunal puede darle a la opinión de un experto puede ser menor del que realmente tiene si no demostramos su idoneidad, en concreto.

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 interese acreditarlo. Las necesidades de acreditación de los peritos, al igual que la de los testigos legos, 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 litigar supone una adecuada preparación del caso.

Una última cuestión antes de continuar. En muchas ocasiones la acreditación no solo 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 depende tanto de las cualidades personales del perito, como de haber seguido ciertos procedimientos estandarizados y uniformados por la disciplina como la forma idónea de obtener conclusiones. Si este es el caso, la acreditación debe ir sobre ello.

3.3. LA ORGANIZACIÓN DEL RELATO

Una vez que hemos acreditado suficientemente la experticia de nuestro perito, 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 se produce respecto de la organización de la declaración. Respecto de los testigos legos, dijimos que el orden recomendable para estructurar su declaración es 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 los procedimientos llevados adelante para arribar a las mismas. Vamos un ejemplo:

Fiscal: Señor López ¿cuáles son las conclusiones de su informe?

Perito: Bueno, de acuerdo a los exámenes que practicamos sobre 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.

Fiscal: ¿Nos podría explicar en concreto qué significa lo que nos acaba de decir?

Perito: Bueno, es relativamente simple, esto quiere decir que el semen encontrado en el fluido vaginal de la víctima corresponde al acusado debido a que el ADN en ambas muestras es idéntico.

Fiscal: Doctor, ¿es posible que haya dos personas distintas con el mismo ADN?

Perito: Eso es imposible, por lo mismo le puedo asegurar con un cien por ciento de certeza que el semen contenido en la muestra de fluidos vaginales de la víctima corresponde al acusado.

Fiscal: Doctor, ¿podría explicarnos cuál fue el procedimiento que utilizó para llegar a esa conclusión?

Perito: Bueno, 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 ocurrió en el tiempo. Una vez que el experto expone con claridad su conclusión, el litigante vuelve atrás 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, pero esto no es necesariamente así.

No obstante lo anterior –o más bien en complemento de lo anterior– es razonable organizar cronológicamente la declaración del perito tratándose de situaciones en las que el trabajo u operaciones realizadas por el perito suponen una cierta cronología sin la cual resulta difícil entender las conclusiones a las que arriba, o apreciar las relaciones de causalidad. Por ejemplo, cuando el médico debe explicar el desarrollo cronológico de la condición clínica del paciente.

3.4. ATENCIÓN CON EL USO DEL LENGUAJE ESPECIALIZADO

La potencia del testimonio de un experto está 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 descritos, y requieren de una explicación por alguien con experticia. 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, solo somos abogados. Y aunque los abogados solemos comportarnos como si fuéramos expertos en todo, ya hemos dicho que abogados y jueces pueden incorporar su conocimiento privado en la prueba o en el razonamiento judicial. Debemos lograr que el experto sea capaz de explicar en un lenguaje que, como abogados y legos, podamos entender, tanto los litigantes como los jueces. Cada palabra en la que asumamos como obvio que el tribunal está entendiendo, es una proposición fáctica más que estamos entregando a la fortuna: ojalá el juez le dé a esa palabra, ese concepto, esa afirmación, el significado (no explicitado) que el perito está expresando.

La tendencia natural de los expertos es hablar en el lenguaje de su experticia porque, con frecuencia, su rigurosidad profesional se expresa, entre otras cosas, precisamente en la 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? “hablan un lenguaje incomprensible, como si estuvieran 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. Pero, más que ninguna otra cosa, en términos que acrediten proposiciones fácticas sin exigir de los jueces interpretaciones privadas acerca del significado de la afirmación técnica (la diferencia entre “es esquizofrénico” versus “en ese momento era incapaz de discernir que lo que hacía estaba mal...”). Si el experto insiste en utilizar términos difíciles de comprender porque ellos son los más adecuados técnicamente, hay que pedirle que explique su significado en términos legos. 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 perito 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, usted nos acaba de decir que le fueron entregadas dos muestras, una recogida del auto del acusado y otra de la alfombra de la víctima... ¿qué exámenes practicó sobre ellas?

R: Bueno, se practicó el test Diocipren 19.

P: ¿En qué consiste ese test?

R: Consiste en el análisis químico de las muestras en que se les aplica sulfatos nítricos, 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 vierte en la muestra, que produce una reacción que permite identificar la composición química de esos elementos.

P: ¿Y 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 cuerpo?

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 signifiquen 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.

3.5. HECHOS E 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 –podríamos decir– 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, aun así, su declaración es admisible (y muchas veces muy relevante). En el caso de los testigos con experticia, entonces, las preguntas van a adoptar con frecuencia la forma de hipótesis sobre las cuales estos emiten una opinión. Este es el caso, por ejemplo, cuando le preguntamos al médico de refutación: “Doctor, dadas las condiciones descritas, fue el procedimiento adoptado el más adecuado?”. Cuando el médico responde “no”, no está relatando hechos, sino emitiendo una conclusión, que es hipotética en la medida en que depende de “si es que las condiciones descritas eran esas”. Esta es otra particularidad de los testigos expertos pues, como se recordará, las opiniones y conclusiones 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 indicarnos su profesión?

R: Soy médico experto en temas de riñón.

P: Dr. Álvarez, ¿podría decirnos 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 siete 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 práctica de tres años adicionales.

P: ¿Dónde realizó sus estudios de especialidad?

R: 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: ¿Cuál es 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 15 años.

P: Ahora quisiera realizarle algunas preguntas relacionadas con 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? (la radiografía ya está ingresada en la prueba)

R: Bueno, la radiografía presenta una irritación crónica, propia de aquellas derivadas del consumo abusivo y prolongado de alcohol, típica en los pacientes con cirrosis.

P: Dr. Álvarez, según su mejor experiencia profesional, ¿qué soluciones médicas son idóneas para tratar la cirrosis?

R: El tratamiento ordinario es la abstinencia de por vida y la medicación y, en casos extremos, la extirpación del órgano dañado.

320321

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 derecho, 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– extirpó indebidamente el riñón”). Este tipo de examen presenta la dificultad de hacer que la hipótesis sea realmente representativa del caso en juicio (cuestión que todavía vamos a tener que probar), lo cual está asociado con la especificidad de la información y con las condiciones descritas. En este ejemplo, la radiografía fija las condiciones; pero no siempre vamos a contar con prueba independiente tan explícita. Si el ejercicio resulta demasiado vago y poco representativo, entonces no podremos evitar el argumento de la contraparte: “tal vez la conclusión del doctor sea correcta dadas las condiciones que mi contraparte le describió, pero esas no son las condiciones en que tuvo lugar el caso que nos ocupa...”.

3.6. CONTROL, CONTROL Y MÁS CONTROL

Finalmente, una última cuestión que debemos enfatizar respecto del examen directo de los peritos y testigos expertos se refiere al rol del abogado. 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 y obtener la información que necesitamos. 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 constituye un buen escenario para que los expertos se dejen llevar por la oportunidad para extenderse innecesariamente en temas no relevantes para el caso. El abogado debe ser capaz de llevar 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.

4. El contraexamen de peritos y testigos expertos

Las reglas de litigación del contraexamen de peritos y testigos expertos también quedan básicamente sometidas a las que hemos revisado tratándose de testigos legos. Tal vez lo que constituye el principal desafío en esta categoría de testigos es que, en una parte importante de casos, el 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, pues obliga al litigante 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 perito o derechamente asesorarse por otro experto de la misma disciplina, que pueda orientar nuestro trabajo en el contraexamen, revisar lo que el perito ha ya escrito previamente en el tema, y otras actividades similares de preparación. 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 contraexamen adversarial (vgr. desacreditar su testimonio) en materias de experticia, es como planificar un triunfo en un partido de fútbol contra Brasil de visita, y con dos jugadores menos. No es imposible, pero es probablemente uno de los ejercicios de litigación de mayor dificultad. Todas las destrezas se ponen a prueba al contraexaminar peritos. Cuidado con la tentación, y cuidado también con la ambición. En estos casos, mucho más que con los testigos legos, “el tonto” no es tan tonto y, si voy por lana, hay una buena chance de salir trasquilado.

Con todo, el contraexamen de peritos es un ejercicio que hay que enfrentar. Es posible identificar cuatro líneas clásicas de contraexamen de peritos. 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. Al igual que en la desacreditación de los testigos, no se trata de líneas abstractas sino de posibilidades que, puestas en casos concretos, permitirían tener un punto relevante.

4.1. PRIMERA LÍNEA: “INTERÉS”

Al igual que los testigos legos, los peritos también pueden ser desacreditados por interés. Esta línea de contraexamen puede adoptar varias formas.

En primer lugar, los peritos tienen la particularidad de que en una cantidad importante de casos cobrarán remuneraciones por sus peritajes y declaraciones en juicio. Esto no constituye un problema en sí mismo, todo profesional tiene derecho a percibir remuneraciones por el trabajo que desempeña. Sin embargo, si averiguamos que las remuneraciones que ha recibido este profesional (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 de su mejor capacidad profesional, 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 esta 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 del hecho que el perito cobró legítimamente por un trabajo realizado. Además, hay que tener presente que la cuestión de credibilidad se recorta por la adecuación de los montos al trabajo de ese perito, y no por lo que habitualmente cobra un perito, ni por lo que se suela cobrar en la plaza.

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. También aquí, se trata de tener una línea concreta en este sentido, y no de salir a pescar en abstracto. Así, que los peritos dactiloscópicos de la policía declaren siempre por la persecución no basta para hacer la línea de contraexamen; necesitamos, a partir de allí, tener información concreta de que hay razones para creer que este perito pueda estar predisposto.

Una tercera versión de esta línea es explorar las cuestiones asociadas a la carrera profesional y el prestigio. El perito suele ser miembro de una comunidad de conocimiento (eso es lo que suele hacerlo perito) y, en tanto tal, muchas veces sus informes comprometen su prestigio y posición en dicha comunidad. Esto podría incitarlo a defender sus conclusiones o a acomodar la información más allá de lo que sería riguroso sostener. Después de todo, el contraexamen suele tomar formas que implican algún grado de desacreditación profesional de quien se presenta ante sus pares como un experto. También aquí, sin embargo, deberemos cuidarnos de tener una línea concreta y no simplemente salir a pescar o sugerir la línea en abstracto, sin referencia a información precisa alguna.

Como ya hemos dicho, hay que tener cuidado en la ejecución de esta primera línea y de las conclusiones que se pueden obtener, cualquiera sea su versión. No cualquier cosa desacredita en los hechos al perito; las meras sugerencias de los abogados no constituyen prueba; ni la constituyen las meras preguntas con prescindencia de las respuestas. En la medida en que el conjunto de circunstancias del caso efectivamente sea poderoso, se debieran explorar estas líneas. En caso contrario, probablemente terminemos reforzando la credibilidad del perito: nuestro contraexamen le habrá dado la oportunidad para reafirmar sus conclusiones, para que el tribunal las escuche nuevamente, para extenderse acerca de cómo ellas son creíbles, y todo ello con la legitimidad de que, habiendo hecho nuestro mejor esfuerzo por desacreditarlo, su declaración se mantuvo incólume. A lo anterior debe sumarse todavía la nunca despreciable consideración de que en la credibilidad del caso tiene un rol también la credibilidad que el litigante le proyecta a los jueces, y que esta credibilidad se daña cuando nuestro contraexamen sugiere promesas que terminan arando en el agua (cuando salimos a pescar, o nuestras preguntas no son avaladas por las respuestas, al menos en un grado razonable).

4.2. SEGUNDA LÍNEA: “EL PERITO NO ES EL EXPERTO QUE DICE SER”

Una segunda línea de desacreditación de peritos se produce cuando podemos mostrar en el juicio que el supuesto experto que ha traído la contraparte en realidad no tiene las calificaciones o experiencia que se habían sugerido 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 fue expulsado de varias de ellas por negligencia o 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 y 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 (situación más que frecuente en nuestro país). Ese doctor podrá estar muy bien acreditado para declarar sobre 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 de nuestro ejemplo es perfectamente lego y, por lo tanto, su opinión irrelevante si es que no pertenece al sentido común.

4.3. TERCERA LÍNEA: “EL PERITO NO PUEDE AFIRMAR CON CERTEZA LO QUE DICE”

En las disciplinas técnicas suele ser frecuente que no sea posible afirmar con completa certeza una conclusión. Aun cuando la conclusión 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: “este testigo no puede afirmar con seguridad lo que dice”. Hay que tener cuidado en este punto. Hay veces en que los litigantes tienen la tendencia a capitalizar más de lo que pueden. No cualquier margen de error es relevante para desacreditar al perito y, como siempre, este debate hay que tenerlo en concreto: qué significa este margen de error en el caso particular, puesto en relación además con el resto de la prueba.

Si el experto no está dispuesto a reconocer márgenes 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.

4.4. CUARTA LÍNEA: “ESTE PERITO NO ESTÁ SIENDO FIEL A SU PROPIA CIENCIA”

Una última línea clásica de desacreditación de los peritajes tiene que ver con la fidelidad con que el perito realizó sus operaciones y obtuvo 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 dónde quedarían los innovadores y los genios que han producido cambios copernicanos en sus disciplinas?), pero ciertamente ello traslada al perito una “carga de la prueba” mucho mayor, y ese es un factor que juega en nuestro favor en el contraexamen.

Una segunda modalidad se da cuando el perito no es fiel a su ciencia en el sentido de utilizar los procedimientos acreditados y considerados idóneos en su área para obtener conclusiones. Buena parte del rigor de las disciplinas científicas más duras se basa en la utilización de procedimientos muy específicos que permiten validar resultados. Cuando esos procedimientos no son seguidos, los resultados, por impresionantes que sean, normalmente carecerán de valor para quienes cultivan las respectivas disciplinas. En consecuencia, si hay un error o un cambio relevante en el procedimiento utilizado, normalmente la conclusión se deteriora.

Finalmente, una tercera modalidad se produce cuando el perito no es fiel a “su ciencia personal”: 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 de lo que afirma hoy). La pregunta entonces es ¿qué credibilidad tiene alguien que cambia de versiones? Al igual que en el primer caso, esto no significa que el perito no pueda ser creído, pues 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 somos capaces de poner en la mesa esta contradicción, le ponemos al perito una carga de justificación mucho mayor.

5. 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, es el uso que se da al informe pericial escrito. En efecto, suele confundirse cuál es la función que este informe cumple en el juicio. 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 Penal³⁰, 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 de 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 legos, y ha sido reconocida en forma expresa en nuestro código en el Artículo 329. De acuerdo a este mismo Artículo, la declaración del perito no puede ser sustituida 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 de 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 su teoría del caso. Para la contraparte, a su vez, el informe será una pieza clave para preparar el contraexamen o, aun 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 y 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. Si se tiene al perito declarando en juicio, no se ve para qué se podría querer su informe. Con frecuencia, cuando hemos discutido el punto con jueces hemos recibido respuestas del tipo “es que los informes periciales tienen información compleja que hay que revisar luego con más calma”. Sin embargo, es el ejercicio de examen y contraexamen el que debe poner ante los jueces toda la información relevante del peritaje, hasta que esos jueces no tengan dudas respecto

³⁰Se trata de una interpretación errónea ya que el Artículo 315 está pensado para la audiencia de preparación de juicio oral. Valga respecto de esta norma la explicación histórica de la nota anterior. 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 mínima 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.

de cuáles son las conclusiones del perito y cómo llegó a ellas. Esto ciertamente se daña cuando el examen del perito no hace más que pedirle a este que reproduzca su informe escrito, el cual no necesariamente está diseñado para contener toda la información que el juez necesita escuchar respecto del peritaje; pero, como hemos dicho, la función del perito no es sentarse a repetir como un papagayo su informe pericial, sino a explicarlo, a sintetizar sus diagnósticos y conclusiones en proposiciones fácticas, a traducir sus expresiones en términos comprensibles. Si el perito hace esto a cabalidad a través del examen y contraexamen, el informe es completamente superabundante. Y, al contrario, si el perito no hace esto a cabalidad y los jueces extraen información del informe que no estuvo contenida en la declaración del perito en juicio, están recurriendo a su conocimiento privado (lo cual es razonamiento judicial prohibido y fuera de prueba, como ya hemos dicho). Supongamos que el peritaje dactiloscópico se hizo con una huella levantada que solo contenía nueve puntos dactilares. Supongamos que el punto no es abordado por el examen y contraexamen del perito. Si el juez lee el informe pericial e interpreta que “no es posible identificar una huella dactilar con solo nueve puntos”, está incorporando su conocimiento privado y razonando fuera de prueba: nadie le preguntó al perito sobre eso y este nada dijo. Tal vez si le hubieran preguntado, nos habría dicho que la identificación dactiloscópica hoy ha evolucionado, que se hace distinto de como solía hacerse, que la tecnología ha mejorado (desde la época en que el juez leyó ese libro, o escuchó, en otro juicio, que se requerían 12 puntos dactilares), y que hoy es posible identificar una huella con esos nueve puntos. La cuestión es que no sabemos lo que el perito habría dicho y, siendo materia de experticia, los jueces no pueden interpretar el contenido del informe desde su propio conocimiento privado, ni siquiera con el pretexto de suplir deficiencias del examen y contraexamen. El informe escrito del perito, entonces, no puede, en general, constituir prueba ni ser ingresada al juicio como tal (salvo los casos del Art. 331) y, siendo ello así, los jueces no tienen acceso a su contenido sino para el uso –vital pero distinto– de refrescar la memoria o demostrar inconsistencia con declaraciones previas.

Lo que no puede ingresar en la prueba es el informe pericial, en tanto tal. Esto no significa que productos elaborados por el perito –que pueden o no ser piezas contenidas en el informe– no puedan ser usados en el juicio en el contexto de la declaración del perito y eventualmente, ser ingresados en la prueba, según explicábamos en el capítulo VII relativo a la prueba material. Ese es el caso, por ejemplo, de los diagramas, tablas, líneas cronológicas, simulaciones computacionales u otras formas de apoyo gráfico confeccionadas por el perito, reconocidas por él durante su examen, y utilizadas para graficar su testimonio.

Capítulo IX

El alegato de apertura

Introducción

Hasta ahora hemos centrado nuestra atención en producir la prueba. No obstante, dichas pruebas son piezas de un rompecabezas que el tribunal todavía tiene que armar en su mente. El rompecabezas es nuestra teoría del caso, que surge de la prueba presentada, en unas ocasiones más nítida que en otras. Es por eso que necesitamos explicar al tribunal de qué manera debe mirarse la evidencia del juicio. 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.

El alegato de apertura es una actividad fundamental del litigante, pues constituye la oportunidad para presentar su teoría del caso ante el tribunal. Por medio del alegato de apertura los jueces tomarán por primera vez contacto con los hechos y antecedentes que fundamentan el caso de la parte. 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 solo contiene información mínima acerca del caso y, sobre todo, la pura enumeración de la prueba ofrecida por las partes y admitida, en principio, al juicio.

En el capítulo II decíamos que la teoría del caso es un ángulo, un punto de vista desde el cual mirar la prueba, en términos tales que si el juez la mira desde allí, verá en ella lo que nosotros vemos. Si el juez escucha al médico describir los hematomas de la mujer desde la teoría del caso de la fiscalía, lo que leerá es “hubo forzamiento”. En cambio, si escucha al médico desde la teoría del caso del defensor, lo que leerá es “no sabemos si esos hematomas pudieron ser producidos por sexo violento, pero consentido”. El alegato de apertura es por excelencia el momento para ofrecer ese “punto de vista” para la apreciación de la prueba. No la valoración o el peso de la misma (pues todavía no se ha presentado), sino el ángulo desde el cual leerla. Este es el momento para comenzar a configurar la disposición mental del juzgador hacia el caso y la prueba.

Como complemento de lo anterior, los alegatos de apertura permiten crear en los jueces una primera impresión acerca del caso, lo que será crucial para el desarrollo del juicio. Así, por ejemplo, la primera impresión que el tribunal adquiera sobre la credibilidad de la teoría presentada por el acusador o el defensor tendrá no poca influencia, facilitando a los jueces evaluar luego la prueba concreta contra la teoría del caso general ofrecida en el alegato de apertura.

Por último, el alegato de apertura organiza la información y el relato para los jueces. En un escenario en que estos van a escuchar la información por primera vez, la claridad, orden, sistematicidad y organización de la información y de los relatos es crucial. Mucho antes

que la valoración de la prueba, necesitamos urgentemente que los jueces entiendan qué es lo que la prueba va a decir, y que estén en condiciones de reconstruir la historia que subyace a nuestra teoría del caso. En el juicio, en cuyos relatos concurren multiplicidad de testigos, peritos, objetos, documentos, cada cual con historias más completas o parciales, más consistentes o contradictorias, necesitamos en primer lugar que el juez pueda navegar por toda esa información; necesitamos proveerlo de un mapa.

Si no le ofrecemos al tribunal este punto de vista y esta hoja de ruta para el caso y la prueba, una vez más estamos confiando en la fortuna: la fortuna de que el juez sea lo suficientemente inteligente, sagaz, perspicaz, experto, hábil, abierto, desprejuiciado, ordenado o sistemático; la fortuna de que pueda obtener de la prueba todo lo que es posible obtener de ella, y nada más que eso; y, por sobre todo, la fortuna de que el juez no se aproxime al juicio y la prueba desde la teoría del caso de nuestra contraparte. Y, el profesionalismo consiste en suprimir la confianza en la fortuna.

Lo mismo que en 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 rigurosamente cada uno de los momentos en que le corresponde intervenir, de manera de presentar una teoría del caso coherente y creíble.

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 queremos poner sobre la mesa simplemente algunos elementos a tomar en consideración para realizar esta labor.

1. 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. Los Artículos 325 y 326 regulan 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), este 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 ofrecer 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 desde un punto de vista conceptual como desde su regulación normativa, no presentan mayores dificultades. Se trata de una actividad relativamente simple y con objetivos muy específicos y claros. No obstante, 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 la 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 de él.

2. 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 no resulta conveniente 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 sabio desaprovecharlos. ¿Cuáles son estos “no” básicos? o ¿cuáles son los errores más comunes en la ejecución de alegatos de apertura?

2.1. EL ALEGATO DE APERTURA NO ES UN PURO EJERCICIO DE RETÓRICA U ORATORIA

Uno de los problemas tradicionales que se puede observar en nuestros alegatos de apertura es una cierta tendencia de los liti-gantes a sobreutilizar palabras y transformar el alegato en una suerte de declamación retórica. En nuestro país, pareciera que los abogados tenemos la compulsión de agregar más palabras a todo lo que decimos, como si nuestra remuneración se fijara por palabra pronunciada. Las palabras, imágenes retóricas u otras equivalentes pueden ser útiles, pero atención, que si no están al servicio de una teoría del caso sólida y consistente, por sí mismas no tienen ningún valor en el alegato de apertura y deben ser evitadas.

2.2. EL ALEGATO DE APERTURA NO ES UN ALEGATO POLÍTICO NI 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. Transformarlo en un alegato puramente emocional (“hagamos llorar a los jueces”) o hacer de él principalmente una tribuna para alegatos políticos (“esto es culpa de la cesantía”), desperdician la oportunidad del litigante de hablarle al tribunal en el lenguaje de los hechos y de la prueba que los acreditarán. Alegatos puramente emotivos o políticos pueden predisponer al tribunal negativamente respecto de nuestro caso, en la medida en que transmite a los jueces el mensaje “aquí hay puros fuegos artificiales, el abogado no tiene nada más”. Si no ofrecemos una versión y, por el contrario, intentamos hacer de nuestro caso un tema puramente político u emocional, no le hemos entregado nada al tribunal para poder procesar adecuadamente la información que presentaremos en el desarrollo del juicio (considerando que ninguno de ambos elementos parecen parte de un buen razonamiento judicial: “le creímos a la víctima porque nos conmovió su dolor”; “eximimos al imputado porque ha tenido una vida dura”).

2.3. EL ALEGATO DE APERTURA NO ES UN EJERCICIO ARGUMENTATIVO

Otro defecto muy común de litigación es que las partes comiencen a emitir conclusiones y a argumentar acerca de la prueba en este momento inicial del juicio. Esto es tanto inadmisibile desde un punto de vista normativo, como arriesgado desde el punto de vista de la litigación. A diferencia del alegato final, el alegato de apertura no es un ejercicio argumentativo.

Desde un punto de vista normativo (el sistema de prueba), no hay todavía producción de evidencia, de manera que cualquier ejercicio de argumentación concreto está fuera de prueba, es por tanto irrelevante y, por esa causa, inadmisibile (“el Sr. Testigo ocular no pudo haber visto a mi cliente, porque estaba a 54 metros del lugar y varios autos obstaculizaban su visión; además es ciego y odia a mi cliente...”). Cuando el alegato cruza la línea entre el anuncio y la argumentación, es causal de una legítima objeción. Como todas las objeciones, no se trata de ejercicios de depuración técnica, sino de consideraciones estratégicas destinadas a proteger la calidad de la información y el daño concreto al caso de la contraparte por ella evaluado (“el defensor está introduciendo información que no está en la prueba, si el defensor puede argumentar precisamente lo que está llamado a probar, entonces la comparecencia del testigo es innecesaria... ¿no?”). Como la prueba no ha sido aún presentada, no es la oportunidad para sacar conclusiones acerca de ella. Eso es algo que dejaremos para el final del juicio en los alegatos finales.

Desde el punto de vista de litigación, cada promesa hecha en el alegato de apertura e incumplida en la prueba va a ser cobrada por el tribunal en moneda de credibilidad. En el ejemplo que poníamos más arriba, resulta que el sr. testigo ocular toma el estrado, su declaración es que estaba apenas a unos metros, un auto obstaculizó su visión por un momento, tiene problemas a la vista, pero solo para leer, y sí, cuando eran jóvenes tuvieron una pelea, pero eso fue hace muchos años. Esta es la declaración prestada consistentemente en el examen directo, y el contraexamen no tiene información independiente sobre todas las cosas que nos había prometido en el alegato de apertura. Solo un contraexamen del tipo “mi propia historia” le había anunciado a los jueces un conjunto de debilidades de este testimonio que, finalmente, no logro sostener. A los jueces suele no gustarles esto, y no por malas razones: les transmite la sensación de que estamos dispuestos a decir cualquier cosa con tal de ganar, a tergiversar la prueba o a hablar sobre una prueba que no conocemos realmente. Y los jueces siguen: “si el abogado hizo eso respecto de este testigo en que lo descubrimos, ¿en qué otras cosas no estará haciendo lo mismo y no lo hemos detectado?”. Quizás la solución sea no creer nada de lo que el abogado dice.

El alegato de apertura no es, entonces, un ejercicio argumentativo.

2.4. EL ALEGATO DE APERTURA NO ES UNA INSTANCIA PARA DAR OPINIONES PERSONALES

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 perfectamente irrelevantes en este sentido. En consecuencia, se debe evitar la tentación de transformar esta etapa de litigación en una diatriba de opiniones irrelevantes del tipo “todos conocemos la calidad de la investigación de la policía”. Lo que esta frase oculta, en verdad, es una opinión del

abogado en el sentido de que las investigaciones policiales son de mala calidad. Pero lo que importa realmente no es cómo se hacen “las investigaciones policiales” (supuesto que la expresión tenga realmente algún significado), sino cómo se hizo esta investigación. Y eso es una cuestión de hecho, materia de prueba para la evidencia, no de opinión para el abogado.

3. Aspectos estratégicos a considerar en la estructuración de un alegato de apertura

Revisemos ahora qué factores o elementos sí deben tenerse a la vista, desde un punto de vista estratégico, para estructurar un alegato de apertura; es decir, qué es lo que debemos tener en mente al momento de sentarnos a preparar un alegato de apertura.

Nos parece que dos son las cuestiones principales, a partir de las cuales resulta posible realizar varias recomendaciones específicas en la materia. Estas son que los jueces no conocen el caso; y que la credibilidad se construye desde esta actuación.

3.1. LOS JUECES NO CONOCEN EL CASO

El primer elemento clave al estructurar estratégicamente el alegato de apertura será situarnos en la cabeza de los jueces y entender que para ellos esta es la primera actividad sistemática en la que se impondrán del contenido de la causa 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, ha investigado el significado de los peritajes, se ha entrevistado con los testigos y ha repasado sus declaraciones varias veces, insertándolas en el conjunto. Producto de este trabajo, llega a juicio con el caso “en la piel” y cuesta desprenderse de este conocimiento, como un observador externo, preguntarse “si yo no supiera nada de este caso, ¿tendría sentido lo que estoy escuchando?, ¿me bastaría?, ¿entendería la historia?, ¿le creería?”.

En este contexto, un error común de los abogados en los alegatos de apertura es que lo hacen desde la imagen mental que ellos tienen del “expediente”, y no desde las necesidades de información que tienen los jueces. Hablan (en forma explícita o implícita) como si el caso y sus detalles fueran conocidos por los jueces (como si ellos también hubieran leído el expediente, o como si el relator les hubiera hecho ya una relación). Sin embargo, en un sistema que se toma en serio los principios de inmediación y contradictoriedad, la información que conocen los jueces antes del caso tiende a cero desde el punto de vista de sus necesidades de convicción. 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 explicarle a los jueces, en la versión más sencilla posible, en qué consiste el caso y cuál es la hoja de ruta para la prueba.

Este primer elemento de la dinámica del juicio va a imponer un conjunto de recomendaciones para los litigantes, tales como la importancia que tienen los primeros momentos del alegato, la conveniencia de buscar un tema que permita etiquetarlo, o la necesidad de humanizar el conflicto. Iremos sobre ellos en la próxima sección de este capítulo.

3.2. LA CREDIBILIDAD SE CONSTRUYE A PARTIR DEL ALEGATO DE APERTURA

Ya hemos destacado con cierta reiteración en otros capítulos 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 como litigantes profesionales y confiables. En buena medida, esa labor comienza en el alegato de apertura. Desde este momento inicial del juicio el litigante entrega elementos para que el tribunal realice juicios de credibilidad sobre su caso, su prueba y el mismo litigante. Siendo así, debe tenerse especial cuidado de evitar que los defectos de litigación puedan hipotecar esta credibilidad; especialmente en esta primera actuación, cuyas consecuencias en no pocas oportunidades irrigan todo el resto del juicio. Es a partir de esta idea, por ejemplo, que el abogado debe tener extremo cuidado en no exagerar el mérito de sus pruebas, no ofrecer conclusiones que todavía no encuentran respaldo en la evidencia, y anticipar y explicar las debilidades de su caso si es que estas van a ser conocidas en el juicio. Iremos sobre estos elementos en la sección que sigue.

4. 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 deben ser consideradas. A continuación revisaremos estos aspectos.

4.1. 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, eventualmente, su vinculación con las normas aplicables, pero no extraer conclusiones de la prueba que aún no se ha presentado al juicio, ni menos realizar apelaciones argumentativas al proceso de razonamiento de los jueces.

Algunos ejemplos para ilustrar:

- “Vamos a escuchar en este juicio al señor Carrasco, quien 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 mi 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 solo tuvo algunos instantes para ver el rostro de mi representado, mientras ambos estaban envueltos en un tiroteo tratando de matarse y, por cierto, el señor Carrasco cu-briéndose tras el mostrador, más preocupado de esquivar las balas que de 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 –aun cuando advierte que luego se van a hacer juicios de credibilidad–, en el segundo la afirmación es una inferencia que se reclama del juzgador (“el señor Carrasco no habría tenido realmente una oportunidad genuina de reconocer al asesino de su esposa y, por lo tanto, su testimonio en ese sentido debe ser descartado...”). Esta es una conclusión que el abogado podrá argumentar en el alegato final, una vez que se haya presentado la prueba en cuestión, y si es que la prueba concreta le alcanza para ello.

4.2. LA EXTENSIÓN DEL ALEGATO

Más allá de las disposiciones legales que regulan la materia (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 (como todos los seres humanos) y que, por lo mismo, lo que exceda de dicha capacidad de atención se desperdicia. El litigante debe estar alerta para evaluar esta situación.

Si es posible concentrar los elementos del alegato en un tiempo menor y ello no perjudica su claridad ni su estructura, es conveniente realizarlo tan breve como sea posible. Mientras más tiempo transcurre, la tentación de incluir información irrelevante o inadmisibile crece también, en ocasiones simplemente por no saber “como salir”. Debe tenerse presente lo que señalamos anterior-mente: para un tribunal que no conoce el caso, atiborrarlo de información al inicio puede oscurecer más que iluminar, porque el exceso de información puede traducirse en confusión y no necesariamente en más elementos para la comprensión del caso.

No hay nada que impida tener un alegato de apertura de calidad e impacto en un tiempo breve. Si, por el tamaño del caso y la cantidad de prueba, un alegato de apertura debe alargarse, entonces cómo sobrellevar esa extensión es una preocupación para el litigante. Pero la relación no es necesariamente proporcional: un caso grande no exige necesariamente un alegato de apertura extenso.

4.3. SIN OPINIONES PERSONALES

El alegato de apertura, dijimos, no debe contaminarse con opiniones personales del litigante. La introducción de las opiniones del abogado le quitan credibilidad y fuerza al planteamiento, porque suelen argumentar precisamente aquello que están llamados a probar (y los dichos del abogado no son prueba, ni relevantes en tanto tal). Veamos un ejemplo:

El defensor señala: “En mi opinión se estaría cometiendo una gran injusticia si se condena a mi cliente; él es incapaz de cometer un crimen como el que se le acusa, y es también mi opinión que la investigación del fiscal fue defectuosa y poco profesional...”.

La opinión acerca de la “injusticia” argumenta precisamente lo que está llamada a probar: que el acusado es inocente (solo entonces es una injusticia...). Lo mismo la afirmación “él es incapaz de cometer el delito” y aquella otra respecto de la investigación. Noten que no se trata de que estas ideas no puedan ser expresadas. Pero la forma en este caso no es una cuestión menor: ¿le estamos realmente anunciando al tribunal que nuestro caso va a

consistir en probar estos hechos, y que debe poner atención a la prueba en este sentido? Si es así, la idea de la gran injusticia no aporta mucho, pues solo equivale a decir “él es inocente” (cosa que, todos sabemos, es trabajo del tribunal decir); respecto de las otras dos afirmaciones de hecho, más nos vale tener prueba afirmativa que las acredite, porque el tribunal nos va a pedir cuentas. Si no tengo prueba y ello me fuerza a adoptar un tono de “no quería decir que lo fuera a probar, era solo un ejercicio retórico, una opinión”, eso es pura pérdida.

4.4. 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 luego con evidencia deteriorará la credibilidad del abogado y de la teoría del caso que está sustentando. Adicionalmente, le dará al juzgador la imagen 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 prometió en la apertura. La técnica del “vendedor de autos usados”, de prometer maravillas, no es conveniente ni útil para la construcción de credibilidad. Ejemplos de este tipo de errores 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 esto: “...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 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 ¿por qué la promesa del fiscal?, ¿no será más bien 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 atención a lo anterior, el abogado debe asegurarse de mencionar en el alegato de apertura solo aquellos hechos que los testigos o el resto de las pruebas que se presentarán en juicio realmente pueden acreditar, sin “jugársela” por información que no está seguro de obtener (mucho menos si sabe que no la podrá obtener, como en el caso de nuestro ejemplo). La exageración del abogado no suple las deficiencias de la prueba, más bien todo lo contrario.

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.

4.5. 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 del caso en la forma más transparente posible desde el inicio del juicio, sin ocultar información que pueda ser conocida por la contraparte y que pudiera en definitiva ser usada en nuestra contra.

No se trata de entregarle a nuestra contraparte los instrumentos para que gane el juicio, ofrecerle toda la información que poseemos, o revelar nuestras propias dudas acerca de ciertos elementos del caso. Se trata simplemente de evitar que la información que puede constituir una debilidad de nuestra teoría del caso o de la prueba –y que creemos posible salga a relucir en el juicio– sea ofrecida por nuestra contraparte en el tono y la versión que ella escoja. Tuvimos oportunidad de discutir este punto a propósito del examen directo y aquí lo volvemos a repetir en la misma lógica que fue revisada en dicha oportunidad.

Veamos un ejemplo:

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 ante-cedentes 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. En ese contexto, quizás prefiramos adelantar dicha debilidad y tener la oportunidad de explicarla en aquella porción en que sea explicable, 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 este la habría golpeado; la fiscalía va a intentar retratar al señor Riesgo como un marido golpeador y brutal, que cotidianamente golpea a su mujer... la prueba va a mostrar, sin embargo, que mi cliente no tiene ningún antecedente como un sujeto que ejerza violencia intrafamiliar, en diez años de matrimonio; aunque es verdad que mi cliente golpeó a su mujer en aquella ocasión hace meses atrás, la prueba va a mostrar que 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... 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– se vea como un gusano (siempre existe menos dificultad en condenar a un gusano que a una persona...); 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 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...”; “su mujer debería separarse de ese animal, pero aquí estamos discutiendo responsabilidades penales...”; “con todo, son dos incidentes en diez años... ¿no disminuye eso la idea de que ‘si lo hizo antes tal vez también ahora’...?”; etc.). En conclusión, al igual que a propósito del examen directo, la idea de anticipar debilidades solo se justifica en la medida en que, junto con anticiparlas, puedan proveer al tribunal de otra versión, igualmente razonable y creíble, que la que ofrece la contraparte (¿recuerdan el “test de la superposición”?) sobre ellas. Esta otra versión no puede simplemente inventarse, debe estar avalada por la prueba (debe ser creída por los jueces, como cualquier otra proposición fáctica del juicio).

4.6. 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 de la teoría del caso y de la prueba. Además, caer en excesivos detalles en esta actuación inicial del juicio puede tener efectos negativos en otros sentidos. En primer lugar, si los jueces conocen con detalle las declaraciones de los testigos, es posible que les presten menos atención. En segundo lugar, la repetición de los detalles por parte de los testigos en forma similar a la planteada por el abogado puede prestarse para pensar que estos se están limitando a repetir un libreto previamente preparado por aquel, con la consiguiente pérdida de credibilidad para el testimonio. En tercer lugar, es siempre posible –y, la verdad, más que probable– que los testigos no declaren exactamente lo mismo (nunca lo hacen), lo cual nos dejará frente a los jueces con promesas incumplidas o, peor, con información contradictoria respecto de nuestros propios testigos.

4.7. LA IMPORTANCIA DE PERSONALIZAR (HUMANIZAR) EL CONFLICTO: EL “TEMA”

A todo conflicto jurídico subyace un problema que puede ser apreciado desde una perspectiva de justicia. Incluso el caso más árido. Por ejemplo, un reseco caso de seguros puede perfectamente consistir en que “el demandante cumplió responsablemente su contrato, pagando la prima religiosamente durante diez años; sin embargo, después de haber lucrado diez años a costa de mi cliente, la compañía se niega ahora a responder...”. Esto es tanto más cierto en los casos penales. No se trata de que los jueces deban guiarse por criterios morales y no por el derecho. Sin embargo, tanto el derecho como la prueba ofrecen con frecuencia diferentes vías para recorrer. Y, cuando los jueces están llamados a tomar esas opciones, no les resulta irrelevante saber que lo que están haciendo no solo es acertado desde el punto de vista jurídico, sino también correcto desde el punto de vista de la justicia. Esto les ofrece un incentivo moral para adoptar la interpretación del derecho que les estamos proponiendo.

Por lo mismo, desde el alegato de apertura el abogado debe intentar personalizar el conflicto; no discutir solo en abstracto, sino que dar cuenta de que en el caso se juegan cuestiones muy concretas para 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 teatrales

palabras (en contra del prejuicio popular sobre los juicios orales, eso rara vez resulta). 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. Será importante mostrarle eso al tribunal pues conocer esa información puede permitir que valoren o procesen de una manera distinta el caso.

5. 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 deban estar presentes, ni menos de un orden en el que los mismos deban presentarse. Tampoco se incorporan todas las cuestiones que un alegato de apertura puede contener.³¹

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, el resultado normalmente será un alegato rígido y poco efectivo. Lo que queremos es darle al lector ideas para construir su alegato.

5.1. INTRODUCCIÓN

Los primeros momentos del alegato de apertura resultan fundamentales para fijar en la mente de los juzgadores una primera impresión acerca de nuestra teoría del caso. En estos momentos 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 en general por la presentación de nuestra teoría del caso de manera clara, así como los temas que este involucra.

5.2. IDENTIFICACIÓN DE LOS PRINCIPALES INTERVINIENTES EN EL CASO

La identificación de los intervinientes resulta muy útil porque permite a los abogados personalizar y humanizar un conflicto que hasta ese momento los jueces solo conocen en abstracto. En la medida en que los juzgadores logren identificar a una determinada persona, se habrá obtenido un gran avance.

En este sentido, las personas tienen nombres, apellidos, características y atributos concretos. Toda la gracia de estos atributos es que permiten identificar a las personas y distinguir las unas de

³¹ 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 de nuestro país.

otras. En este sentido, si el defensor quiere estar permanentemente recordándole al tribunal que su cliente es “una persona acusada de homicidio”, no tiene más que referirse a él como “el acusado”; si quiere enfatizar que tiene un contrato de prestación de servicios profesionales, puede seguir llamándolo “mi representado”. Pero, si lo que quiere es personalizar el conflicto, en juicio, probablemente valga la pena que se refiera a él como “Jorge Maldonado”.

Cuidado con hacer de esta individualización una larga lista de nombres y datos más allá de lo que el tribunal esté en condiciones de digerir a esta altura del juicio. Esto incluye aquellas identificaciones que son irrelevantes para efectos de la identificación al servicio de la historia (por ejemplo, el tribunal no necesita saber dos nombres y dos apellidos, tal vez incluso con el puro nombre de pila o el puro apellido baste).

La identificación puede cubrir no solo aspectos formales como el nombre, sino también algunos elementos que permitan ubicar a la persona en el relato (“Gloria, la hermana de la víctima”) e, incluso, algunos que puedan iniciar predisposiciones mentales para la valoración posterior de credibilidad (solo a nivel de anuncio, recordemos).

Ejemplo:

Tratándose del fiscal en un caso de lesiones: “Señores jueces, vamos a oír a don Martín Ramírez, un profesional y padre 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, se encuentra con su pierna izquierda 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, cédula de identidad y profesión), sino desde el punto de vista de quién era antes de ser víctima y del impacto que ha tenido el cuasidelito 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 de lesiones” y se convierte en una persona de carne y hueso, respecto de quien el hecho ha producido efectos importantes.

5.3. *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 y para tener una adecuada comprensión de cómo ellos ocurrieron. Por lo mismo, resulta conveniente en el alegato de apertura construir una imagen del lugar en que el delito fue cometido. De nuevo, esta descripción no debe ser asumida como una pura formalidad, sino ser puesta al servicio de la historia. Lo mismo que en todo el resto del alegato, hay que cuidar también el exceso de detalles que distraigan la atención del tribunal, confundan la foto general, o hagan promesas de prueba que no serán cumplidas.

5.4. *BASES PARA LA ABSOLUCIÓN O CONDENA: EL DERECHO*

Muchos alegatos de apertura incluyen un resumen de los elementos jurídicos que están en juego. 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.

Si se desea hacer esto, sin embargo, hay que procurar ponerle a estos anuncios “valor agregado” respecto del caso concreto. De otra manera, los litigantes se encontrarán repitiendo un formato general que –los jueces saben– es su rol recitar. Mientras más ocurra esto, menos útil el alegato en esta parte. Revisemos un par de ejemplos:

El abogado defensor señala: “Al final de este juicio, los señores magistrados podrán apreciar que no ha concurrido el ánimo de lucro de mi representado en la supuesta sustracción que se le imputa...”. Aunque el alegato anuncia que la teoría del caso es la falta de ánimo de lucro (y no, en cambio, la negación de la conducta), se gana todavía más si el anuncio es concreto:

“Al final de este juicio, los señores magistrados habrán escuchado a dos testigos que declararán haber escuchado al señor Galdames (el acusado) decir que la señora María (la víctima) le había prestado el auto, y que se lo devolvería al día siguiente. Además, el video de una cámara de seguridad mostrará que al día siguiente de hecho el Sr. Galdames estuvo durante media hora tocando el timbre de la casa de la Sra. María, con el auto estacionado al frente de la misma...”. Como muestra el ejemplo, no solo le decimos al tribunal “en el caso no concurre el ánimo de lucro”, sino que le anunciamos la versión concreta en que ello ocurre, unido al anuncio de la prueba que dará cuenta de esto.

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 cuál es la pena cuya aplicación se solicita para el caso.

Es en esta parte en que se abre el espacio para que los abogados planteen cuestiones de derecho y recurran a la dogmática. Debe tenerse presente, sin embargo, que este ejercicio debe limitarse estrictamente a las discusiones jurídicas que realmente valga la pena tener. En este sentido, tres observaciones:

- La verdad es que en una buena mayoría de los casos penales el derecho está bastante claro, y lo que realmente determina el caso es el establecimiento de los hechos.
- No es imprescindible que el alegato de apertura incluya aspectos jurídicos. Ser buen abogado no exige hacer despliegues de conocimiento dogmático.
- El derecho que es conocido por los jueces es pura repetición inútil (“los elementos del homicidio son...”).

Si es que el litigante realmente tiene una cuestión de derecho que plantear, debe asegurarse de estar ofreciéndole a los jueces valor agregado y de tener una posibilidad real de ganar el punto.

Capítulo X

El 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 aún no se ha producido y, por lo tanto, no es procedente que los abogados expliciten en ellos ninguna conclusión (en consecuencia, objetable³²), el alegato final no solo 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.

En la escasa regulación normativa que tienen en nuestro Código Procesal Penal los alegatos finales (Artículo 338), el factor central que se destaca en su objetivo es la exposición de conclusiones.

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. Tampoco 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 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 solo 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 asociadas a él.

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 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

³² 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, en nuestra opinión, a entenderlo de esta manera.

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 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 el juez necesita con urgencia: fundamentación.

Lo primero que debe entenderse, 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 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 Juan de fojas 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 cómo 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 solo prueba que el arma es suya, nada más; no prueba que don Manuel 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 en concreto 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 vez, 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 torna 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 eso que les puedo dar 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 solo 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 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. Allí la fiscal argumentó frente al tribunal algo similar a lo que sigue: “... el tribunal ha 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 la invención de una esposa 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 avergüen-zan 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 decir 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, comienza 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 superior. 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, 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 se pretende tener derecho a dicha petición. La querrán escuchar en forma clara, eficiente y de un modo que capture y mantenga su atención. Los primeros momentos 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 les diga que lo que uno está a punto de decir vale la pena 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 presenciar. 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 obvían, tergiversan, disfrazan o exageran la prueba, menos disposición tendrán siquiera a escucharlo.

3. Contenido del alegato final

Una vez más, no es posible dar recetas fijas ni fórmulas mágicas acerca de qué debe contener el alegato final de un abogado. Casi como ninguna otra cosa, el alegato final depende completamente de la muy diversa información que, de manera específica y concreta, el juicio de hecho presenta. Con esa prevención, revisemos a continuación algunos temas relevantes.

3.1. 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 nuestra teoría del caso.

La teoría del caso debe ser creíble y jurídicamente 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.

3.2. 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 uno esencialmente argumentativo. Mientras las demás etapas del juicio se limitan solo 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 prueba (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 nuestra 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.

a) Conclusiones

Como dijimos, el alegato final no solo permite sacar conclusiones de la prueba, sino que hacerlo es todo el sentido de esta instancia. 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) Coherencia lógica

La primera cuestión que da credibilidad a 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; por ejemplo, que entró al escuchar el disparo, forcejeó con el asesino por el arma, y luego huyó por temor a ser inculpado). Pero, como dijimos, no es preciso que la conclusión sea necesaria, sino meramente plausible. ¿Cuán plausible debe ser? Tanto 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 acreditada la siguiente 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: “Aun 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 se requiere para hacer una denuncia y qué para abrir una cuenta corriente.

El hecho de que las conclusiones sean lógicamente necesarias o simplemente plausibles depende 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 ella.

c) Prueba indiciaria y prueba directa

Un área principal 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 ella, 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 tribunal 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 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 solo 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 de don Agustín 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 al testigo (don Agustín) respecto de este punto, la proposición fáctica resulta acreditada. No obstante, respecto de otras proposiciones fácticas –por ejemplo “Martita engañó a don Agustín”– 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 solo es prueba directa de la proposición fáctica “este Dalí original vale US\$20.000”. Sin embargo, respecto de la proposición fáctica “don Agustín 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 don Agustín 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 solo están dispuestas a pagar aquello que creen vale el precio”.

Ambos casos ilustran el punto: la fuerza de la prueba indiciaria no solo depende de la credibilidad de la prueba, sino de la calidad de la inferencia. En el caso de la prueba

indiciaria, esta solo 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 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 a don Agustín “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 don Agustín 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 sí 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 a don Agustín “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 a don Agustín 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.

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 su fuerza probatoria. La prueba directa no es necesariamente, por ser directa, más fuerte que la prueba indiciaria. Y 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 exhibe en sus afirmaciones no encuentra correlato con el hecho de que ellas sean verdaderas (en otras palabras, 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 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 haya 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 sub-yace 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 va 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 de 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 valiosas que ésta en el alegato final.

d) 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.

• 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 querría 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: la defensa del imputado presenta peritajes para acreditar la inimputabilidad del acusado por demencia. Todos y cada uno de los peritos declaran, 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 tenía conciencia de la ilicitud de su conducta al momento de cometer los hechos o b) que no era capaz de conformar su conducta a dicha conciencia. 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 tenía conciencia de ilicitud” 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, 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 solo 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.

- 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 esta 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 la percepción del testigo (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, solo 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 declara 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”. En todos estos casos el testigo está declarando por otra persona, y no es idóneo para hacer eso.

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.

- 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 texto han ido quedando de manifiesto múltiples 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 someramente 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 solo 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:

1. Concesiones

No hay información más confiable ni fidedigna que aquella que ha sido producida por la contraparte. El otro bando no puede negar la autenticidad de la información que ellos mismos han 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 cuasidelito 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 lo que se obtuvo 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.

2. 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 ella. Los hechos no controvertidos suelen ser útiles para iluminar 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 solo 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 solo se va con el hombre que está abusando sexualmente a su hija, sino que la lleva con ellos?”.

En este ejemplo los hechos no disputados se utilizan para argumentar respecto de uno que sí es controvertido: los supuestos abusos.

Recordemos, además, que en nuestro Sistema Procesal Penal contamos con una categoría especial de hechos no controvertidos que son los que forman parte de convenciones probatorias de acuerdo al Artículo 275. Según esta norma, los hechos fijados en las convenciones probatorias no pueden ser objeto de debate en el juicio oral. En otros niveles, esta regla puede ser atenuada a la luz de otros intereses atendidas las circunstancias del caso concreto, pero, como regla general, la institución impone un principio fuerte de hechos no controvertidos y, en esa medida, suprime la carga de la prueba.

3. 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 por qué 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 por qué 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.

4. 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 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. También esperaría que una persona violentamente impactada por otro auto no esté preocupada 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 este un elemento que no tiene

pretensiones de cientificidad, no por eso es menos poderoso al momento de evaluar la credibilidad de lo que se dice en un tribunal de juicio oral.

No solo no debe esperarse del juzgador nada distinto, sino que la correcta utilización de la experiencia compartida y el sentido común forman parte de 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 este 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 solo ofrece su experiencia o alguna experiencia, eso no traslada ninguna carga de la prueba a ninguna parte, porque del hecho de que las cosas no hayan ocurrido como alguna vez ocurrieron, 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, no había negligencia 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 solo 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 solo 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 vez, 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 solo 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 o perder con su testimonio.

El alegato final, entonces, debe ocuparse de que la prueba –y la teoría del caso en general– satisfaga 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 por qué deben ser considerados creíbles de todos modos, dadas las circunstancias.

5. 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 no invitar a su madre, traída desde Polonia para proteger a Ana, a compartir el turno en el negocio.

6. 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.

4. 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 a don Agustín que el cuadro era original.
- Premisa 2: Martita publicitó el cuadro como un original.
- Premisa 3: Martita le exhibió a don Agustín un certificado de autenticidad falso.
- 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, la inmensa mayoría de las veces 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 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 solo 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 sustantivas 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.

5. 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 este no se ajuste a los hechos probados o al derecho vigente), sino, al contrario, cuando es capaz de organizar un razonamiento que de manera persuasiva y coherente explique de qué modo la prueba precisamente corrobora la propia teoría del caso y se 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, queremos evidenciar con rigor las debilidades de su caso.

Para lograr comunicar con efectividad nuestro alegato final, este puede ser estructurado de diversas maneras. Revisemos algunas de estas solo para ilustrar la multiplicidad de opciones estratégicas de que dispone un litigante.

5.1. ESTRUCTURA TEMÁTICA

La estructura temática resulta con frecuencia eficaz para organizar el alegato final. En este, 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.

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 este, 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 solo denunció a su marido al día siguiente de enterarse que este 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.

Lo anterior 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 solo que el relato se puede estructurar desde este puñado de hechos estimados centrales. Cada uno de ellos convocará otros hechos y prueba.

5.2. 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 solo tienen significado a la luz de esos acontecimientos principales. No obstante –comprendida la

importancia de organizar temáticamente el alegato final– este 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 que fue a visitar a su vecino a una hora en que sabía que no estaba? Sabemos 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 esta: 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.

5.3. 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 integración de todas esas historias en torno a nuestra teoría del caso.

6. 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 (ofreciendo una teoría del caso respecto de ellos); ofrece motivos para que las personas respecto de las cuales se relata la historia hayan actuado de esa manera; la historia 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 básicamente arrojar luz 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 persuasiva.

7. 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 existir abundante literatura sobre estrategias y des-trezas de litigación en juicios orales en el contexto del sistema norteamericano, llama la atención que, salvo contadas excepciones, estas obras no hayan sido traducidas al español. En los pocos casos en donde sí existe esta traducción, dichos textos presentan un problema para su comprensión y uso extendido en América Latina y 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, a la realidad de los sistemas reformados en la Región. Se trata en general 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 y cultura jurídica. Por cierto, estos 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 español, hace que porciones muy significativas de estos no sean relevantes o aplicables a las necesidades de litigación en los sistemas procesales penales en América Latina. 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.

En este contexto, por su claridad e influencia en la preparación de este libro, recomendamos especialmente los textos de Paul Bergman, *La Defensa en el Juicio Penal*, Abeledo Perrot, Buenos Aires 1995; y el de Thomas Mauet, *Fundamentals of Trial Techniques*, Little, Brown and Company, Boston 1992. Ellos han constituido la base sobre la cual hemos desarrollado nuestro propio discurso y les debemos porciones relevantes del resultado de este libro.

2. Referencias Bibliográficas

A continuación entregamos un listado de textos que pueden servir al lector para profundizar o analizar distintas perspectivas sobre los temas revisados. Junto con ello, los textos que a continuación se listan, han servido de base para la preparación del presente material.

392393

2.1. LIBROS EN ESPAÑOL

- Andrés Baytelman y Juan Enrique Vargas, *La Función del juez en el Juicio Oral*, Textos de Docencia Universitaria, Universidad Diego Portales, Santiago 1999, 69 páginas.
- Paul Bergman, *La Defensa en Juicio, La Defensa Penal y La Oralidad*, Segunda Edición, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1995, 293 páginas.
- Steven Goldberg, *Mi Primer Juicio Oral ¿Dónde me siento? ¿Y qué diré?*, Editorial Heliasta, Buenos Aires, 1994, 262 páginas.
- Kenney F. Hegland, *Manual de Prácticas y Técnicas Procesales*, Editorial Heliasta, Buenos Aires 1995, 254 páginas.

- Clarence Morris, *Cómo Razonan los Abogados*, Noriega Editores, México 1997, 180 páginas.

2.2. LIBROS EN INGLÉS

- Scott Baldwin, *Art of Advocacy, Direct Examination*, Matthew Bender, New York, 1996.

- Ronald Cohen y James Nelly (editores), *Criminal Trial Advocacy*, Supreme Court of the State of New York, Record Press, New York, 1992, 772 páginas.

- James Jeans, *Trial Advocacy* (second edition), West Publishing, ST. Paul, 1993, 587 páginas.

- Thomas Mauet, *Fundamentals of Trial Techniques* (third edition), Little, Brown and Company, Boston 1992, 451 páginas.

- Steven Lubet, *Modern Trial Advocacy, Analysis and Practice*, National Institute for Trial Advocacy, 1993, 459 páginas.

394

- James McElhaney's, *Trial Notebook* (second edition), American Bar Association, 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 Lawyer's*, Temple University Press, 1999, 245 páginas.

- Francis Wellman, *The Art of Cross - Examination* (fourth edition), Macmillan Publishing Company, New York, 476 páginas.