

PAUL BERGMAN

LA DEFENSA EN JUICIO

LA DEFENSA PENAL Y LA ORALIDAD

SEGUNDA EDICION



ABELEDU-PERROT
BUENOS AIRES

Handwritten text, possibly a signature or date, located in the top right corner.

**LA DEFENSA
EN JUICIO**

Título en inglés: *Trial Advocacy in a Nutshell* (2nd. edition)

© 1989 By West Publishing Co.
All rights reserved

Published by arrangement with
West Publishing Company
610 Opperman Drive P.O. Box 64526
St. Paul, Minnesota 55164-0526, U.S.A.

I.S.B.N.: 0-314-66493-9

© 1989 Edición original en inglés publicada por
West Publishing Company
Derechos adquiridos para la traducción
y publicación en español por
ABELEDO-PERROT S.A.E. e I.

Todos los derechos reservados

Queda hecho el depósito que marca la ley 11.723
© by ABLEDO-PERROT S. A. E. e I.
Lavalle 1280 - 1048 - Buenos Aires -- Argentina

I.S.B.N.: 950-20-0879-0

El derecho de propiedad de esta obra comprende para su autor la facultad de disponer de ella, publicarla, traducirla, adaptarla o autorizar su traducción y reproducirla en cualquier forma, total o parcial, por medios electrónicos o mecánicos, incluyendo fotocopia, grabación magnetofónica y cualquier sistema de almacenamiento de información, por consiguiente nadie tiene la facultad de ejercitar los derechos precitados sin permiso del autor y del editor, por escrito, con referencia a una obra que se haya anotado o copiado durante su lectura, ejecución o exposición pública o privada, excepto el uso con fines didácticos de comentarios, críticas o notas, de hasta mil palabras de la obra ajena, y en todos los casos sólo las partes del texto indispensables a ese efecto.

Los infractores serán reprimidos con las penas del artículo 172 y concordantes del Código Penal (arts. 2, 9, 10, 71, 72, ley 11.723).

IMPRESO EN LA REPUBLICA ARGENTINA

347.55
B454
(DECO)

76-535

A Andrea, Kevin e Hilary Bridle,
Joseph Berenson

228313

PREFACIO

Tenia sentimientos contradictorios acerca de preparar una segunda edición de este manual. Por una parte, una serie de estudiantes y colegas me dijo en el curso de los años que la primera edición era perfecta en la forma que ya tenía. Por lo menos, yo suponía que eso era lo que querían decir cuando afirmaban: "Es un tema acerca del cual usted nunca debería volver a escribir".

Por otra parte, en un proceso por el cual el gobierno de la Facultad de Derecho de la Universidad de California en Los Angeles debería estar agradecido, una década más de enseñanza de la defensa en juicio me enseñó unas pocas cosas que exigen que se las incluya en esta obra. Por ejemplo, el análisis presentado en el Capítulo II del contenido sustantivo de las historias, y en el Capítulo III la exploración de situaciones en que uno quizá desee abandonar el orden cronológico durante el interrogatorio directo, son temas importantes que merecieron escasa o nula atención en la primera edición. En definitiva, como todos pueden ver, "el otro criterio" se impuso.

Como hice en la primera edición, concentro la atención en cualidades y técnicas específicas asociadas con el tratamiento de los casos. En lugar de formular conclusiones imprecisas, por ejemplo "Adopte actitudes dramáticas" o "No muestre comparación con los perjurios en las preguntas", intento identificar e ilustrar tácticas y estilos de interrogatorio y argumentos específicos. Durante la última década, la literatura acerca de la defensa en juicio parece haberse apartado de su tradicional subordinación a las normas y las escenas de combate. Si la primera edición ejerció alguna influencia sobre ese proceso, estoy agradecido, y ahora ofrezco esta nueva edición con el mismo espíritu.

En general, no formulo una gran distinción entre los juicios por jurado y sin ellos. Me refiero al investigador como el "juzgador", que puede ser un juez o un jurado. No hago esto sencillamente por comodidad, sino porque es típico que uno

aplique técnicas análogas en los juicios por jurado y los que dependen del juez. Pero también reconozco que, en la medida en que se pueden utilizar diferentes técnicas en los dos tipos de juicio, el criterio que uno utiliza, y que se basa en las circunstancias originales de cada caso, probablemente será una guía mucho más acertada que cualquier consejo abstracto que pueda suministrar en este libro.

Como en ambos casos las personalidades de los abogados que los aplican son específicas, trato de ofrecer distintas sugerencias para reaccionar frente a situaciones comunes. Por ejemplo, el Capítulo V examina distintas técnicas argumentales, pero no se pretenda que exista un estilo argumental de carácter "ideal", o que es "típico" que los abogados arguyan en un sentido más que en otro. He intentado definir técnicas que cada cual puede adaptar a su estilo personal, en lugar de pedir al lector que subsuma su estilo en relación con mi concepto de lo que son las normas profesionales.

Las técnicas y las habilidades carecen de sentido si faltan situaciones fácticas específicas. Así, yo mismo u otro autor cualquiera afrontamos una decisión difícil. La utilización de la misma pauta de hechos a lo largo de un libro elimina las vacilaciones del lector a través de muchas situaciones fácticas, pero sacrifica la universalidad; el uso de diferentes pautas de hechos puede tener las consecuencias contrarias. He optado por algo parecido en un terreno intermedio. En efecto, baso las técnicas en una diversidad de medios fácticos y cuestiones legales. Pero sucede a menudo que un caso se repite a lo largo de un capítulo. Más aún, utilizando a veces canciones infantiles, abribo la esperanza no sólo de distraer un poco al lector, sino también de aprovechar su familiaridad preexistente con las circunstancias.

Asimismo, confío en que el libro agrade al lector, y que compruebe que constituye una lectura útil.

PAUL BERGMAN
Los Angeles, California
Setiembre de 1989

RECONOCIMIENTOS

Las primeras personas a las cuales pedí consejo son las que me habían ayudado con la primera edición. A causa de una coincidencia increíble, todas habían asumido identidades secretas y residían en lugares geográficos bajo el amparo del Programa Federal de Reubicación de Testigos. Sólo restaba Kenney Hegland; pero ¿cómo podía estar seguro de su identidad?

Felizmente, otras personas tuvieron la bondad de ofrecer generosamente su tiempo para leer la totalidad o parte del manuscrito. Sobre todo, deseo agradecer al profesor Al Moore, que se las arregló para encontrar el tiempo que necesitaba con el fin de compartir pensamientos mientras trabajaba en un importante artículo propio; y al profesor Jonathan Hyman, que tuvo la desgracia de visitar la Universidad de California en Los Angeles mientras yo trabajaba en el manuscrito. El profesor Graham Strong fue empujado hacia el matrimonio por sus críticas de los capítulos III y IV, y el profesor David Binder interrumpió sus lecciones de idioma chino el tiempo suficiente para revisar con detenimiento las ideas del Capítulo II. Acepto de mala gana la responsabilidad por todos los errores, pero advierto que lloraré si el lector encuentra alguno.

Quizá tardamente, también deseo agradecer a Mozart y a Beethoven, cuyas melodías a menudo he tarareado mientras buscaba palabras o ideas. También debo mencionar los nombres de Posner y Dworkin, porque parece que todos los que escribieron un libro acerca de temas jurídicos a fines del siglo XX los mencionan.

Aviso a las personas a quienes envié el borrador de algunos capítulos y que aún no contestaron, que ya no necesitan comunicarse. Eso lo incluye también a usted, Avrom.

Gracias a los estudiantes de derecho. El deseo que ellos sienten de aprender las técnicas de la defensa en juicio y su energía para adaptarlas a sus estilos personales determina que

sea maravilloso dictar el curso de la Defensa en Juicio, y me acicatearon a escribir el mejor libro que estuvo a mi alcance.

Finalmente, gracias a Allison Tuesday y Bunny Friedman, que me ayudaron a superar las perversas trampas que mi procesadora de palabras ensayó constantemente conmigo.

CAPITULO I

ENFOQUE DEL LITIGIO

A. INTRODUCCION

La defensa en juicio puede ser la especialidad que primero nos atrajo hacia la profesión del derecho. Quizá, el símbolo más visible y duradero de nuestro sistema legal, el juicio es también uno de los más importantes. A través de los juicios, los litigantes y sus abogados convierten en remedios concretos los derechos abstractos concebidos por las legislaturas y los tribunales.

Gran parte de la literatura tradicional acerca de la defensa en juicio, puede inducirnos a repensar nuestra capacidad para actuar como abogados en el juicio. Algunos sugieren que los abogados litigantes organizan y estructuran un caso, del mismo modo que los grandes dramaturgos organizan una pieza. Además, a menudo se afirma que la defensa en juicio es un "arte", una habilidad intuitiva a la cual podemos describir sólo mediante máximas e ilustraciones. Así, si uno jamás presentó una pieza teatral en Broadway, y duda de que posee una brújula mental que apunte de manera certera a la debilidad de un testigo tan pronto uno se acerca a preguntarle, puede decidir que, después de todo, la negociación de alquileres en un centro comercial no es una carrera tan insatisfactoria.

Hasta cierto punto, la literatura tradicional enfoca bien la cuestión. Los juicios son la consecuencia de los conflictos, y éstos, a menudo, determinan cierto grado de drama. Asimismo, representados en vivo frente a un público que es simultáneamente observador y participante, los juicios formulan exigencias a nuestro criterio intuitivo. Por muy exhaustiva que sea nuestra preparación, siempre debemos realizar en mitad del curso manobras basadas en factores como las respuestas imprevisibles de

los testigos, las observaciones de los jueces y las miradas de los jurados.

Sin embargo, la importancia atribuida a los aspectos teatrales y al instinto, no caracteriza con justicia lo que suele suceder en el juicio, y contribuye poco a facilitar nuestra preparación. La entrelínea teatral de las disputas en los casos típicos está subsumida, tanto por las normas de la evidencia, como por los amplios detalles que las partes suelen ofrecer en un esfuerzo por demostrar las teorías legales. Si Shakespeare deseaba "destruir a todos los abogados", no era porque un abogado representase una amenaza para sus esperanzas de conseguir el premio al "mejor dramaturgo de 1608". Y los abogados que se basan rigurosamente en el juicio intuitivo pueden intuir con acierto sólo que sus clientes perderán el caso.

Gran parte del "arte" de la defensa en juicio consiste en técnicas que pueden aprenderse del mismo modo que se aprendió aritmética y la "Regla Contra las Perpetuidades" — en fin — aritmética. Conocer y utilizar esas técnicas nos suministrará una base sólida para formular decisiones intuitivas. Si es necesario que haya dramatismo, éste surgirá generalmente a través de la evidencia misma, sin que sea necesario que uno ejerza demasiada presión.

B. CARACTERÍSTICAS PERSONALES

El carácter del conocimiento acerca de la defensa en juicio presenta a menudo al litigante no sólo como el autor de un drama, sino también como su estrella. A la voz de orden uno debe exudar una personalidad vigorosa que someta a su voluntad a los testigos, y después manifestará humildad y contrición mientras solicita la simpatía del juzgador en beneficio del cliente. Solamente uno es culpable si no consiguió destacarse en el papel del "Rey Lear", antes de ingresar en la Facultad de Derecho.

Sin embargo, la competencia en relación con la defensa en juicio no depende de que uno posea cierta personalidad o sea capaz de representar varios papeles distintos a medida que se desarrolla un juicio. Sea cual fuere su "persona", al margen de que se tenga un carácter agresivo o tímido, estridente o discreto, sin duda posee los instrumentos necesarios para ser un abogado

competente. Los siguientes rasgos, que uno presumiblemente tiene o debe desarrollar si quiere tener éxito como abogado litigante, concuerdan con una diversidad de tipos de la personalidad:

1. Confianza en uno mismo

La confianza en uno mismo es una característica importante, tanto si se es vendedor de zapatos como si se intenta negocial hechos históricos. La confianza que uno manifieste en la validez de sus reclamos puede inspirar al juez a sentir la misma confianza. Sin embargo, quizá sólo un cierre defectuoso puede destruir esa confianza con tanta rapidez como lo hace una sala del tribunal. Uno se acerca al empleado del tribunal para presentar una moción, y él le dice con una mirada devastadora: "presente esas mociones después de tal o cual fecha." O, el empleado utiliza una jerga taquigráfica con la cual uno no está familiarizado: "¿Esta es una moción 352?" La incomodidad que sentimos se agrava a causa de nuestra impresión de que en la sala del tribunal todos, excepto nosotros mismos, saben cuál es el procedimiento exacto. Uno puede llegar a deprimirse tanto como para preguntarse cómo logró realmente vestirse por la mañana.

El recurso para mantener la confianza en uno mismo en vista de tanta adversidad es sorprendente por lo sencillo. Es suficiente que uno diga: "No sé". La Tierra no cesará de rotar. Tal vez usted crea que al conseguir el preciado título de "abogado" tiene que saberlo todo, y que cualquier signo de ignorancia es expresión de incompetencia. De hecho, los procedimientos de la sala del tribunal varían tanto que uno a cada paso encontrará formas desconocidas. Pregunte al empleado cómo y cuándo debe presentar los papeles, y dígame que no sabe muy bien qué es una moción 352. Por extraño que parezca, no se lo tachará de incompetente, ¡aprenderá algo!

2. Las diferentes especialidades

Muchos abogados se especializan en áreas circunscriptas, por ejemplo la financiación de bienes raíces, las fusiones empresariales y los contratos en la industria cinematográfica. Como litigante, es más probable que usted se especialice en lo que fue el tema de su último caso. Quizá un mes represente a un compra-

dor que busca la rescisión de un contrato de venta de tierras, y al mes siguiente a un empleado supuestamente despedido, como resultado de la discriminación en perjuicio de las personas de más edad. Incluso si uno se especializa, por ejemplo en lesiones relacionadas con las lesiones personales, es probable que su práctica tenga un carácter variado. Tal vez uno atienda un caso en que la cuestión consiste en saber si un accidente es la causa del zumbido de oídos del cliente, y otro en que se trata de aclarar si la insuficiencia renal se originó en la mala práctica quirúrgica.

Para ser un defensor en juicio competente, uno debe saber cuál es la "industria" implicada en un juicio. Si la supuesta víctima de la discriminación por razones de edad trabajó en una planta de armado de automóviles, el abogado tendrá que informarse acerca de las operaciones que allí se ejecutan. Para representar a la víctima del zumbido de oídos, tal vez se necesite conocer casi tanto como un médico en relación con relación al tema. Por consiguiente, el abogado se relacionará con diferentes clases de personas comprometidas en distintas actividades. Si uno puede prepararse para aprender constantemente acerca de nuevas áreas de la vida, se va acercando al éxito en el área de la defensa en juicio.

3. Sentido común

Según las palabras del ex presidente Harry Truman, "Si mañana" (parece que no aclaró a qué hora abandona el lecho la gente desprovista de sentido común).

Incluso si uno tiene sentido común, es posible que lo olvide en el juicio. En la Facultad de Derecho, aprendimos sobre todas las doctrinas con el fin de poner de manifiesto las políticas sociales subyacentes, los conflictos de valores y el análisis legal. Examinar la ley en la Facultad de Derecho, es más o menos, como estudiar una gota de agua bajo un microscopio. Lo que en la superficie parece una masa estática desborda de movimiento y agitación.

En el juicio, generalmente hay que desplazarse en dirección contraria. Debe demostrarse a un juez que lo que puede ser una serie compleja de hechos se ajusta a unos pocos principios legales aplicables directamente. La utilización del sentido co-

mún puede ampliar considerablemente nuestra capacidad de sintetizar los hechos y relacionarlos con principios legales abstractos. Cuando evalúan versiones antagónicas de los hechos, los jueces, normalmente, utilizan el razonamiento cotidiano basado en la experiencia de toda su vida. Un argumento complicado acerca de una serie de dolencias psicológicas que supuestamente han determinado que una persona sea irremediablemente alérgica a los perros puede recibir esta respuesta: "Entonces, ¿por qué está sosteniendo una correa?" Las explicaciones simples basadas en las experiencias cotidianas son las que tienen más probabilidad de persuadir al juez.

4. Integridad

Si bien la integridad es una característica esencial de todos los abogados, los litigantes quizá se sientan más tentados que otros de desviarse del camino recto. La responsabilidad ética del abogado en el sentido de representar "celosamente" a los clientes en un sistema adversativo, puede tentarnos a sacrificar la integridad a largo plazo para obtener metas a corto plazo. Por ejemplo, el cliente puede sugerir que uno le explique lo que debe decir. O uno puede sentirse tentado de formular un argumento probatorio espurio, porque sabe que el adversario poco experimentado no podrá responder eficazmente.

Hay que resistir tales tentaciones. Incluso en las grandes áreas urbanas el porcentaje de abogados que litigan es reducido, y las reputaciones se difunden rápidamente. Uno tiene obligaciones éticas con el tribunal, con el adversario y con los futuros clientes, y no debe comprometer sus normas personales en beneficio de ningún cliente.

C. LA VERDAD Y EL SISTEMA ADVERSATIVO

Los casos generalmente van a juicio porque las partes tienen versiones antagónicas de los hechos pasados. Por supuesto, eso no siempre es así. Por ejemplo, es posible que se juzgue un caso en que las partes coinciden en lo que sucedió, pero discrepan acerca de las consecuencias legales pertinentes. Pero en condiciones normales uno tiene un enfoque histórico, e intenta

persuadir a un juez de que la versión de la historia suministrada por el cliente es más exacta que la del adversario.

Aunque parezca irónico, si bien uno puede coincidir instintivamente en que el juicio es una "búsqueda de la verdad", rara vez uno podrá demostrar "lo que sucedió realmente". Por una parte, las recreaciones verbales provienen de seres humanos cuyos poderes falibles de observación y memoria han sido bien documentados. En segundo lugar, incluso las descripciones verbales exactas intrínsecamente deforman la realidad. Las palabras poseen un poder limitado para reflejar los hechos reales. Por ejemplo, las palabras "el agua goteaba del techo", no pueden expresar todos los sonidos, los olores y los sentimientos que eran parte del hecho mismo. Más aún, uno no puede decir "todo" lo que sucedió; debe limitar la narración sobre todo a la información que sea importante desde el punto de vista sustantivo. Incluso las pruebas del tipo de los documentos y las fotografías no son más que fragmentos de la realidad, y su valor probatorio, a menudo, depende de las descripciones verbales.

Algunos comentaristas pueden sugerir que las técnicas adversativas oscurecen todavía más la realidad. Por ejemplo, puede afirmarse que cuando uno selecciona los hechos que los testigos describirán en el interrogatorio directo, y utiliza las preguntas orientadoras para controlar el testimonio en las representaciones, engaña al juez acerca de lo que sucedió realmente. Sin embargo, es más probable que suceda exactamente lo contrario. Como la realidad objetiva es indemostrable, uno debe basarse en dichas técnicas para ayudar a un juzgador a comprender cómo sucedieron los hechos. Tales técnicas permiten que un juzgador relacione la taquigrafía verbal con los hechos del mundo real. Así, si bien nadie puede afirmar que los juicios inevitablemente aportan exactitud, no hay conflicto entre el uso que uno hace de las técnicas persuasivas y el juicio como búsqueda de la verdad.

CAPÍTULO II

ELEMENTOS DE LA NARRACION PERSUASIVA

A. EN GENERAL

El aprendizaje de las técnicas aplicadas en la sala del tribunal cuando no se tiene idea del modo en que un juzgador probablemente evaluará la evidencia, sería como aprender a soplar vidrio cuando uno no conoce las funciones de los artículos que está produciendo. Para evitar el gasto equivocado de energía, se necesita saber cuáles son las cualidades que determinan que los relatos sean persuasivos, o que los objetos de vidrio sean útiles.

Por desgracia, hemos avanzado mucho más en nuestra comprensión del diseño del vidrio que en nuestro conocimiento de los procesos del razonamiento humano. Las propiedades físicas del vidrio fundido son de tal carácter que el soplador puede confiar en que una técnica producirá siempre, prácticamente, el mismo objeto de vidrio. Pero predecir de qué modo un juzgador evaluará la prueba, o incluso qué prueba evaluará, puede ser peligroso. Un rasgo que en un contexto o ante un juzgador termina que un relato sea persuasivo, en otro contexto o en presencia de un juzgador distinto puede arrojar resultado diferente. Por ejemplo, la capacidad de un testigo para suministrar detalles puede ser considerada como la prueba de que el testigo posee extraordinaria capacidad de observación, o de que el testigo está inventando los detalles. Una tercera posibilidad es que el juzgador concentre la atención en otros rasgos de la historia, o en las características personales del testigo, desentendiéndose por completo de los detalles.

Al buscar explicaciones para el proceso de investigación, algunos comentaristas se refugian en la polémica. Por ejemplo, "si uno es rico, triunfa". Otros se refugian en la pedantería, y sugieren que los jurados deben tener conciencia de los

complejos modelos de investigación matemática basados en la estadística y las probabilidades. Como tienden a ocupar el punto medio, los abogados se refugian en las intuiciones tradicionales; por ejemplo, "desarrollar un tema", "mantener la atención del jurado en el testigo durante el interrogatorio directo". A pesar de la multitud de tales intuiciones, los litigantes a menudo las condicionan con la cláusula: "El juicio es siempre un juego de azar".

Este capítulo examina la investigación a partir de una cuarta perspectiva, que concibe la investigación misma como un proceso arraigado en las experiencias cotidianas de la gente. Su respuesta al polemista es que, por lo menos en la mayoría de los casos, el juzgador intenta delinear los hechos verdaderos de una disputa, como contrapuestos a la aplicación de estereotipos culturales o raciales. Su respuesta al pedante es que hasta el momento en que puedan mantenerse cálculos inferenciales precisos, la tarea de un litigante es persuadir utilizando los instrumentos del razonamiento cotidiano. Finalmente, su respuesta a un enfoque intuitivo es que la intuición informada mediante el análisis permite el ejercicio del criterio profesional.

B. LA NARRACION DE HISTORIAS EN EL JUICIO

Que uno de los roles primarios del abogado es el de narrador de historias, constituye un elemento ignorado fácilmente en su pensamiento acerca de los juicios por referencia a los principios legales: las normas de la evidencia, las pruebas y los testigos olvidadizos. Las historias son episodios interconectados relationalmente, sobre todo, en orden cronológico. El apoyo a la posición legal surge a través de las historias individuales que forman una secuencia y configuran la narración general del cliente. Aunque adopten la forma de preguntas y respuestas, y sea evidente que prestan atención especial a los datos más destacados desde el punto de vista jurídico, las narraciones del juicio se asemejan mucho a las que uno aprendió cuando era jovencito, por ejemplo *Goldilocks* y el "Infierno" del Dante.

El modo de la narración mal puede sorprender. Los relatos son el elemento básico del intercambio de información en nuestra sociedad. Tanto si uno le dijo a un amigo lo que sucedió cuando estuvo cenando en un restaurante elegante, o a un juez

cuáles hechos constituyen el incumplimiento del contrato, lo cierto es que está narrando una historia.

Felizmente, la experiencia sugiere y la investigación en ciencias sociales confirma, que los juzgadores también tienden a basarse en las historias cuando adoptan decisiones. Los juzgadores a veces seleccionan entre distintos relatos presentados por las partes. Otras veces agrupan las historias contrarias de las partes en sus propias versiones compuestas de "lo que sucedió realmente". Pero sea cual fuere el camino que un juzgador sigue, es probable que comprenda lo que sucedió en el pasado por referencia a la narración, y que evalúe los principios jurídicos por referencia a esa comprensión.

Así, las posibilidades de éxito en el juicio a menudo dependen de la fuerza persuasiva de la narración general. El abogado no debe enredarse en tecnicismos, a tal extremo que pierda de vista esa sencilla verdad: Uno debe reunir detalles, satisfacer las normas de la evidencia, y aportar pruebas en el marco de los elementos legales discretos. Pero, cuando uno se prepara para un juicio, debe apartarse del microscopio y considerar su historia general. La claridad y la credibilidad de esta historia representarían probablemente un papel tan considerable en el resultado como un hecho individual cualquiera o un elemento "fundamental" de prueba.

C. PROPOSICIONES FACTICAS: LA CONFLUENCIA DE LOS RELATOS Y LAS TEORIAS JURIDICAS

1. La distancia entre las narraciones y las conclusiones legales

Si bien la meta final en el juicio puede ser probar o refutar ciertas teorías jurídicas, éstas son abstracciones que casi siempre están distanciadas un par de pasos de la evidencia. En primer lugar, la mayoría de las teorías jurídicas son en realidad grupos de elementos. Por ejemplo, la teoría legal del "robo" consiste en elementos que son "apoderarse de la propiedad ajena" y "mediante la fuerza o el miedo". La "negligencia" incluye, entre otros elementos la "conducta irrazonable" y "la causa próxima".

Segundo, los elementos no constituyen proposiciones demostrables. Más bien son conclusiones legales que el juzgador

puede extraer de la evidencia. En general, los testigos no pueden atestiguar en el lenguaje específico de los elementos. Por ejemplo, un testigo no puede atestiguar que "la colisión fue la causa próxima de la pérdida de mi audición" o que "Eric distribuyó desechos en todas las instalaciones".

Por consiguiente, las teorías y sus elementos constitutivos no definen una historia en particular, y más bien pueden superponerse a un número infinito de historias. El resultado es una distancia entre el testimonio y los hechos finales. (De un lado están los relatos, desprovistos de conclusiones jurídicas; del otro, las teorías y los elementos, desprovistos del contenido fáctico específico. Las proposiciones fácticas son un modo de salvar esa distancia.)

2. La división de las teorías jurídicas en los elementos componentes

Para comprender el proceso de conversión de las teorías legales en proposiciones concretas, supongamos que la narración general de Patrick Knaplund, como demandante en un juicio por fraude, adopta esta forma:

Patrick deseaba comprar una colección de ilustraciones de béisbol como regalo de graduación a su hija Kris. Asistió a la Gran Exposición Anual de Tarjetas de Béisbol y a la Muestra de Gastronomía Mexicana en el Hotel Sheraday Hilton, del centro de la ciudad. Uno de los comerciantes instalados en la muestra era el Zurdo O'Righty, un beisbolista retirado. Patrick le dijo al Zurdo que deseaba un conjunto valioso de tarjetas para hacer un regalo de graduación a su hija, aficionada de toda la vida al béisbol. El Zurdo le dijo a Patrick que tenía colecciones especiales de primeras ediciones de tarjetas de béisbol, incluso conjuntos de "jugadores zurdos importantes de la liga"; "jugadores muy destacados de Cleveland". El Zurdo aseguró a Patrick que todas las tarjetas eran originales y auténticas, y Patrick pagó 7,000 dólares por las tres series. Más tarde, Patrick sometió las colecciones al juicio de los entendidos, y supo que todas las tarjetas eran reproducciones, que valían a lo sumo unos pocos centavos de dólares. Patrick

reclama daños indemnizatorios y punitivos, y también reparación por el daño moral.

La versión de O'Righty acerca de los hechos es muy distinta, y habrá que resolver la diferencia en un juicio.

(Para formular proposiciones fácticas, comience indicando los elementos de cada teoría legal que uno intenta demostrar. Por ejemplo, los elementos de "fraude", como usted sin duda sabe, consisten en: (1) una representación; (2) la falsedad de la representación; (3) el dolo; (4) la confianza razonable; y (5) los daños.)

(Pero como el lector puede ver, los elementos son abstracciones, y de ningún modo están relacionados con la historia fáctica original de Patrick. Aparecen en todos los juicios por fraude. Por consiguiente, el paso siguiente consiste en formular proposiciones fácticas para cada elemento, adaptando los elementos a la historia de Patrick.)

3. Reformular los elementos como proposiciones fácticas

Una proposición fáctica es una afirmación de hecho que satisface un elemento legal. Es decir, una proposición fáctica es un elemento reformulado en un lenguaje frente al cual un testigo puede declarar. Por consiguiente, los relatos de nuestros testigos determinan el contenido de las proposiciones fácticas. Aquí tenemos algunas de las proposiciones fácticas que el lector puede formular sobre la base de la narración de Patrick:

Elemento 1: Formulación de una representación

Proposición fáctica 1: El 26 de agosto, el Zurdo O'Righty le dijo a Patrick que todas las tarjetas de béisbol que el propio Zurdo vendía eran originales y auténticas.

Elemento 2: Falsedad de la representación

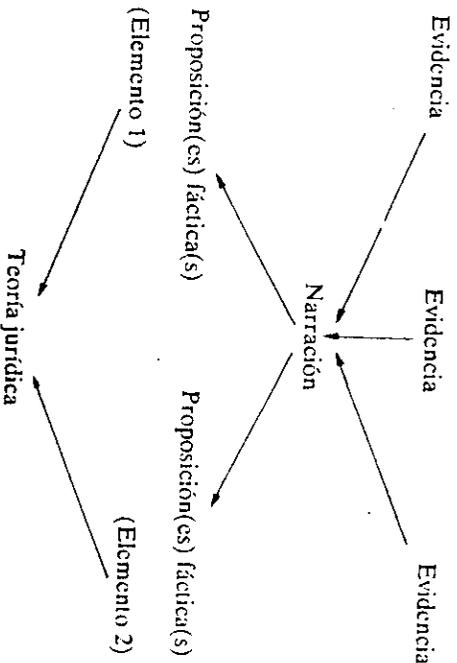
Proposición fáctica 2: Las tarjetas de béisbol que el Zurdo le vendió a Patrick eran reproducciones.

Elemento 3: Dolo

Proposición fáctica 3: El Zurdo sabía, cuando le dijo a Patrick que todas sus tarjetas eran originales y auténticas, que las tarjetas contenidas (en las tres colecciones) eran reproducciones.

Obsérvese que, a menudo, una historia se bifurca en múltiples proposiciones fácticas correspondientes a uno o más elementos. Por ejemplo, si el Zurdo formuló a Patrick más de una formulación errónea, uno tendrá múltiples proposiciones fácticas para el *elemento 1*.

Las proposiciones fácticas eliminan la distancia entre la historia y la teoría legal. Nos dicen cuáles son exactamente las conclusiones fácticas a las cuales debe llegar un juzgador para resolver la disputa en favor de Patrick. Pero sólo durante la declaración de apertura y la argumentación de cierre uno puede decir explícitamente cuáles son esas conclusiones fácticas. Por consiguiente, un hecho que tiene la misma importancia es que las proposiciones fácticas también nos dicen cuáles son las pruebas que debemos aportar en el examen directo y las repreguntas. En una sencilla forma de diagrama, los nexos entre la evidencia, una narración, las proposiciones fácticas y una teoría jurídica de dos elementos, se muestra como sigue:



Este diagrama (adaptado del cuaderno de 1938 de los *Chicago Bears*) destaca que lo que el juzgador ve y oye es evidencia; todo el resto es una elaboración mental.

Observación para los abogados defensores: la referencia a las "proposiciones fácticas probatorias" de ningún modo implica

menoscabo para nuestra perspectiva de los juicios. En general, los demandados evitan limitarse al mero hecho de proyectar dudas sobre la evidencia de los demandantes. También es típico que los demandados tratan de probar proposiciones fácticas. Por ejemplo, en la hipótesis mencionada más arriba, el Zurdo podría aportar pruebas en apoyo de una proposición fáctica de venta número 2 en el sentido de que: "Las tarjetas de béisbol propiedad de Patrick eran originales y auténticas". Asimismo, una proposición fáctica que puede tratar de demostrar un locatario demandado a quien se le atribuye haber violado una cláusula de "sublocación" es ésta: "El sublocador propuesto era financieramente sólido". Ciertamente, uno intenta demostrar una proposición fáctica incluso cuando ésta es sólo la reformulación negativa de una proposición del demandante. Por ejemplo, en una acción por calumnias uno puede tratar de demostrar la proposición fáctica siguiente: "El 3 de mayo el demandado no dijo que el demandante era un 'picapleitos' ". Por lo tanto, las proposiciones fácticas en su forma típica no son menos importantes para la defensa que para los abogados de los demandantes.

Sin embargo, uno puede considerar una diferencia que surge entre los demandantes y los acusados en el contexto de las proposiciones fácticas. A falta de estipulaciones, los demandantes deben demostrar cada elemento de un reclamo de indemnización, y por lo tanto, contrarán con proposiciones fácticas separadas para cada elemento. Los demandados a menudo refutaban ciertos elementos, pero no otros. Así, los demandados pueden formular proposiciones fácticas sólo por referencia a los elementos que cuestionan.

B) ELABORACION DE RELATOS QUE CONFIRMAN LAS PROPOSICIONES FACTICAS

En un contexto social, una narración tiene éxito si es interesante. En un juicio, conciliar la atención del juzgador no es suficiente. Además, hay que relatar una historia que sea suficiente desde el punto de vista legal. Es decir, uno debe afirmar por lo menos, una proposición fáctica para cada elemento de una teoría jurídica (en cambio, los demandados pueden tener éxito afirmando una proposición fáctica para cualquier elemento de

una teoría legal). La historia que uno narra también debe parecer verosímil cuando se la compara con una historia competidora. Las historias que son legales, verosímiles y persuasivas generalmente incluyen los siguientes tipos de evidencia:

1. Evidencia afirmativa

La evidencia afirmativa consiste en los hechos que tienden a demostrar la exactitud de una proposición fáctica. Por ejemplo, con respecto al reclamo de Patrick contra el Zurdo, remítase de nuevo a la proposición fáctica número 1, "el 26 de agosto, el Zurdo le dijo a Patrick que todas las tarjetas de béisbol que aquél le estaba vendiendo eran originales y auténticas". La prueba afirmativa incluiría el testimonio de Patrick en el sentido de que el 26 de agosto asistió a una exposición de tarjetas de béisbol, de que habló con el Zurdo, y de que éste dijo algo así como: "Todas las tarjetas que tengo en venta son originales y auténticas".

Recuerde que si bien es un demandado, el Zurdo también tratará de demostrar una o más proposiciones fácticas, y por consiguiente aportará asimismo evidencia afirmativa. Por ejemplo, para refutar el elemento "falsedad de la representación", es posible que el Zurdo intente demostrar la proposición fáctica siguiente: "Las tarjetas de béisbol vendidas a Patrick eran originales y auténticas". La prueba con que el Zurdo intenta satisfacer esta proposición fáctica es la evidencia afirmativa del propio Zurdo.

Para satisfacer los principios legales, es típico que cada proposición fáctica se concentre en un momento del tiempo en que supuestamente sucedió algo que es significativo desde el punto de vista legal. Por ejemplo, en un momento discreto del tiempo, el Zurdo formuló una declaración a Patrick. Les Ismore supuestamente se adueñó de cierta propiedad "mediante la fuerza o la intimidación"; Sue E-mail supuestamente "aceptó" un envío de artículos; y Rex Karrs supuestamente "manejó desatrollando una velocidad irrazonable". Pero la evidencia afirmativa generalmente, no se limita a los momentos fundamentalmente decisivos del tiempo. Para demostrar una proposición fáctica, es típico que uno incluya una evidencia afirmativa relacionada con hechos que sucedieron *antes* ("el apostador de Les, exigió 5,000 dólares la vispera del robo") y *después* ("un día des-

pues de recibir los artículos, Sue dijo a un cliente que la compañía a la cual ella pertenecía comenzaría a armar un producto acabado") de los hechos fundamentales y decisivos.

2. Evidencia de refutación

El relato afirmativo que nosotros formulamos casi siempre se contradice con el de un adversario. Por consiguiente, uno puede concebir su propia narración afirmativa como la refutación de la narración del adversario, y viceversa. Además de ofrecer evidencia afirmativa para apoyar las proposiciones fácticas que uno formula, es típico que también proponga prueba para la "refutación". La evidencia de refutación tiende a debilitar la prueba afirmativa del adversario, aunque no es parte de nuestra narración afirmativa.

Por ejemplo, supongamos que estamos acusando de robo a Adam. Adam llama a Sarah, para que atestigüe que ambos estuvieron reunidos, fuera de la ciudad, cuando se cometió el robo. Uno recusa a Sarah mencionando una condena anterior por perjurio. La prueba de esta condena es la evidencia clásica orientada hacia la refutación. Debilita la narración afirmativa del acusado, pero no es una prueba acusatoria afirmativa que relacione a Adam con el robo.

Usted puede ofrecer dos formas de evidencia para la refutación: la "negación" y "reconocer y explicar". La prueba orientada hacia la "negación" pide al juzgador que descrea de la evidencia ofrecida por la contraparte. La prueba de la condena de Sarah por perjurio es un ejemplo de refutación por vía de negación, pues se la propone con la esperanza de que el juzgador descrea del testimonio que ella aporta.)

Uno puede refutar por vía de la fórmula "reconocer y explicar" cuando la contraparte ofrece una evidencia circunstancial en apoyo de una proposición fáctica. Como se describe más detalladamente en la sección E, más adelante, un juzgador debe extraer una inferencia con el fin de relacionar la prueba circunstancial con una proposición fáctica. "Reconocer y explicar" implica aceptar la exactitud de la prueba del adversario, pero pidiendo al juzgador que extraiga una inferencia que difiere de la que la contraparte solicita. Por ejemplo, en el caso de las tarjetas de béisbol, supongamos que en el intento de satisfacer la proposición fáctica número 3 (el Zurdo sabía que las tarjetas

eran reproducciones) Patrick propone una evidencia en el sentido de que el Zurdo "murmuró" cuando dijo a Patrick que las tarjetas eran originales y auténticas. Esa evidencia es circunstancial; para relacionar la prueba con la proposición fáctica, el juzgador debe extraer una evidencia como ésta: "El Zurdo murmuró porque no quería que nadie salvo Patrick oyese su afirmación falsa". El testimonio del Zurdo: "En efecto murmuré, porque tenía laringitis", constituye una refutación del tipo "reconocer y explicar". Reconoce que el testimonio de Patrick acerca del murmullo es exacto, y aporta otra evidencia con la esperanza de persuadir al juzgador de que no debe extraer la inferencia que le propone Patrick.

3. Evidencia de credibilidad

La evidencia acerca de la credibilidad afecta la verosimilitud y el carácter más o menos fidedigno de los relatos. La evidencia referida a la credibilidad aporta al juzgador una base para elegir entre historias contrarias. Su importancia se origina en el hecho de que, a diferencia de la audiencia social de carácter típicamente cordial, un juzgador no se inclina automáticamente a creer la historia que le narramos.

Lo mismo que la prueba relacionada con las proposiciones fácticas, la que se refiere a la credibilidad puede tener carácter afirmativo o de refutación. Por ejemplo, la evidencia representada por los antecedentes que afirman que Patrick es un ejecutivo de una corporación, constituye una evidencia afirmativa de la credibilidad si un juzgador cree que los ejecutivos empresarios tienden a merecer confianza. En cambio, la evidencia propuesta por el Zurdo en el sentido de que Patrick suele usar un audífono para oír mejor, pero no lo llevaba puesto la vez que asistió a la exposición de tarjetas de béisbol, debilita la credibilidad de la prueba de Patrick en el sentido de que el Zurdo estaba "murmurando".

4. La evidencia explicativa

La evidencia explicativa es una forma de prueba afirmativa que indica a un juzgador por qué los hechos de una historia sucedieron como uno afirma que fue el caso. Vivimos en una cultura racionalista, en la cual la gente generalmente cree en la re-

lación de causa-efecto. Así, un informe en el sentido de que "el índice Dow Jones se elevó treinta puntos hoy" mal puede ser completo sin una explicación: "El gobierno anunció que la tasa de inflación descendió por cuarto mes consecutivo". Por lo tanto, la prueba explicativa tiende a apoyar las proposiciones fácticas al suministrar razones que explican por qué los hechos sucedieron como uno afirma.

Como ilustración, supongamos que se acusa de robo a Bernard. Bernard aporta una coartada, y en ella declara que estaba en su casa, durmiendo, cuando sucedió el robo. El robo fue alrededor de las 20:00 horas, un momento en que la mayoría de la gente está despierta: "Yo dormía porque sufrí un ataque alérgico a hora más temprana, y el medicamento que tomé me adormeció", y presenta la factura de una farmacia que justifica la compra del medicamento. Esta evidencia explica por qué el acusado estaba durmiendo a una hora desusada, y tiende a confirmar la proposición fáctica: "Bernard estaba durmiendo cuando se cometió el robo".

5. La evidencia emocional

La prueba emocional es una forma de evidencia afirmativa o de refutación que apela tanto al corazón como a la mente del juzgador. Es posible que nuestra cultura tenga carácter racionalista, pero nuestros sentimientos a menudo afectan las conclusiones fácticas que extraemos. Es posible que un juzgador no acepte una proposición fáctica simplemente movido por los sentimientos de empatía hacia el cliente, o de desagrado por la contraparte. Pero, por lo menos, en un nivel subconsciente tales sentimientos pueden determinar cuál es el relato más verosímil en la opinión del juzgador.

Por ejemplo, en el hipotético robo, la prueba de que el ladrón abusó brutalmente de la víctima puede determinar que el juzgador adopte una actitud hostil hacia el acusado, lo cual a su vez determina su incredulidad frente a la narración del mismo. Igualmente, en el caso de las tarjetas de béisbol, la prueba de que Patrick compró las tarjetas como regalo sorpresa de graduación a su hija puede mejorar la credibilidad del testimonio del propio Patrick.

ANÁLISIS DE LA EVIDENCIA CIRCUNSTANCIAL

1. Evidencia directa y circunstancial

Como es sabido, la evidencia circunstancial demuestra una proposición fáctica por intermedio de una o más inferencias. La evidencia directa demuestra una proposición fáctica sin necesidad de que haya una inferencia. Por ejemplo, supongamos que dos elementos testimoniales que uno ofrece para apoyar la proposición fáctica número 1 ("El Zurdo dijo a Patrick que las tarjetas de béisbol eran originales y auténticas") son (1) de acuerdo con Patrick, el Zurdo dijo: "Todas las tarjetas que yo vendo son originales y auténticas"; y (2) de acuerdo con la versión de otro cliente, el Zurdo le formuló la misma declaración en otra ocasión.

El rubro número dos es la evidencia directa. Demuestra la proposición sin necesidad de inferencia. Si el juzgador cree en el testimonio de Patrick, queda comprobada la afirmación. (Los que se inclinan a adoptar una actitud cínica pueden afirmar que, como el juzgador debe inferir que Patrick escuchó la afirmación del Zurdo y está informándola exactamente para demostrar la proposición, el concepto de la prueba directa es un mito. Pero, ¿por qué debemos permitir que los cínicos arruinen una buena dicotomía?).

En cambio, el rubro dos es una evidencia circunstancial. La evidencia de que el Zurdo formuló una declaración a otro cliente en otro momento no demuestra que él formuló una declaración a Patrick, a menos que el juzgador extraiga una inferencia. El juzgador tendría que inferir que el Zurdo realizó las mismas afirmaciones acerca de sus tarjetas a muchos o a la totalidad de los posibles clientes. (Sí, que los cínicos comprendan que el juzgador también debería creer en el testimonio del otro cliente antes de extraer una inferencia de ese carácter).

Como por definición la creencia de un juzgador en relación con la evidencia directa demuestra una proposición fáctica, la única preocupación que nos corresponde alertar en relación con la prueba directa es su credibilidad. El modelo de credibilidad descrito en la sección F, más abajo, responde a esa inquietud. Pero el carácter persuasivo de la evidencia circunstancial depende no sólo de su credibilidad, sino también de la fuerza de la inferencia. Como la mayor parte de la evidencia que uno apor-

tará para apoyar las proposiciones fácticas será circunstancial, es necesario comprender el proceso inferencial de razonamiento. Casualmente, ése es el lema de la sección siguiente.

2. Generalizaciones: La base del razonamiento inferencial

Una inferencia es un nexo mental entre un elemento de prueba y una conclusión. Las inferencias de ningún modo son elementos específicos del litigio. Si en la infancia uno se estremeció cuando sus padres le dijeron que "vendrá gente a cenar", quizá la reacción respondió al hecho de que uno infririó, a partir de esa afirmación, que tendría que comer tarde, ser callado durante la cena, prescindir de la televisión, etcétera. Uno extrae constantemente inferencias, pero en la vida social rara vez necesita analizarlas como lo hace en relación con un juicio.

En el curso del análisis, uno advierte que extrae (y pide al juzgador que extraiga) inferencias adoptando generalizaciones implícitas acerca del comportamiento de las personas y las cosas. Estas generalizaciones derivan, no de un "saber jurídico" especializado, sino del sentido común y la experiencia cotidiana. Por ejemplo, cuando uno ve que alguien llora, puede inferir que está triste. La generalización que sirve de base a esta inferencia tiene aproximadamente este aspecto: "Es probable que la gente que llora esté triste", y la exactitud de la generalización se asienta en nuestras experiencias personales.

Como lo implica el término mismo, las generalizaciones no siempre son válidas. Por consiguiente, sobre la base de la información idéntica uno generalmente puede extraer una inferencia distinta simplemente adoptando una generalización diferente. Por ejemplo, si también ahora uno llega a ver que una persona llora, puede aceptar la generalización siguiente: "La gente a menudo llora cuando experimenta el colmo de la alegría", e inferir que la persona que llora se siente supremamente feliz.

La inferencia que uno extrae de la evidencia de que una persona estuvo llorando a menudo depende en parte de la generalización que nuestra experiencia sugiere que tiene más probabilidades de ser exacta. Pero también puede depender de la generalización que armoniza más con otra evidencia. La prueba relacionada con una generalización puede debilitarla o fortalecerla. Por ejemplo, la evidencia de que la persona que llora acaba de aprobar el examen para ser aceptado en el foro con-

solidará la generalización de que el individuo en cuestión deliraba de alegría, y debilitar la inferencia de que estaba triste.

{ Revisemos estos principios en el contexto de la prueba circunstancial ofrecida por Patrick en el sentido de que el Zurdo dijo a otro cliente, en otra ocasión, que todas las tarjetas de béisbol que el Zurdo estaba vendiendo eran originales y auténticas. Sobre la base de la generalización según la cual "es probable que los vendedores describan del mismo modo sus artículos a todos los presuntos compradores, el abogado de Patrick puede pedir al juzgador que infiera que el Zurdo formuló la misma declaración a Patrick". Por otra parte, el abogado del Zurdo puede adoptar una generalización del tipo de "es probable que los vendedores modifiquen el modo de describir sus artículos cuando tratan con distintos clientes en diferentes ocasiones", y que pida al juzgador que deseché la evidencia relacionada con el otro cliente. Además, cada abogado puede utilizar pruebas afines para consolidar su propia generalización o debilitar la del adversario. Por ejemplo, la prueba de que el Zurdo formuló la misma declaración a tres clientes más puede fortalecer la primera generalización, y en cambio la evidencia de que el Zurdo recibió un envío completamente nuevo de tarjetas de béisbol la mañana de la visita de Patrick, puede debilitarla.

La discusión reseñada más arriba examina las generalizaciones como vínculos entre la evidencia y las proposiciones fácticas. Pero es típico que uno también adopte generalizaciones cuando extrae inferencias relacionadas con la credibilidad. Por ejemplo, supongamos que en las repreguntas formuladas al "otro cliente", el abogado del Zurdo obtiene un testimonio en el sentido de que el cliente no puede recordar qué tarjetas de béisbol desahaba comprar al Zurdo. El abogado del Zurdo puede adoptar dos generalizaciones: "las personas que quieren comprar tarjetas de béisbol probablemente no recordarán qué tarjetas quieren adquirir", y "las personas que no pueden recordar qué tarjetas pensaban adquirir probablemente no recordarán exactamente lo que dijo el vendedor". Sobre la base de estas generalizaciones el abogado del Zurdo puede pedir al juzgador que no crea en el testimonio del otro cliente durante el interrogatorio directo.

{ El importante rol de las experiencias anteriores de un juzgador en la determinación de la exactitud de las proposiciones fácticas puede elevar nuestro concepto del significado del juicio

"por los pares." Cuanto más se parecen las experiencias del juzgador a las del cliente, más receptivo puede mostrarse aquel cuando llega el momento de extraer las inferencias que uno persigue.

3. Estructuración de las generalizaciones para relacionar la evidencia con las proposiciones fácticas

En general, las generalizaciones sobre las cuales basamos las inferencias tienen un carácter implícito. Es decir, a partir de la prueba de que una persona está llorando, podemos inferir que la misma está triste, sin formular expresamente una generalización que diga que: "Las personas que lloran probablemente están tristes." Sin embargo, la estructuración explícita de las generalizaciones sobre las cuales nosotros nos basamos o se basa nuestro adversario puede ayudar a demostrar o refutar las proposiciones fácticas de varios modos:

a) Durante el alegato final, y a menudo también en la declaración de apertura, uno puede comunicar las generalizaciones al juzgador. Esa actitud nos permite defender la exactitud de nuestras generalizaciones, y señalar los defectos en las del adversario. (Observe que uno puede formular una generalización sin temor a formular impropriadamente "la evidencia al margen del registro", aunque generalmente ningún testigo haya declarado en relación con el comportamiento de las personas o los objetos en general. Las afirmaciones extraídas de la experiencia cotidiana son elementos propios de la argumentación).

b) La estructuración de generalizaciones puede ayudarnos a calcular la fuerza probatoria de la evidencia circunstancial. Por desgracia, la complejidad de las experiencias precedentes de los juzgadores, el agregado de valores morales y sentimientos emocionales, y la dinámica creada por el conflicto contencioso, determinan que la "ciencia" que nos permite pronosticar si un juzgador extraerá una inferencia, esté a la misma altura que el pronóstico de los terremotos. Pero la formulación de una generalización puede permitirnos pensar en qué medida armoniza uniformemente con la experiencia común. Cuanto más casi todos hayan realizado la experiencia abarcada por una generalización, más exacta será probablemente dicha generalización. Así por ejemplo una generalización como "la gente en general prefiere pagar impuestos más de lo que debe" no será muy persua-

34
siva, pues tenemos una experiencia universal de sentido contrario. En cambio, una generalización como "es probable que la gente salude a otros basada en la errónea creencia de que los conoce" puede ser persuasiva, pues la mayoría de la gente ha pasado por esa experiencia.

(C) La estructuración de generalizaciones puede ayudarnos a identificar la evidencia que tiende a confirmar aquéllas o a debilitarlas, y de ese modo puede contribuir al contenido del interrogatorio directo y las repreguntas. El agregado de las palabras "especialmente cuando" a una generalización puede apoyar una prueba confirmatoria, y en cambio el agregado de los términos "excepto cuando" puede originar una evidencia debilitadora.

(Por ejemplo, supongamos que el abogado de Patrick quiere que el juzgador acepte esta generalización: "Es probable que los vendedores describan sus artículos del mismo modo a todos los presuntos compradores". Esta generalización puede ser válida, "especialmente cuando", por ejemplo, se formulan los enunciados a corta distancia temporal unos de otros, o el vendedor no sabe nada de los artículos, excepto lo que se le ordenó decir. El abogado del Zurdo puede aceptar que la generalización quizá sea válida, "excepto cuando", por ejemplo, el vendedor acaba de empezar a trabajar en el ramo, o los compradores están interesados en artículos muy distintos, o se ha criticado al vendedor porque formuló la declaración a un comprador anterior. Si cualquiera de los abogados revelase esa evidencia confirmatoria o debilitante, podría traerla a colación durante el interrogatorio directo o las repreguntas, según convenga. A su vez, incorporaría la prueba a su argumentación acerca de la exactitud o la inexactitud de la generalización.)

(D) Las generalizaciones estructuradas pueden ayudarnos a elegir preguntas referidas a los presuntos jurados durante el *voir dire* (examen preliminar). Por ejemplo, supongamos que en su carácter de abogado de Patrick, usted insiste en la exactitud de la generalización siguiente: "Es probable que los vendedores describan sus artículos del mismo modo a la totalidad de los presuntos compradores". Uno puede preguntar a los presuntos jurados acerca de cuestiones como sus experiencias con las técnicas de venta, y si han realizado la experiencia de escuchar a un

vendedor pronunciar el mismo discurso de venta en diferentes ocasiones.

LA NARRACION DE HISTORIAS VEROSIMILES EN EL JUICIO

Hasta aquí, la narración ha destacado el contenido sustantivo de los relatos. Mediante la formulación de proposiciones fácticas, el análisis de la evidencia circunstancial y el ofrecimiento de evidencias afirmativas, de refutación, explicativas y emocionales, uno puede crear relatos que destacan los datos importantes desde el punto de vista jurídico.

Esta sección concentra la atención en el aspecto restante de los relatos persuasivos: la credibilidad. Aceptamos que la prueba de la credibilidad generalmente no es algo que uno agrega a un relato, como le podría agregar sal a la sopa. La narración a menudo mezcla la prueba sustantiva con la evidencia de la credibilidad, de modo que uno no puede distinguir fácilmente dónde una forma desaparece e ingresa la otra. Por ejemplo, supongamos que Patrick atestigua que estaba a sólo un metro y medio de distancia del Zurdo cuando éste "murmuró" que las tarjetas de béisbol eran originales y auténticas. Uno puede considerar la prueba representada por las palabras "a sólo un metro y medio de distancia" como parte de la evidencia afirmativa de Patrick, o como prueba que confirma la credibilidad de la narración afirmativa de Patrick.)

Pero como los litigantes con tanta frecuencia piden al juzgador que acepte su versión de los hechos y no la del adversario, se ha llegado a definir distintos rasgos de las narraciones, los que principalmente "tienen que ver con la credibilidad." Y concerning la prueba acerca de la credibilidad al margen de la evidencia sustantiva tiene una serie de ventajas. Por ejemplo, uno puede incluir en un relato la prueba que habría omitido si hubiera limitado su pensamiento al contenido sustantivo de un relato. Asimismo, que uno considere que la evidencia influye esencialmente sobre la sustancia o sobre la credibilidad puede modificar el punto de la narración en que uno trae a colación la prueba, y el modo de organizar el alegato final.

Aquí están los factores que típicamente influyen sobre la credibilidad.

Modelo de credibilidadCredibilidad del testimonio

Consecuencia con la experiencia común

Consecuencia interna

Consecuencia con los hechos conocidos

Detalle

Credibilidad de los testigos

Conocimiento experto

Motivo

Comportamiento (incluso atracción física y estilo personal)

Jerarquía o status socio-económico

Dos advertencias en relación con el modelo. En primer lugar, no se afirma que el modelo señale factores que los juzgadores deberían contemplar. Quizá es injusto que un juzgador crea que una persona pobremente educada merece menos crédito que una persona bien educada, o que un agente de policía merece más crédito que el beneficiario de la ayuda social. Pero el abogado que participa en un juicio se enfrenta con la vida como es, no como él quisiera que fuese. Admitamos que tales consideraciones pueden representar un papel en el resultado de un juicio, e intentemos aprovecharlas o contrarrestarlas.

En segundo lugar, preparé un recurso mnemotécnico para ayudar al lector a recordar los diferentes factores, pero lo deseché después de torcerme la lengua en tres lugares en el esfuerzo por pronunciarlo.

1. Credibilidad del testimonioa. Consecuencia con la experiencia común

Syd atestigua que conoce a su mejor amigo sólo por las iniciales; no sabe qué representan esas iniciales. Ruth atestigua que mientras se detuvo en una bocacalle, esperando el cambio de la luz del semáforo, vio y puede recordar el número de licencia de un automóvil que describió un giro a la izquierda y pasó la bocacalle sin inconveniente. Eileen atestigua lo que sucedió

en una reunión importante, pero no puede recordar dónde o cuándo se realizó la reunión.

Sin saber nada acerca de estas tres personas, o de los contextos a los cuales corresponden esos elementos informativos, el lector probablemente puede juzgar que las tres tienen una credibilidad dudosa. Uno espera que la gente sepa a qué corresponden las iniciales de sus mejores amigos, y dónde se realizan las reuniones importantes, y también que no presten excesiva atención a todos los automóviles que les pasan por delante.

Estas expectativas son el resultado de la experiencia de una vida entera. Uno adquiere el sentido del modo en que las cosas suelen desarrollarse. Uno sabe cómo es probable que se comporte la gente en diferentes situaciones, qué detalles de los acontecimientos son más significativos que otros, qué sucede cuando uno ingresa en un restaurante, etcétera. Es típico que uno evalúe las versiones de los hechos suministrados por los testigos comparándolas con sus propias experiencias. Uno tiende a considerar verosímiles las versiones que armonizan con esa experiencia, y tiende a descreer de las que se contradicen.

"Objeción", dirá usted. "A menudo, ni yo ni un juzgador habremos realizado la experiencia de la situación exacta que corresponde al testigo. Por consiguiente, no podemos evaluar el testimonio de acuerdo con nuestras propias experiencias".

"Objeción rechazada!" La analogía es un instrumento de razonamiento tan poderoso en la investigación como en el análisis jurídico tradicional. Quizá uno nunca conoció a su mejor amigo sólo por las iniciales. Pero es probable que haya conocido a diferentes personas por los sobrenombres, y en el caso de los mejores amigos sepa a qué corresponde el sobrenombre. Después, uno puede utilizar su experiencia en el ambiente análogo para evaluar la declaración del testigo.

La experiencia es un medio de razonamiento tan poderoso que los juzgadores a menudo evalúan la declaración de los peritos a la luz de sus propias experiencias. Por ejemplo, un perito puede atestiguar que el hecho de que un niño de quien se abusó físicamente no se haya quejado ni huido fue un ejemplo del "síndrome de adaptación al abuso infantil". Pero cuando evalúa la evidencia, es posible que el juzgador razona: "Eso carece de sentido. He conocido a un par de niños a quienes se castigó con exceso, y por cierto inmediatamente hicieron saber a otros lo que sucedía". O un juzgador puede descreer de la afirmación del

experto a causa del mediocre comportamiento de este último mientras atestigua. En cualquier caso el juzgador evalúa el testimonio del perito utilizando el razonamiento cotidiano.

Es típico que los argumentos acerca de la credibilidad que se presentan bajo nombres más específicos son sencillamente aplicaciones conocidas del razonamiento a la luz de la experiencia personal. Por ejemplo, supongamos que un progenitor atestigua que un niño estaba durmiendo en el hogar en el momento en que, según otros testigos, el niño estaba en la escena de un robo. Que el juzgador descrea del testimonio "tendencioso" dependerá en parte de las experiencias que haya realizado acerca de los padres que mienten en beneficio de sus hijos.

Asimismo, la credibilidad puede basarse en el juicio de un juzgador acerca de la "capacidad para percibir" de un testigo. Por ejemplo, un testigo que en el caso mencionado más arriba situó al niño en la escena del robo puede haber bebido dos martinis media hora antes. O quizás el testigo estaba a unos veinte metros de distancia, en una noche de luna. Es probable que el juzgador evalúe la credibilidad de la identificación de acuerdo con las experiencias que ha realizado acerca de la eficacia con la cual la gente es capaz de percibir en tales condiciones.

Por otra parte, los argumentos relacionados con la "memoria" no son más que aplicaciones específicas de la experiencia personal. Por ejemplo, uno puede argüir que dado el número de arrestos que un policía realizó alrededor del momento en que arrestó al acusado, es improbable que pueda recordar detalles relacionados con dicho acusado. O bien puede argüirse que, dado el tiempo que transcurrió entre un episodio y el juicio, un testigo no puede recordar todos los detalles que asegura tener en la memoria. En cada caso, la "memoria" es una denominación taquigráfica de los argumentos basados en la experiencia cotidiana.

Como las experiencias no son uniformes, ciertamente de una subcultura a otra e incluso en el ámbito de una cultura, no debemos inferir automáticamente que la reacción de un juzgador frente a un relato será equiparable a la nuestra. Una técnica usual es provocar la reacción de un amigo o un colega a quien uno narra una historia. Asimismo, corresponde al abogado tratar de aprender algo acerca de las experiencias importantes de un juzgador, y en la medida de lo posible elegir un juzgador cuyas experiencias sean compatibles con determinada narración.

A pesar de toda su ubicuidad, la experiencia puede llevar a la injusticia. Aunque es posible que un juzgador tenga un sentido preciso del modo en que las cosas suelen suceder, en una situación específica lo desusado puede ser la verdad. Las alarmas antirrobo de los automóviles a veces funcionan bien; de tanto en tanto uno acierta con la fila que se desplaza más rápidamente en el supermercado. El juzgador cuya experiencia cotidiana lo lleva a descreer de lo desusado puede formular un veredicto que no atine a reflejar lo que sucedió realmente.

Pero el mero hecho de que usted defienda un relato que en algunos aspectos choqua con la experiencia de un juzgador no significa que usted está indefenso. Primero mediante el testimonio, y después con la argumentación, subraye por qué en este caso específico, los hechos sucedieron de distinto modo que lo que el juzgador esperaría normalmente. Un juzgador puede estar dispuesto a desechar las lecciones de la experiencia si usted le ofrece motivos para proceder así.

Por ejemplo, volvamos a la situación de "sólo las iniciales". Supongamos que un testigo a quien usted convoca, y cuya declaración es importante, conoce al cliente, que supuestamente es su mejor amigo, sólo por las iniciales. Usted cree probable que el juzgador se entere de ello, y utilizando implícitamente una generalización del tipo de "la gente generalmente conoce los nombres completos de sus mejores amigos", desacredite la declaración del testigo. Intente incorporar a la declaración del testigo la prueba que demuestre al juzgador que lo que puede ser válido en general no es exacto en el caso dado:

P: ¿Conoce al señor Cooper por otro nombre que no sea las letras "J.B."?

R: No.

P: ¿Jamás le preguntó qué significan las letras "J.B."?

R: No, nunca lo hice.

P: Entre sus amigos y vecinos, ¿es usual que se mencione a la gente utilizando sólo las iniciales?

R: No mucha gente usa sólo iniciales. Tengo cinco o seis amigos a quienes conozco sólo por las iniciales.

Quizá usted quiera profundizar el interrogatorio. Confía en que tales preguntas por lo menos impedirán que el juzgador rechace sin más trámite la declaración del testigo.

Asimismo, suponga que en un caso por negligencia, su cliente, que supuestamente se desplazaba en su automóvil a gran velocidad, llegó tarde a una cita importante. Sobre la base de la experiencia cotidiana, es probable que el juzgador se base en una generalización como "las personas que llegan tarde a reuniones importantes a menudo imprimen a su vehículo más velocidad que la usual". También aquí intente ofrecer un testimonio que demuestre por qué lo que a menudo puede ser cierto no lo es en este caso:

P: Cuando comenzó usted nos dijo que llegaba tarde a la reunión. ¿Eso afectó su modo de manejar?

R: No. Yo había dicho a la secretaria de Samantha que podía llegar tarde, de modo que eso no me preocupaba. Asimismo, una reunión que yo había programado para un momento ulterior del mismo día quedó cancelada, de modo que el tiempo no me aprendía para terminar a cierta hora.

Por supuesto, es posible que el juzgador no acepte la "evidencia explicativa" del testigo. Pero por lo menos, uno suministró al juzgador una base para creer que lo que puede ser cierto generalmente no lo es en este caso.

h. Consecuencia interna

Cuando usamos la experiencia, evaluamos un relato por referencia a lo que sabemos acerca del mundo exterior. Pero otro modo usual es evaluar "internamente" una historia. Tendemos a creer en la historia que "exhibe cierta armonía" y tiene lógica interna. Juzgamos con dureza a las que son contradictorias. Es probable que juzguemos al testigo que se muestra poco sincero, como un individuo equivocado, un mentiroso, o un reptil. Por supuesto, el influjo de la armonía interna se basa en la experiencia: creemos en las narraciones consecuentes la verdad tiende a exhibir dicha consecuencia.

Por lo tanto, las contradicciones internas probablemente perjudiquen la credibilidad de un relato. Quizá, por extraño que parezca, muchas veces uno tendrá conciencia de una contradicción interna en el relato, directo de un testigo. En tal caso, la pregunta puede consistir sencillamente en pedir al testigo que

replia las partes contravictorias del interrogatorio directo. (Véase el Capítulo IV, acerca de las técnicas sugeridas). Como ejemplo del modo en que los relatos pueden exhibir contradicciones internas, examine esta brevísima historia:

"Yo estaba cerca del fondo de la tienda de comestibles de la esquina alrededor de la hora del cierre. Oí un grito que venía del frente de la tienda. Al mirar hacia los corredores, vi una persona que tenía una pistola en la mano y exigía dinero. Era un individuo muy corpulento. Me incliné para evitar que me viese, y no emití el más mínimo ruido. Oí que alguien decía: 'Dése prisa, o le disparo'. Después, la misma voz dijo: 'Agáchese y permanezca así', y oí que se abría la puerta. Imaginé que el ladrón había salido de la tienda, de modo que me incorporé para ver cómo estaba el empleado. Al hacerlo, pude ver al ladrón. Lo vi muy bien; diría que medía 1,75 metros, pesaba unos 80 kilogramos, y tenía piel blanca. Me pareció que cojeaba un poco".

El relato incluye contradicciones. El testigo primero describe al ladrón como "corpulento". Pero cuando aporta detalles adicionales, nos habla de una persona de contextura mediana - 1,75 metros y poco más de 80 kilogramos -. Las contradicciones internas a menudo se deslizan en los relatos de los testigos, los cuales por supuesto tienden a ser más extensos que el que acabamos de transcribir. Además, los testigos a menudo se contradicen cuando intentan armonizar las opiniones ("corpulento") con los detalles ("1,75 metros", "80 kilogramos").

Otras veces, uno origina una contradicción interna aportando la prueba de una declaración previa contradictoria. (Véase el Capítulo IV, donde se sugieren técnicas de recusación). Como todos sabemos, un enunciado previo y contradictorio siempre es admisible para recusar a un testigo; a veces, también es admisible por su propia validez. Sin embargo, el influjo de una declaración previa contradictoria sobre la credibilidad tiende a variar mucho. En el ejemplo del robo, la declaración previa del testigo ("nunca oí hablar al ladrón") es probable que afecte severamente la credibilidad de la historia. Por otra parte, si el testigo declara: "Yo fui a la tienda para comprar papas fritas", y uno lo recusa por su declaración anterior, "estaba bus-

cando susi y repollitos", un juzgador bien puede (a) ignorar la contradicción y (b) suponer que el testigo vive en California.

Por lo menos en los casos civiles, las declaraciones son la fuente más usual de enunciados previos contradictorios. Y el conocimiento de que la transcripción de una declaración puede ser utilizada como recurso de recusación influye sobre el interrogatorio por referencia a la declaración. El valor probatorio de la impugnación probablemente aumentará si uno obtiene una declaración testimonial breve y clara. Por ejemplo, supongamos que uno se dispone a recusar a un testigo que declaró ante el tribunal: "Cuando el Chevy comenzó a virar hacia la izquierda, la luz era verde". Compárense las posibilidades de impugnación sobre la base de los siguientes fragmentos de la declaración:

Transcripción A de la declaración:

P: ¿Y qué sucedió después?

R: El Chevy llegó a la bocacalle y comenzó a virar hacia la izquierda.

P: ¿Y de qué color era la luz en ese momento?

R: Era roja.

Transcripción B de la declaración:

P: ¿Y qué sucedió después?

R: El Chevy llegó a la intersección y comenzó a virar hacia la izquierda.

P: ¿Cuánto había avanzado hacia la bocacalle ese Chevy cuando comenzó a virar hacia la izquierda?

R: Yo diría que estaba en la mitad de la bocacalle.

P: ¿Y usted vio el color de la luz en el momento mismo en que el Chevy había llegado a la mitad de la bocacalle y se disponía a virar hacia la izquierda?

R: Sí, la había visto. La luz estaba frente a mí.

P: ¿De qué color era la luz en el momento en que el Chevy comenzó a virar hacia la izquierda?

R: La luz era roja.

El testimonio de ambas transcripciones parece contradecirse con la declaración del testigo ante el tribunal. Pero el poder discutirlo. El interrogador pregunta acerca del color de la luz "en ese momento". Pero, *¿en qué momento?* ¿Cuando el Chevy entró en la bocacalle, cuando comenzó a virar hacia la izquierda, o cuando ya había completado la maniobra? La pregunta es tan imprecisa que el testigo fácilmente puede evitar el intento de impugnación. Enfrentado con el testimonio de la declaración previa, el testigo puede responder: "Interpreté mal la pregunta. Pensé que usted se refería a la situación después que el Chevy había virado hacia la izquierda. Sé muy bien que cuando comenzó a virar hacia la izquierda la luz era verde". La transcripción B no deja lugar al malentendido, y permite obtener una recusación más eficaz.

Obsérvese que una declaración previa no necesita contrariar directamente el testimonio para afectar la credibilidad. Si el único modo de que el abogado pueda recusar el testimonio "la luz era roja" es apelando a una declaración previa, según la cual "la luz era verde", lo más probable es que se vea en graves dificultades para llegar a algún tipo de impugnación. Mientras una declaración previa se contradiga *en efecto* con un testimonio ante el tribunal, es admisible y puede perjudicar la credibilidad de un relato. Por ejemplo, cada uno de los enunciados que presentamos más abajo se contradice con el testimonio: "El primer plato de comida estaba demasiado caliente".

1. "Había un plato de comida sobre la mesa."
2. "Yo estaba tan atareado que no tuve tiempo para comer."

Después que se recusó a un testigo utilizando una declaración previa contradictoria, uno puede tratar de rehabilitar la credibilidad del testigo ofreciendo cualquiera de las formas de testimonio de refutación. Es decir, el testigo puede negar que formuló la declaración previa ("jamás dije eso") o puede ofrecer una explicación ("lo dije pero... estaba nervioso"; o "me equivocé"; etc.).

c. Consecuencia con los hechos establecidos

Del mismo modo que elegir el lugar donde cenaremos es más fácil si primero decidimos que deseamos, por ejemplo, comida italiana, también para el juzgador es más fácil resolver las diferencias fácticas si considera comprobados ciertos hechos.

Los hechos comprobados pueden convertirse fácilmente en piedra de toque que el juzgador utiliza para evaluar otras evidencias. Un juzgador tiende a creer en el testimonio que coincide con los hechos establecidos, y a describir en lo que no coincide. Así, uno puede elevar el valor probatorio de un relato al persuadir a un juzgador de que considere como hecho demostrado la evidencia favorable, y a que juzgue la exactitud de las narraciones competidoras de acuerdo con su armonía con el hecho comprobado.

Por definición, los hechos que las partes estipulan, o aquellos de los cuales un tribunal toma nota judicial, son hechos comprobados. Si un hecho comprobado es favorable a nuestro relato, la tarea principal que afrontamos es persuadir al juzgador de la importancia del hecho para una comprensión exacta de lo que sucedió. Por ejemplo, supongamos que en una violación de la acción contractual, nuestro cliente intenta persuadir al juzgador de que se concertó un contrato durante cierta reunión. En el juicio, las partes estipulan que se estrecharon las manos al finalizar el encuentro. Cómo "se estrecharon las manos" es un hecho comprobado, uno puede subrayar durante la declaración de apertura y el alegato final la importancia de ese hecho como prueba de que se concertó un contrato.

Aparte de los hechos estipulados y observados judicialmente uno tiene que convencer al juzgador de que debe tratar la prueba como un hecho establecido. Es evidente que comenzar una pregunta con las palabras: "Testigo, permítame señalarle como hecho comprobado..." no producirá ese efecto. Sin embargo, uno puede persuadir al juzgador de que considere hechos probados las formulaciones incluidas en los documentos y la declaración originada en testigos muy verosímiles. Por ejemplo, en la violación de la acción contractual, es posible que la contraparte niegue el testimonio de nuestro cliente referido al hecho "se estrecharon las manos". Uno puede exhortar al juzgador a considerar como un hecho establecido la declaración de un testigo que no coincide con la del cliente y que también atestigua

que las partes se estrecharon las manos. Por lo tanto, sin que se distinga de que el hecho fue establecido mediante una estipulación u observación judicial, uno puede subrayar la importancia de ese hecho como prueba de que se concertó un contrato.

Uno no necesita limitar a la declaración de apertura o el alegato final la importancia atribuida a los hechos establecidos. Durante el interrogatorio directo a los testigos, uno puede intentar conscientemente obtener un testimonio que coincida con los hechos establecidos, y durante las repreguntas puede tratar de obtener un testimonio que los contradiga.

d. Detalle

La experiencia nos enseña que si hemos participado en un hecho o le prestamos atención, podemos recordar una serie de detalles pertinentes. Asimismo, podemos haber recogido cierta impresión en el sentido de que es difícil decir una mentira detallada. Hasta cierto punto, el detalle tiende a convencer al juzgador de que una historia es verosímil. Eso es válido sobre todo si los detalles son sobremañera, importantes o vívidos. (Por ejemplo: "El cuchillo que me apuntaba tenía por lo menos quince centímetros de longitud"). Asimismo, los detalles tienden a acentuar la credibilidad cuando un testigo ofrece una explicación por haber recordado determinado detalle. (Por ejemplo: "Noté inmediatamente que el tupé era falso porque el de mí tío siempre se inclinaba exactamente del mismo modo"). Incluso si ayudan a persuadir al juzgador de que cierta evidencia fundamental, servidor sincero, con una memoria clara. Además, aportar detalles acerca de ciertos hechos pero no de otros puede ayudar a persuadir a un juzgador de que los hechos detallados tienen una importancia particular.

Sin embargo, la experiencia también enseña que nuestra capacidad para observar y recordar detalles es limitada. El testimonio acerca del color de los cabellos de una persona y los rasgos faciales generales puede ser verosímil; el testimonio acerca del número de pecas que tiene una persona pone a prueba la credibilidad. Más aún, el exceso de detalle puede determinar que la atención del juzgador derive del testigo a pensamientos acerca de experiencias más agradables.

Pero en general, la inexperiencia puede inducirnos a utilizar un número muy reducido y no muy elevado de detalles. Quizá porque una historia nos parece muy familiar cuando llega el momento del juicio, o porque es típico que la sociedad afirme que la persona que aporta detalles es "aburrida", uno puede contentarse con las descripciones finales de los hechos. El hecho mismo de conocer esta tendencia puede ayudarnos a decidir que es necesario aportar detalles adecuados.

2. Credibilidad de los testigos

a. En general

Sabemos por la experiencia cotidiana que el modo de reaccionar frente a la información en parte está influido por lo que sabemos acerca de su fuente. Por ejemplo, nuestra reacción frente a un discurso político tiende a verse influida por la posibilidad de que el orador parezca compartir los valores que nosotros afirmamos. Asimismo, nuestra creencia en la interpretación que hace un tercero de los datos enviados por el último satélite de la NASA probablemente estará determinada por los antecedentes científicos de la persona en cuestión.

En general, la investigación en ciencias sociales convalida el efecto de los atributos personales del individuo que habla sobre la credibilidad de los mensajes. Por ejemplo, en un tipo de experimento, se concentra a los grupos de oyentes en los audios con el propósito de que escuchen un discurso acerca de las cuestiones del momento. Se indica a algunos grupos que el orador pertenece a un grupo con respecto al cual la mayoría de los oyentes alienta sentimientos negativos (por ejemplo, el Partido Nazi Norteamericano). Se dice a otros grupos que el orador pertenece a un núcleo popular, al que adhiere la mayoría de los asistentes (por ejemplo, la Cámara de Comercio; la Liga de Mujeres Sufragistas). Aunque todos los grupos escuchan el mismo mensaje, las reacciones de la gente varían mucho según la afiliación que atribuyen al orador.

En el juicio, nuestra capacidad para controlar a los testigos es limitada. Si se trata de elegir entre Eleanor Roosevelt, Albert Einstein y la Comadreja, usted ya sabe quién es el que probablemente se desempeñará como un testigo sagaz en beneficio de la causa que usted representa. Asimismo, las reglas de la prueba

restringen nuestra posibilidad de ofrecer una evidencia significativa acerca del buen carácter de un cliente o un testigo. Quizás sólo como parte de la selección de un testigo experto uno puede elegir conscientemente sobre la base de los antecedentes personales.

De todos modos, a usted le corresponde comprender los factores que tienden a gravitar sobre la reacción del juzgador frente a los testigos. A veces, uno puede decidir que no convocará a un posible testigo porque a su juicio la contribución que hará resultará sobradamente compensada por el efecto personal negativo. En otras ocasiones, uno puede tratar de superar lo que cree será la reacción negativa del juzgador enfrentándola conscientemente mediante la evidencia y durante el alegato. Por ejemplo, supongamos que un adversario atacará la credibilidad de la declaración de un testigo con el argumento de que el testigo es una persona tendenciosa. Si uno incluye conscientemente en la declaración del testigo un elemento o dos de prueba que no favorecen a su cliente, puede argüir que el testigo está declarando honestamente, y que está dispuesto a permitir que su declaración desemboque en el resultado que naturalmente le corresponde.

b. Evidencia acerca de la credibilidad específica versus la credibilidad general

A veces, la evidencia acerca de la credibilidad afecta toda la historia de un testigo. Por ejemplo, puede criticarse todo el testimonio de una de las partes afirmando que es "tendencioso", y en cambio el relato de otro testigo puede adquirir credibilidad a causa de la elevada jerarquía de la profesión del testigo. En otras ocasiones, la prueba acerca de la credibilidad afecta sólo una determinada parte de la narración. Por ejemplo, si el testigo se encuentra en una posición excelente para observar un incidente, ese aspecto puede realzar el mérito de la narración del testigo con respecto al incidente, pero tendrá escasa influencia sobre otras partes.

La clasificación de la evidencia acerca de la credibilidad como una cuestión específica o general, aunque sumamente discutida por derecho propio, puede tener consecuencias importantes para la organización del testimonio. En su forma típica, uno presenta pruebas de la credibilidad general, así como otros

testimonios referidos a los antecedentes al principio de la declaración de un testigo, antes de entrar a la historia propiamente dicha. En cambio, es típico que uno yuxtaponga la evidencia acerca de la credibilidad a la parte de la historia que la misma tiende a reforzar. Por consiguiente, es lógico que uno aporte prueba en el sentido de que un testigo tuvo una oportunidad excelente de observar un incidente y lo haga en el punto de la historia en que uno arrima pruebas del incidente.

c. *Conocimiento experto*

El juzgador probablemente creará a los testigos que poseen un conocimiento especial del tema de su testimonio. En el caso de algunos lectores, la mención del "conocimiento experto" connota la imagen de personas que visten chaquetas blancas y tienen estetoscopios en el bolsillo. Otros lectores pueden pensar en los médicos. Sin embargo, tenemos una imagen más exacta del conocimiento experto en la frase de Will Rogers: "Todos somos estupidos, excepto que en áreas diferentes". Si es importante por referencia al contenido de un juicio, la experiencia y la formación originales de cada persona puede aportar conocimiento experto a un juzgador.

Así, los testigos pueden suministrar conocimiento experto sin que sea necesario que se los califique formalmente como peritos. En relación con el tema de la sobriedad de una persona, un *barman* puede transmitir conocimiento experto. Asimismo, en la cuestión de la causa del fracaso de una cosecha del nabo, un agricultor puede suministrarlos su sabiduría. Un testigo que ha vivido veinte años en un vecindario puede transmitir su conocimiento experto cuando describe el accidente que sucedió en su calle. Incluso al margen de los antecedentes, la proximidad de un testigo a los hechos puede aportar conocimiento experto. Por ejemplo, un juzgador puede considerar que un testigo que escuchó una conversación acerca del mismo modelo de automóvil que él se propone comprar como una persona que es experta en relación con lo que se dijo.

La prueba que en otras condiciones sería inadmisiblemente por- que implicaría un juicio acerca del carácter, puede ser admisible para comprobar el conocimiento experto de un testigo. Por ejemplo, supongamos que uno pregunta al testigo: "¿Cuánto tiempo hace que vive en el vecindario?" Si la respuesta nada

tiene que ver con un tema en discusión, puede considerársela una evidencia objetable que lleva a emitir juicio acerca del carácter, con el argumento de que la residencia prolongada muestra únicamente la estabilidad de una persona. Pero si la familiaridad del testigo con el vecindario revela un conocimiento experto por referencia a un incidente que sucedió en el mismo vecindario, la pregunta en general será considerada pertinente.

d. *Motivo*

Las motivaciones que un juzgador probablemente considerará cuando evalúa la credibilidad son conocidas por todos los que están familiarizados con Aristóteles, Shakespeare o la serie "Dinastía". Todos sabemos que la declaración de un testigo puede estar teñida por aspectos como el dinero, el amor, la amistad, el dinero, los celos, el odio y el dinero. Quizá en unas pocas ocasiones uno incluso percibió su propia inclinación (por supuesto, siempre contenida) a manipular un poco las cosas en su propio beneficio. En cambio, uno puede apreciar a un testigo "neutral" con el mismo éxtasis con que un botánico aprecia una rosa de belleza sin igual.

Aunque los abogados aportan rutinariamente evidencia de la motivación para atacar la credibilidad, y evidencia de la neutralidad para apoyar la credibilidad, rara vez analizan con cuidado la relación, si alguna existe, entre el motivo y la historia. Por ejemplo, supongamos que la situación financiera de Bruce mejorará si pierde la parte contra la cual atestigua, es decir la de Bette. ¿El juzgador debe inferir que Bruce está cometiendo perjurio, o exagerando un poco? ¿O el interés financiero de Bruce colorea sus percepciones desde el comienzo, de modo que su declaración es honesta, pero está equivocada? Generalmente, a menos que la motivación pueda imputarse a determinado incidente, o ha desembocado en un cambio dramático del relato, los abogados se satisfacen arguyendo imprecisamente que "la declaración de Bruce es producto de su interés financiero en que Bette pierda el caso, y por lo tanto no es creíble".

Al mismo tiempo, uno puede inclinarse a atribuir excesiva importancia al motivo, o a la ausencia del mismo. Pues la mayoría de los testigos están expuestos a imputaciones relacionadas con el motivo:

1. Como la mayoría pasa la parte principal de su tiempo con personas con las cuales mantiene una relación personal u ocupacional, se deduce que cuando los hechos originan el litigio, el caudal de posibles testigos tiende a incluir a muchas relaciones personales.

2. Se paga su tiempo a los peritos, y la ocupación futura del individuo como perito puede depender de la fuerza de sus conclusiones como experto.

3. Es posible que un empleador no tenga un interés financiero directo en que un trabajador lesionado cobre indemnización; pero las futuras primas del seguro de desocupación pueden elevarse si el empleado tiene éxito.

4. Los testigos "neutrales" a menudo están comprometidos psicológicamente por lo que inicialmente dijeron acerca de lo que sucedió, referencias a las cuales quizá recuerden más que a los hechos mismos. Y una vez que la narración inicial los alinea con una parte más que con otra, es posible que simpaten naturalmente con esa parte, estrechamente vinculada con ellos, más que con un "demandante" o un "demandado" abstractos.

Así, con la mayoría de los testigos potencialmente sujetos a reclamos referidos a la motivación, puede suceder que los juzgadores en general ignoren todas las motivaciones, salvo las que son especialmente intensas, y que determinan evidentes problemas testimoniales.

Supongamos que usted está seguro de que un adversario se propone presentar evidencia de motivación en las repreguntas a uno de nuestros testigos. Usted quizá ignore la evidencia, o la deseché durante el alegato final, con un comentario como "por supuesto, los principales testigos de mi cliente fueron sus padres. ¿Con quiénes supone usted que puede estar un pequeño de seis meses de edad?" O bien uno puede tratar de "suavizar el filo de las repreguntas". En otras palabras, uno puede referirse a la evidencia motivacional durante el *voir dire* (examen preliminar del jurado), la declaración inaugural, el alegato final o abordar el tema en el interrogatorio directo. De ese modo, no sólo es posible que uno desarme el ataque agresivo de su antagonista, sino que también pueda referirse a la prueba motivacional de un modo que minimize su significado. Por ejemplo, aquí el interrogador incluye la evidencia del interés financiero del testigo en el resultado de un caso durante el interrogatorio directo al testigo.

P: Dirija su atención hacia el encuentro en que Claire, la socia solidaria, reveló los derechos de privilegio sobre la propiedad Orange, y por favor describa lo que sucedió.

R: Bien, comenzó distribuyendo un análisis preparado por su abogado. Dijo que los socios comanditarios tendrían que aportar otros 200,000 dólares si deseaban conservar la propiedad. Dijo que ella estaba completamente excedida, y no estaba obligada a contribuir con más recursos financieros.

P: ¿Usted era socia comanditaria en el acuerdo acerca de la propiedad Orange?

R: No.

P: ¿Cómo llegó a participar en esa reunión?

R: Bien, yo participaba en una sociedad comanditaria afín, la propiedad Lemon. Claire era también la socia solidaria en esa propiedad, y yo sabía que lo que sucediera con la asociación Orange me afectaría.

P: ¿Ahora usted está litigando con Claire acerca de la propiedad Lemon?

R: Sí.

P: ¿Su testimonio se ve afectado por el hecho de que lo que suceda con Claire en este caso pueda influir sobre el resultado del litigio por la propiedad Lemon?

R: Puedo negarlo sinceramente. Por supuesto, no deseo perder mi dinero, pero al intervenir comprendí que la inversión era bastante especulativa, de modo que a decir verdad no puse una suma muy elevada. Además, ésta es una disputa comercial, pero Claire y yo aún somos amigos.

P: Muy bien. Regresemos por un momento a ese encuentro. Después que Claire distribuyó el análisis de su abogado...

Aquí, las preguntas subrayan el posible motivo financiero que modifica el testimonio de tal modo que tiende a minimizarlo. En el interrogatorio directo, a diferencia quizá de las repreguntas, el testigo puede explicar su interés financiero mínimo y su amistad. Asimismo, la inserción del testimonio acerca del

motivo en el contexto de la reunión puede limitar su posible efecto. La investigación de las ciencias sociales sugiere que el efecto del motivo disminuye cuando un oyente escucha información antes de saber de la motivación.

e. Comportamiento

El comportamiento es la reunión de rasgos físicos y elementos idiosincráticos que tienden a aumentar o disminuir la credibilidad. Por ejemplo, los juzgadores tienden a desconfiar de los testigos que declaran con vacilaciones o con mucho nerviosismo; que son físicamente "inestables", que parecen poco atractivos o desaliñados; o que tienen cierto aire de "falsedad". Las personas que exhiben los rasgos contrarios pueden gozar de mucha credibilidad.)

Uno puede tratar de influir sobre el comportamiento de sus propios testigos. Por ejemplo, uno puede pedir a un testigo que identifique y explique una prueba; mucha gente se siente más cómoda y confiada cuando puede aferrar y describir objetos. O puede impartir una serie de instrucciones antes del juicio, por ejemplo acerca del modo de vestir (correctamente), de responder a las preguntas (brevemente, sin tomar la iniciativa de aportar información) y del modo de fijar la vista (al juez y los jurados).

Pero es posible que ese consejo aporte escasos resultados. El comportamiento en su forma típica es una suma total de rasgos y apariencia. Si se cambia uno cualquiera, puede influirse negativamente sobre la credibilidad. La recomendación en el sentido de mantener el contacto ocular puede ser contraproducente si un testigo mira constantemente al juez mientras declara. El testigo que viste desordenadamente y habla con un lenguaje colorido puede perder credibilidad cuando se ve constreñido por el atuendo "correcto" y las normas gramaticales. El testigo que se siente nervioso porque no sabe si podrá recordar su propia declaración puede sentirse todavía más nervioso cuando intenta recordar las instrucciones del abogado.

De todos modos, la responsabilidad profesional frente al cliente exige que uno intente que sus testigos proyecten el comportamiento más verosímil que sea posible. Tal vez el abogado descubra que estas sugerencias son útiles:

1. *Excursiones al área.* Antes de declarar, lleve a los testigos a la sala del tribunal, invíelos a ver parte de un juicio, y sugiera preguntas que formulen preguntas. Trate de que confíen en usted, y evite formular preguntas como "¿Quién es esa persona ataviada con una túnica negra?"

2. *Ensayo.* Repase el interrogatorio directo y las repreguntas ajustadas al desarrollo previsto. Formule en su despacho las preguntas ajustándose al mismo esquema que utilizará en el tribunal. Cuando un abogado se queja de que "el testigo cambió su actitud conmigo", la razón puede consistir en que el abogado comenzó cambiando su propia actitud frente al testigo. Por ejemplo, el comportamiento casual en el estudio y el interrogatorio en estilo coloquial pueden chocar con el comportamiento formal en la sala del tribunal y con la sintaxis apropiada para un análisis doctoral de la poesía de Keats. Usted es el profesional, adaptese a sus testigos, antes que esperar que ellos se adapten a usted.

3. *Alegato.* Por lo menos parte de las reacciones de un juzgador frente a los rasgos de comportamiento negativos puede ser inconsciente y rechazada si se llama la atención del juzgador sobre el tema. Por ejemplo, usted puede argüir:

"El abogado de la parte contraria puede sostener que Kevin no es verosímil, porque estaba nervioso, y quizá no vestía como una persona que comparece todos los días ante el tribunal. Afirmo que, por razones que examinaré en un momento, el testimonio de Kevin fue extremadamente verosímil, y que su atuendo y su comprensible nerviosismo no deben representar ningún papel en vuestra decisión. Era presumible que se sentiría nervioso..."

Este tipo de argumento no sólo pide al juzgador que rechace una base irracional de decisión, sino que además presenta al adversario como el defensor de la argumentación irracional.

4. *Instrucciones en la sala del tribunal.* Por lo menos durante el interrogatorio de los testigos legos, muchos jueces concederán cierto margen de maniobra al abogado. Usted puede decir a un testigo evidentemente nervioso: "Cálmese, está desempeñándose muy bien. Límitese a escuchar lo que le preguntan, y conteste lo mejor que pueda". El abogado puede decir al testigo cuya mirada está clavada en aquél: "Bien, por favor, mire directa-

mente a los jurados y dígalos si usted..."; o "Por favor, repita el juramento, esta vez sin tener los dedos cruzados".

f. Status socio-económico

Esta categoría cubre una colección de factores de credibilidad, cuya mejor denominación es quizá "el prejuicio". Los jóvenes y los viejos. Los ricos y los pobres. Los propietarios y los inquilinos. Los grupos raciales. En nuestra sociedad políglota, todos gozan de la paz mental que proviene de saber que pertenecen a grupos que provocan la antipatía de los miembros de otros grupos. En el juicio, la antipatía puede convertirse en incredulidad. Inversamente, los juzgadores pueden creer en la declaración de los testigos que tienen un *status* análogo al suyo propio.

Cuando los factores socio-económicos representan un papel, es posible que enfrentarlos sea especialmente difícil. Nada tienen que ver con la historia de un testigo, o con sus atributos personales y su comportamiento. Más bien cabe afirmar que un testigo se ve disminuido (o elevado) a causa de las cualidades percibidas de un grupo amorfo.

Un análisis detallado de la investigación influida por el *status* socio-económico excede el alcance de este manual. Pero en general, las respuestas del abogado probablemente correspondrán a uno de dos tipos:

1. *Arguya explícitamente la cuestión.* Mucha gente se resiste a examinar los sentimientos relacionados con el prejuicio y los estereotipos, y puede avergonzarse ante la perspectiva de reconocer su existencia. Así, cuando uno señala la posibilidad de que un juzgador puede evaluar la credibilidad de acuerdo con el *status* de un testigo, y arguye que ese comportamiento es injusto e irracional, el juzgador puede rechazar conscientemente dicho comportamiento. Aunque la intención consciente tal vez no elimine el prejuicio subconsciente, durante un breve instante puede contrarrestarlo.

2. *Aporte prueba individualizadora.* Este enfoque no implica rechazar de frente un estereotipo, y más bien se basa en la evidencia para sugerir que el estereotipo no se aplica al testigo en cuestión. Por ejemplo, supongamos que su testigo es un inquilino de ingresos bajos. Usted teme que el juzgador piense que "los inquilinos de ingresos bajos son irresponsables", y por con-

siguiente no cree en el testigo. Uno puede proponer y subrayar la evidencia de la responsabilidad de este testigo específico. El juzgador puede mantener su prejuicio, pero uno puede alcanzar un veredicto favorable.

G. CONCLUSION

Este capítulo ha explorado los factores que probablemente afectarán el proceso de la investigación en el juicio. Los capítulos siguientes analizan las técnicas que pueden permitir que uno persuada al juzgador, señalando de qué modo esos factores se combinan en favor del cliente.

CAPITULO III

EL INTERROGATORIO DIRECTO

4. CONSIDERACIONES GENERALES

1. La necesidad de interrogatorios directos persuasivos

Es típico que el éxito en un juicio dependa de la creación de una historia afirmativa verosímil durante el interrogatorio directo. Esta formulación puede parecer herética a las personas cuyas imágenes de un juicio provienen de los dramaturgos. Pues en el drama, la victoria parece depender siempre de una pregunta en la cual un testigo, enfrentado de pronto con una información devastadora, confiesa angustiado una fechoría. Pero como el lector vío en el Capítulo II, es típico que cada parte trate de demostrar la exactitud de una historia afirmativa. El interrogatorio directo es la principal oportunidad que uno tiene para narrar su historia.

No debe pensarse en el interrogatorio directo simplemente como la fase del juicio en la cual se inserta en el registro la prueba favorable, y se utiliza el alegato final para persuadir al juzgador. La investigación sugiere que los juzgadores tienden a definir su posición bastante antes del alegato final. Los psicólogos hablan de las "disposiciones mentales", las cuales una vez formadas quizá sea difícil modificar. Por ejemplo, si se necesitara una cantidad "X" de datos para convencer a un juzgador totalmente neutral, tal vez fuera necesario "X + 3" para convencer a quien ha adoptado una disposición mental desfavorable. Uno puede comprobar personalmente esta afirmación comparando las impresiones que recibe de dos personas a partir del siguiente par de adjetivos:

fuerte y

A. Generoso, digno de confianza, egocéntrico, sin humor, odioso.

B. Odioso, sin humor, egocéntrico, digno de confianza, generoso.

Aunque las palabras son idénticas, su disposición puede haber inducido al lector a formarse una impresión más favorable de la persona "A". Y esa impresión favorable bien puede convertirse en una "disposición mental" en favor de "A", en el sentido de que "B" difícilmente podrá superar.

Por supuesto, una recomendación rutinaria al jurado les recuerda: "No formen opiniones hasta que finalmente les sometan el caso". Pero la existencia misma de la recomendación demuestra que un jurado puede comenzar a resolver un caso desde el momento en que ve nuestro portafolios. Así, un interrogatorio directo eficaz es más que un repaso de la historia de un testigo con una proporción mínima de objeciones. Un examen directo eficaz persuade al juzgador de que la declaración de un testigo es exacta, y ayuda al juzgador a identificar la evidencia importante que demuestra las proposiciones fácticas.

La atención a las técnicas persuasivas en el interrogatorio directo es importante sobre todo en el ambiente oral del juicio. Los estudios acerca de la conciencia cognitiva demuestran que alrededor del 85 % de lo que aprendemos es resultado del aprendizaje visual. Un mero 5-10 % de nuestro aprendizaje es consecuencia de la audición. Como lo confirman nuestras experiencias estudiantiles, la mayoría sencillamente no somos muy eficientes en el aprendizaje oral. Sin embargo, aunque uno propone pruebas, el juicio es principalmente un episodio oral. Los abogados y los testigos intentan "enseñar" a los juzgadores esencialmente hablándoles. No es posible suministrar a un juzgador una transcripción con el fin de que la lea, o una "pildora de pruebas" para saborear. Uno debe basarse en técnicas de interrogatorio que tienden a elevar la eficacia del aprendizaje oral del juzgador.

2. El interrogatorio directo como narración de una historia

Usted es el fiscal, y llama al señor Resnik con el fin de que declare acerca de los actos de la señorita Shelley, a quien se acusa de homicidio:

P: Señor Resnik, ¿dónde trabajaba usted?

R: Soy el subgerente de un supermercado A & P.

P: ¿Cuáles son sus obligaciones como subgerente?

R: Bien, confecciono los horarios de los empleados, atiendo las quejas y las preguntas de los clientes, me aseguro de que los estantes del local estén abastecidos y de que el local esté limpio... esa clase de cosas.

P: ¿Cuánto tiempo hace que desempeña el cargo de subgerente?

R: Alrededor de cuatro años.

P: Señor Resnik, deseo llamar su atención sobre la fecha del 12 de marzo de este año, alrededor de las 18:00 horas. ¿Dónde estaba usted entonces?

R: Estaba sacando al perro para dar el habitual paseo vespertino.

P: ¿Dónde se encontraba usted exactamente?

R: En la manzana 600 de Hayvenhurst, inmediatamente después de los campos.

P: ¿Vio a la señorita Shelley, la dama sentada allí, mientras usted paseaba a su perro?

R: Sí, la vi.

P: Por favor, describa lo que vio.

R: Yo estaba caminando por la acera, cuando vi que la dama descendió del automóvil y caminaba hacia una casa.

P: ¿Puede decirnos qué casa era?

R: Una casa blanca con una raya azul; el jardín enfrente mostraba casi toda su superficie ocupada por enredadera. No conozco la dirección exacta.

P: ¿Con cuánta claridad alcanzó a ver a la señorita?

R: Con bastante claridad. Cruzó frente a mí, y yo estaba apenas a cinco metros de distancia. Aún no había oscurecido del todo.

P: ¿Había algo peculiar en ella?

R: Diría que sí. Portaba un arma.

P: ¿Qué clase de arma?

R: No sé mucho de armas de fuego, y por eso no puedo responder con exactitud. Pero parecía una pistola, no un rifle ni nada semejante.

P: Por favor, explique qué quiere decir cuando afirma que "parecía una pistola".

R: Bien, tenía un cañón corto, quizá diez o doce centímetros. Vi un solo caño, y el color era oscuro.

P: ¿Qué recuerda de la culata?

R: No pude ver con igual claridad esa parte, pero alcancé a percibir que toda la culata calzaba bien en la mano de la mujer.

P: ¿Recuerda en qué mano portaba el arma?

R: Sé que estaba en su mano izquierda, porque vi inmediatamente el arma, y yo me encontraba a la izquierda de la mujer.

P: ¿Puede explicarnos cómo caminaba?

R: Yo diría que se daba prisa... no corría, pero se desplazaba con más velocidad que la que suele mostrar la persona que camina.

P: ¿Pudo verle la cara en cierto momento?

R: Sí.

P: ¿Cómo describiría su expresión facial?

R: Diría que parecía enojada.

Abogado de la contraparte: Objeción, Su Señoría, y pido que se suprima esa respuesta. Falta de fundamento.

Juez: Sí, se elimina esa respuesta.

P: Señor Resnik, ¿qué hizo usted después que vio que la dama se acercaba a la casa con el arma?

R: Corrí a mi casa, a dos calles de distancia, y llamé a la policía. Permanecí en mi hogar, tenía miedo de salir lastimado.

P: Gracias, por el momento nada más.

Esta narración puede diferir en algunos aspectos de la que Resnik quizá relatase en el discurso social común. La necesidad de demostrar proposiciones fácticas específicas significa que sub-

rayaremos especialmente algunas partes decisivas del relato. Por ejemplo, como una proposición fáctica es "Shelley disparó (sobre la víctima)", el relato subraya especialmente la posesión del arma y el lugar exacto en que se encontraba la acusada. Y la necesidad que uno tiene de demostrar la veracidad del relato significa que el juzgador recoge información acerca de los antecedentes personales de Resnik, su capacidad de observación ("todavía no estaba oscuro"), y diferentes detalles (descripción del arma). Además, el juzgador escucha la explicación de Resnik acerca del motivo por el cual él recuerda que el arma estaba en la mano izquierda de Shelley.

Pero mientras uno adapta un relato a los requerimientos del ambiente del tribunal, de todos modos el interrogatorio directo adopta la forma conocida de un relato. Los hechos surgen sobre todo en orden cronológico, partiendo de un momento que precedió al instante en que Resnik vio a la acusada, y concluyendo con sus heroicos actos concomitantes.

3. La verdad, y nada más que la verdad

Como el lector puede ver, la adaptación de un relato a la sala del tribunal generalmente lo obliga a modificar la historia que un testigo probablemente narraría de distintos modos en una ocasión social. Por ejemplo, es típico que uno acerque detalles acerca de hechos que tienen especial importancia por referencia a las proposiciones fácticas, y subraye la información relevante a la credibilidad. ¿Estas formas de adaptación armonizan con nuestro deber como funcionarios del tribunal en el sentido de ofrecer un testimonio al que uno atribuye carácter de información veraz?

Un modo de abordar esta cuestión es hacerlo mediante una analogía. Consideremos dos mapas de Estados Unidos. Uno que muestra los Estados de acuerdo con sus límites geográficos, y el otro que los relaciona con su población. Los dos mapas pueden ser exactos, pero parecer muy distintos porque fueron trazados teniendo presentes propósitos diferentes.

Cuando desarrolla una historia en el interrogatorio directo, el abogado se asemeja a un cartógrafo. La historia que evoca en el interrogatorio directo no es menos veraz que el relato de carácter social. Como el cartógrafo que adapta un mapa a la población, usted adapta un relato a las proposiciones fácticas. Las

proposiciones mismas le dicen qué evidencia debe subrayar en una narración; el sistema acusatorio y las limitaciones inherentes a las palabras lo obligan a tratar de persuadir a un juzgador en el sentido de que la prueba fundamental que usted aporta es exacta. Por consiguiente, usted no sacrifica la verdad en beneficio de su defensa al ampliar el relato de un testigo.

4. ¿Toda la verdad?

Otra dimensión del tema de "la verdad en los relatos" proviene del hecho de que así como es típico que el abogado amplíe la historia que un testigo puede relatar en una ocasión social, también la comprime. Por ejemplo, las reglas de la prueba pueden exigir que el abogado omita información que quizá sea parte de una historia "completa". Pero a menudo uno simplemente decide omitir información que en otras condiciones un testigo podría incluir. Durante la preparación de los testigos antes del juicio el abogado puede indicar a un testigo que omita cierta información. Asimismo, el abogado puede frasear preguntas en directo de tal modo que se omita la información. Por ejemplo, supongamos que la historia completa de un testigo consiste en los hechos "A", "B" y "C", y que uno no desea que el testigo declare en relación con "B". Después que el testigo termina de declarar acerca de "A", la pregunta siguiente que usted formula puede comenzar: "Permítame llamarle la atención sobre el punto 'C'..."

Comprimir un relato no es impropio desde el punto de vista ético; lejos de ello, es necesario tanto para facilitar el manejo eficaz de los juicios, como para facilitar la comprensión por el juzgador de las proposiciones fácticas en disputa. En primer lugar, reconozca que usted nunca puede relatar la historia "completa" de un hecho. Por ejemplo, la historia "completa" de un incumplimiento de contrato incluiría el color de los zapatos que el demandante calzaba cuando concertó el contrato, y qué consumió el demandado al almuerzo el día que se negó a recibir los artículos especificados en el contrato. Así como la historia del "motorcito que pudieron entregarnos", no nos dice cuántos engranajes tenía la máquina, tampoco la historia del incumplimiento del contrato incluirá probablemente el color de los zapatos y las preferencias a la hora de la comida.

En segundo lugar, cuanto más "completa" es la historia que se intenta narrar, menos puede apreciar el juzgador las relaciones entre la evidencia importante y las proposiciones fácticas controvertidas. Por ejemplo, suponga que usted representa a los inquilinos en un caso de secuestro ilegal en la falta de pago de la renta por los inquilinos. La defensa que usted propone, válida en su jurisdicción, es la inhabilitación del apartamento. El propietario afirma que las instalaciones eran habitables, y que los problemas existentes fueron resultado de los actos realizados por los inquilinos. En resumen, la cronología de la historia "completa" de sus clientes es ésta:

- a. Necesidad de trasladarse a un nuevo apartamento; los niños crecen, el antiguo apartamento es un lugar sucio y ruidoso.
 - b. Supo por un amigo que había disponible en Nirvana Estates Apartments un apartamento de dos dormitorios y dos cuartos de baño.
 - c. Llamó al administrador, y pidió ver el apartamento. El administrador dijo que estaban pintándolo, todavía no podía mostrarlo.
 - d. Llamó tres días: el administrador finalmente recibió a los clientes en el apartamento, pero a causa de la pintura y la falta de electricidad sólo les permitió mirarlo por la ventana.
 - e. Aceptó alquilar el apartamento sobre la base de esa visita; debía mudarse el día 10.
 - f. El apartamento no estaría disponible hasta el 15, lo cual originó problemas, porque supuestamente debían desalojar el antiguo apartamento.
 - g. El apartamento parecía encontrarse en buenas condiciones cuando se mudaron.
 - h. Un par de semanas después, el grifo de la cocina comenzó a perder, y los inquilinos advirtieron la presencia de cucarachas en el apartamento.
 - i. Al cabo de las dos semanas, la calefacción central cesó de funcionar, y los días de lluvia había goteras en el techo.
 - j. Los inquilinos se niegan a pagar la renta hasta que se resuelvan los problemas; a veces el administrador promete reallizar los arreglos, pero los problemas persisten.
- Tal vez uno se sienta tentado de desarrollar esta historia "completa" durante el interrogatorio directo de los inquilinos. Y uno puede racionalizar la inclusión de cada tema. Por ejemplo,

Las razones por las cuales los inquilinos abandonaron el antiguo apartamento vendría a demostrar que están interesados en vivir en un lugar limpio y habitable. La demora del administrador cuando llega el momento de mostrar el apartamento y pre-pararlo, puede originar sentimientos emotivos contra el propietario.

Pero la narración de una historia completa acarrea costos importantes. La evidencia acerca de las razones por las cuales los inquilinos se mudaron, y la actitud recalitrante del administrador, en el mejor de los casos está relacionada tangencialmente con las condiciones inhabitables. Al incluir información de importancia marginal, uno puede desdibujar la información fundamental y crítica. Si evoca nuevamente su época de estudiante, recordará que en un medio oral la gente tiene una atención de alcance limitado. Su experiencia se ve confirmada por la investigación acerca del comportamiento del consumidor, la cual indica que cuando se suministra a los consumidores excesiva información acerca del producto, ellos cesan de prestarle atención. Así, la inclusión de información marginal puede llevar al juzgador a abstenerse de prestar atención a la evidencia importante. Es posible que la evidencia "se incorpore al registro", pero no a la mente del juzgador. En el momento en que usted revise la prueba importante durante el alegato final, puede ser demasiado tarde para superar la "disposición mental" desfavorable del juzgador.

Ló que es peor, al buscar cierta relación entre la información secundaria y las cuestiones en disputa, un juzgador puede extraer una inferencia que es precisamente la contraria de la que uno desea que él extraiga. Por ejemplo, al saber que el apartamento ocupado antes por los inquilinos también tenía problemas con las cucarachas, el juzgador puede llegar a inferir que los inquilinos en efecto provocan sus propios problemas.

A pesar de estos costos muy reales, una serie de factores puede inducirnos a incluir en los relatos un exceso de información marginal. El formato narrativo del propio testimonio puede ser uno de los culpables, pues extiende el interrogatorio directo más allá de los rubros específicos de la prueba para alcanzar una reseña narrativa de los hechos.

Otro culpable puede ser la elasticidad del concepto de pertinencia. La Regla Federal de Prueba 401 define la prueba pertinente como la que "tiende a determinar que la existencia

de un hecho que gravita sobre la determinación de la acción sea más probable o menos probable que lo que sería el caso sin dicha prueba". Este lenguaje, en lugar de actuar como un freno a la incorporación de la evidencia, puede inducirnos a aportar todos los elementos de información que estén en condiciones de gravitar sobre un veredicto.

Las experiencias personales y el rol profesional del abogado también pueden contribuir a preguntas directas excesivamente englobadoras:

a. En su condición de abogado entusiasta, usted puede sentir que es mejor equivocarse por exceso. Después de todo, un juzgador no puede verse persuadido por la información que nunca oye. El peor temor, fuera de la posesión de un receptor de radio que transmite únicamente *La Bohème*, puede ser que después de un veredicto desfavorable un juzgador pregunte acerca de la información que uno pudo proponer, pero no llegó a mencionar.

b. En el curso de la vida, quizá uno se vio recompensado por la magnitud del esfuerzo que desarrolló. La respuesta más extensa merece una calificación más alta que la más breve; un informe judicial más largo debería ser más persuasivo que uno más corto. Uno puede considerar intuitivamente que las largas preguntas directas son un modo de demostrar el gran esfuerzo que uno consagró a un caso, y suponer que el trabajo duro continuará aportando su propia recompensa.

c. La incertidumbre o la falta de confianza en relación con nuestra teoría acerca del motivo por el cual el cliente tiene que prevalecer puede inducirnos a aplicar un enfoque demasiado concesivo, lo que implicará ofrecer todo lo que pueda ser útil.

Por todas estas razones, o quizá por otras, es posible que uno tienda a ofrecer narraciones excesivamente amplias. Por desgracia, los juicios son demasiado particulares para permitir un consejo más específico que la recomendación de poner mucho cuidado cuando uno piensa en qué parte de "toda la verdad" desea revelar. Quizá el hecho de tener presentes las razones que justifican las preguntas directas excesivamente amplias nos ayudará a restringir éstas.

5. Relleno

Con la palabra "relleno" aludimos al proceso por el cual se agregan detalles al relato. Por ejemplo, recordemos la disputa entre el propietario y el inquilino en la sección precedente. ¿Usted tiene una imagen mental del aspecto del edificio de apartamentos? Si la tiene, es porque la rellenó con el resultado de su propia información, porque en el esbozo no existe una descripción del edificio.

Hasta cierto punto, el trabajo de relleno puede ser inevitable. Las narraciones verbales son necesariamente abstracciones de la realidad. Por consiguiente, el juzgador que intenta imaginar "qué sucedió realmente", consciente o inconscientemente puede agregar información que transforma las descripciones verbales en episodios reales.

Si no está incluida en la declaración de un testigo, ¿dónde viene la información de relleno? Generalmente, de las experiencias del propio juzgador. Que una expresión se refiera a objetos como "los edificios de apartamentos" y los "automóviles", a sentimientos como "la cólera" y "la alegría", o a formas de conducta como "correr" y "reunirse", lo cierto es que completamos las descripciones verbales con la información extraída de nuestra propia experiencia.

El relleno no es necesariamente un obstáculo que se opone a la aceptación de nuestro relato por el juzgador. Por ejemplo, en el caso del propietario y el inquilino, no es probable que la decisión del juzgador se vea afectada por el color de la casa de apartamentos indicado por el juzgador. Pero el relleno que practica el juzgador en un frAGMENTO de información que choca con nuestro relato puede interferir en la investigación precisa. Por ejemplo, en una acción por homicidio culposo, el acusado supuestamente mató a un transeúnte después de virar a la izquierda a velocidad excesiva. El acusado reconoció que había atropellado y provocado la muerte de la víctima, pero negó que estuviera desplazándose a gran velocidad. Su defensa fue que el transeúnte de pronto salió de entre dos vehículos y se cruzó directamente en el camino del automóvil. El relato del acusado no alcanzó a mencionar qué pista siguió después de terminar el giro a la izquierda. Durante las deliberaciones, un jurado mencionó que, de acuerdo con su experiencia, la gente que gira a la izquierda termina la pista de la extrema izquierda después de

completar la maniobra, y que como el acusado estaba en la pista de la extrema izquierda, seguramente hubiera podido detenerse incluso si la víctima hubiese emergido en el espacio que había entre los dos vehículos estacionados. El jurado aportó la pista que el acusado utilizó, y extrajo una inferencia de negligencia a partir de esa información.

La tendencia de un juzgador a rellenar puede infundir más fuerza al consejo en el sentido de que conviene recortar de las historias la información marginal; y al consejo anterior, en el Capítulo II, en el sentido de que uno debe narrar historias suficientemente detalladas. A primera vista, se diría que estos son consejos contradictorios. Pero se combinan para recordarnos que debemos imponer a un juzgador nuestra versión acerca de modo en que sucedieron realmente los hechos importantes. Limite a los hechos importantes la amplitud de un relato, y profundice evocando detalles acerca de tales sucesos. Al evocar relleno con sus propios elementos indeseables.

B. LA ORGANIZACION DE LOS INTERROGATORIOS DIRECTOS

1. Orden de los testigos

Cuando uno presenta más de un testigo durante el ofrecimiento de prueba porque asume la carga de la misma, las reducidas proporciones del estrado de los testigos exige que declare uno solo por vez. Por lo tanto, uno debe decidir en qué orden declararán.

El orden de los testigos casi siempre es nada más que una decisión de carácter táctico; hay pocas normas que impongan determinado orden. Una posibilidad de ordenamiento es la que sugieren los principios de primacía y novedad. Estos principios sugieren que recordamos mejor lo que vemos y oímos primero y último. (Como ven, acabamos de sumergirnos en la parte media del libro!) Su aplicación a los juicios de ningún modo está clara, pues los experimentos de los cuales derivan tienden a consistir en personas que miran fijamente hileras de combinaciones de letras, y después intentan recordar el mayor número posible de combinaciones. En la medida en que los resultados de tales ex-

perimentos se aplican a los ambientes judiciales, uno puede concebir la posibilidad de comenzar y terminar con sus testigos "más sólidos". Los testigos cuya declaración es menos importante, o cuyo modo de atestiguar no es el propio de una estrella, pueden instalarse entre los extremos.

Uno puede elegir entre una diversidad de factores cuando decide qué testigo es "más sólido". En términos ideales, tanto el primer testigo como el último serán los fundadores y los jefes de las organizaciones caritativas y religiosas, y dispondrán de grabaciones en videotape, en las cuales la contraparte declara: "La culpa fue totalmente mía, y ellos deben recibir por lo menos diez veces más que lo que pidieron." Por desgracia, los relatos tienden a ser inabordablemente en las repreguntas, aunque con un significado secundario: o recusables por diversas razones, aunque todas importantes. A usted le toca decidir cuál de estos tipos comunes de historias es "más sólido".

Usted también puede medir la fuerza de acuerdo con el tono que intenta asignar a su narración general. Por ejemplo, si la apelación principal de un caso tiene que ver con las emociones de un juez, un testigo sólido puede ser el que describa hechos que originen sentimientos de empatía en el cliente. Si la apelación primaria es racional o científica, el testigo más sólido puede ser un perito. En un caso civil, si uno desea reafirmar un sentido de ofensa o de combatividad, su testigo puede ser la contraparte, interrogada con el carácter de un "testigo hostil". En cambio, un testigo que perdió la partida frente a sus competidores, probablemente nunca será considerado un testigo sólido.

Un testigo firme puede ser también aquel que suministra un panorama cronológico de los hechos. Incluso si uno puede resumir los acontecimientos durante la formulación inaugural, es posible que un juez no advierta el significado de los rubros individuales de la evidencia hasta el momento en que el testimonio suministra un contexto general. El contexto tiende a destacar nuestra capacidad de evocar información y de reconocer su significado. Por ejemplo, supongamos que nos preguntaron: "¿Qué estuvo haciendo a las 22:00 horas del jueves, hace dos semanas?" Quizá uno se vea en dificultades para responder. Ahora bien, agreguemos un contexto: "Esa fue la noche del último día del examen para ingresar en el foro". Es posible que el contexto nos provoque cierta inquietud, pero también puede fa-

69

vorecer la rememoración. Un testigo que describe un panorama general de los hechos al comienzo de un caso aporta un contexto análogo al juzgador.

Por ejemplo, supongamos un juicio civil por daños originado en una típica pesadilla del tránsito urbano, que desembocó en una colección de automóviles que atestaron el camino a lo largo de centenares de metros. Usted representa a uno de los acusados, cuya supuesta negligencia al acelerar y el mal manejo de los frenos de su camion determinaron que colase, lo cual a su vez fue el origen del desastre. El cliente niega tales afirmaciones. Su historia describe lo que sucedió más o menos del principio al fin, y atribuye la culpa a todo el mundo, excepto a sí mismo. Pero el cliente había sido despedido de su empleo el par de horas antes del episodio, y había pasado esas dos horas en una taberna local. También viene a atestiguar por el acusado un agente de policía, que llegó a la escena bastante después que los vehículos se habían detenido. El policía puede atestiguar únicamente que los frenos del camión de nuestro cliente no recibieron se encontraban en buen estado. El testimonio del acusado probablemente será inatacable. Pero la capacidad del acusado para ofrecer un panorama general de los hechos puede lograr que el sea el testigo más sólido. Si el policía atestigua antes de ser acusado, el juez quizá no tenga una imagen muy clara de asuntos como el momento en que el policía probó los frenos, o cuál de los vehículos se le probaron los frenos, o a sueldo no tiene una posición inatacable, ni mucho menos, su testimonio puede aportar el contexto que logre que la declaración del policía sea más persuasiva.

El orden de los testigos no siempre está sometido al control del abogado. Estas situaciones son usuales:

a. Cuando un juez concede un pedido que excluye a los testigos de la sala del tribunal en espera de que declaren, no es posible excluir a una de las partes. De modo que a veces, si bien uno puede desear que su cliente sea el primer testigo, es posible que lo llamen en último término, y por lo tanto el cliente goza del beneficio de escuchar el interrogatorio directo y las repreguntas de todos los testigos antes de declarar.

b. Uno puede enterarse en vísperas del juicio de que el testigo cuyo llamado como primer testigo uno planeó durante dos años de pronto ha sido enviado a Mozambique. Lo único que uno desea en ese momento es ir a acompañarlo. O el ex-

Pero médico que uno se proponía convocar por la mañana tal vez tiene que participar en una intervención quirúrgica urgente, y no estará disponible hasta la tarde. A menos que un juez prolongue el juicio hasta la tarde, es posible que uno deba modificar el orden proyectado.

c. La declaración de un testigo a quien uno desearía llamar en primer término puede basarse en una prueba cuyo fundamento depende exclusivamente de otro testigo. Pero en esta situación, en efecto uno tiene alternativas. Puede pedir que se interrumpa la declaración del primer testigo con la finalidad limitada de convocar al testigo fundacional. O se puede solicitar al juez que permita que el testigo declare en relación con el documento, con la condición de que si no aporta el fundamento apropiado, la declaración será anulada. Finalmente, el abogado de la parte contraria puede acordar acerca de la aceptabilidad de la prueba.

2. Orden del testimonio

En general, se obtiene una historia en orden cronológico. La cronología, como el contexto, ayuda a un juzgador a rememorar la evidencia y a reconocer su significado. La experiencia personal que usted mismo posee probablemente verifica el flujo de la cronología. Por ejemplo, supongamos que usted extravió las llaves, e intenta recordar dónde pudo haberlas dejado. Es probable que evoque los hechos recientes ajustándose a cierta secuencia. Aunque es posible que repase los hechos en orden inverso, lo más probable es que comience a la hora más temprana posible y avance hacia adelante. Nuestros recuerdos parecen funcionar mejor cuando seguimos el curso de los hechos desde atrás hacia adelante. A modo de ilustración, elijamos una letra del alfabeto y pidamos a un amigo que identifique la que sigue inmediatamente. A menos que uno haya elegido imprudentemente la letra "z", el amigo no tendrá dificultad para responder acertadamente. Después, elija otra letra, y pregunte a su amigo excesivamente confiado cuál es la letra que la precede inmediatamente en el alfabeto. Aunque todos estamos familiarizados con el alfabeto, avanzar de atrás hacia adelante probablemente será más difícil. De manera semejante, una fácil comprensión del testigo y del juzgador cuando obtiene un testimonio ajustado al orden cronológico.

Cuando se obtiene una historia cronológica, es posible que nos ajustemos a uno de dos esquemas generales. En resumen, éste es el primer esquema (y quizá el más usado):

- I. Primer hecho de la historia
- Detalles del hecho número 1
- II. Segundo hecho de la historia
- Detalles del hecho número 2
- III. Y así sucesivamente.

Como el lector imaginará, este esquema es una simplificación. Por ejemplo, no es posible distinguir exactamente los "hechos" de los "detalles". El propósito del esquema es simplemente sugerir la conveniencia de que uno interrumpa al testigo en puntos importantes de un relato, y obtenga detalles acerca de cada uno de estos puntos, antes de continuar con la reseña cronológica.

El segundo esquema adopta la siguiente forma:

- I. Primer hecho de la historia
- II. Segundo hecho de la historia
- III. Tercer hecho de la historia, y así sucesivamente
- IV. Detalles de hechos importantes de la historia

En este segundo esquema, uno obtiene una historia general, y se contenta con los detalles que el testigo menciona, antes de obtener detalles adicionales. El esquema número dos tiene la ventaja de suministrar al juzgador una narración general del testigo, la que no está interrumpida por detalles. Sin embargo, cuando una historia es extensa, tal vez uno no desee separar el análisis inicial de los hechos por el testigo de los detalles que, así lo esperamos, aportan claridad y énfasis.

Como ilustración del esquema número uno, supongamos que una parte de un interrogatorio directo consiste en tres conversaciones, mantenidas a las 14.00, y las 16.00 horas. Uno puede ajustarse al siguiente plan:

- P: ¿Qué sucedió después?
 R: Nos encontramos en una reunión.
 P: ¿Cuándo se realizó la reunión?
 R: A las 14.00 hs.
 P: ¿Dónde fue?
 R: En Broccoli King, nuestro restaurante al paso favorito.

- P: ¿Quiénes estuvieron?
 R: Los tres, yo, Carl (h.) y Jack.
 P: Por favor, díganos qué sucedió en la reunión.
 R: Bien, Carl comenzó diciendo...
 P: ¿Cómo respondió Jack?
 R: Dijo que...

- P: ¿Cómo puede estar seguro de que Jack mencionó específicamente los semiconductores?
 R: Porque inmediatamente después...
 P: ¿Recuerda otra cosa que fue dicha o algo que se hizo en esa reunión de las 14.00 horas?
 R: No, creo que eso es todo.

- P: Muy bien, ¿qué sucedió después?
 R: Bien, hubo otra reunión a las 15.00 horas.
 P: ¿Podemos decirnos dónde se realizó esta reunión?
 R: ...

El interrogatorio directo aporta detalles de una reunión antes de pasar al siguiente encuentro. Aquí demostramos el modo en que usted puede obtener el mismo relato, ajustándose al esquema número dos. Suponiendo que estos encuentros incluyen todos los hechos de la narración del testigo, el interrogatorio directo puede desarrollarse después del siguiente modo:

- P: ¿Qué es lo primero que sucedió, según lo que usted recuerda?
 R: Nos encontramos en una reunión.
 P: ¿Cuándo se celebró la reunión?

- R: A las 14.00 horas.
 P: ¿Hubo otras reuniones?
 R: Sí, hubo una a las 15.00 horas.
 P: ¿Fue la última reunión?
 R: No, la última fue a las 16.00 horas.
 P: ¿Hubo un total de tres reuniones?
 R: En efecto.
 P: Muy bien, volvamos a la primera reunión, la que se celebró a las 14.00 horas. ¿Dónde fue?
 R: ...

Cuando una historia está formada por diferentes series de hechos que sobrevienen más o menos en el mismo período, uno puede organizar un interrogatorio directo en "microcronologías" por el estilo. Por ejemplo, supongamos que Megacorp Inc. quiere conocer los resultados específicos de tres presuntos acuerdos con Fledgling Industries, que debe suministrar a Megacorp envases de pintura, otros materiales y pinceles. Los representantes de ventas de ambas compañías marcaron una serie de discusiones e intercambiaron correspondencia acerca de cada uno de estos rubros, pero Fledgling afirma que nunca se concretó un acuerdo acerca de cualquiera de ellos. Si uno desea toda la transacción como una sola historia cronológica, los hechos relacionados con los envases, los materiales y los cepillos estarán entremezclados, y quizá confundirán al juzgador acerca de las condiciones de cada acuerdo. En una situación semejante, uno puede presentar una microcronología para los envases, otra para los restantes materiales, y una para los cepillos. Las historias separadas correspondientes a cada rubro nos permitirán presentar una imagen más clara.

La cronología no exige el aporte de testigos para recordar con precisión matemática el orden de los hechos. Un testigo puede sentirse inseguro acerca de una narración que comienza así:

"No estoy seguro de cuándo nos comunicamos por primera vez con Fledgling para hablar de pinturas, pero fue a principios del verano".

Quizá un testigo ni siquiera pueda recordar las fechas aproximadas, pero puede saber qué hechos sucedieron en relación con otros episodios.

"No estoy seguro del momento en que sucedió, pero sé muy bien que el pollito apareció antes que el huevo."

Incluso estas imprecisas referencias cronológicas originan una sensación de orden, y por lo tanto tienden a mejorar la comprensión del juzgador.

Usted, que es un lector inteligente, puede reaccionar frente a lo que considera una contradicción. "Ajá... ¡lo atrapé! Primero, habló de la importancia de la primacia y la novedad, y ahora exalta las ventajas de la cronología. ¿Qué nos dice si el aspecto más importante de la declaración de un testigo aparece aproximadamente en mitad de su historia? Es posible que yo no comience ni termine con la nota más sólida, y pese a todo me ajuste a un orden cronológico".

No hay una sola respuesta a esta aparente contradicción... hay tres. Primero, la respuesta del cínico: "La consecuencia absurda es el espanto de los espíritus pequeños". Segundo, la respuesta del filósofo: "La primacia, la novedad y la cronología son principios rectores, no normas que uno debe aplicar ciegamente. Es necesario tenerlas todas en cuenta, y ejercitar nuestro criterio en cada caso individual." Tercero, la respuesta del litigante: "El cliente nos paga con el fin de que seamos persuasivos. ¡Ajústese a todos los principios!".

El consejo del litigante es que debe obtenerse un testimonio crítico tanto al principio y/o en la conclusión de un interrogatorio directo, y también en el adecuado punto cronológico de la historia. Por ejemplo, suponga que usted representa al acusado en un juicio por calumnias. La calumnia consistió en un artículo publicado en un órgano tabloide en el cual se afirmó que el demandante, una persona que llegó a ser famosa por razones que nadie atina a recordar, hacía una discreta vida de hogar, y siempre había sido un cónyuge fiel. El acusado reconoce haber escrito el artículo acerca del demandante, pero sostiene que el lenguaje presuntamente calumnioso no estaba en el material la primera vez que el artículo fue entregado al editor. La no autenticidad de la supuesta calumnia por el acusado no está al principio ni

al final de la cronología general. Sin embargo, uno puede proceder del siguiente modo:

(Los preliminares han terminado)

P: Comenzaré entregándoles el material número 1 del demandante, es decir, el artículo. ¿Usted lo reconoce?

R: Sí, parece que es el artículo publicado.

P: Ve las palabras subrayadas "La vida de hogar de Jesse es rigurosamente ruinaría, y Jesse es un cónyuge sumamente fiel".

R: Veo el texto.

P: ¿Usted escribió esas palabras?

R: No, no las escribí.

P: ¿Estaban en el artículo que usted presentó finalmente a su editor?

R: No estaban.

P: Volvamos al comienzo, y veamos cómo usted llegó a escribir el artículo. En primer lugar....

Esta secuencia del testimonio lleva la denegación del autor al comienzo del interrogatorio directo. A pesar de la norma que impide formular preguntas que han sido "preguntadas y contestadas", si uno las formula brevemente, suele ocurrir que contester la denegación en el punto cronológico adecuado. Y un juez incluso puede permitirle que concluya el interrogatorio directo con la negación del autor.

La cronología es apropiada incluso cuando uno llama a un testigo a declarar con propósitos limitados. Por ejemplo, uno puede llamar a un testigo simplemente para corroborar que se formuló una declaración, que sucedió cierto hecho, o que se encontró un objeto en determinado lugar. Si bien este testimonio limitado no parecerá ser una historia, recuerde que incluso los hechos breves se despliegan en el tiempo. Imagine que usted promovió un interrogatorio directo completo que consistió sólo en las siguientes partes:

P: ¿Qué dijo Felice?

R: Felice le advirtió que si usaba mal el colutorio bucal podía llegar a tener juanetes.

O

P: ¿Dónde estaban los zapatos?

R: Los encontré en el refrigerador del acusado.

Privado totalmente del contexto de la historia, es posible que ese testimonio no sea verosímil, o enfático o persuasivo. Por consiguiente, incluso cuando uno convoca a un testigo con una finalidad limitada, es posible que necesite delinear una breve cronología.

3. Apartándose de la cronología

Dado que el sistema legal ha creado excepciones a muchos de los Diez Mandamientos, no debe sorprender que las ventajas de la cronología dejen el sitio a otras consideraciones. Esta sección examina algunas de ellas.

a. Interrogatorio directo y agrupamiento de las pruebas

Uno puede estar familiarizado con el agrupamiento de las pruebas como técnica del alegato final. Esa técnica consiste en reunir rubros de evidencia que pertenecen a la misma cuestión legal. Por ejemplo, cuando en un caso de asesinato se arguye que "Costello actuó con malicia premeditada", es posible subrayar el testimonio de Larry en el sentido de que Costello concertó una cita para encontrarse con la víctima y pasarle drogas. El testimonio de Moe en el sentido de que vio a Costello caminando hacia el lugar del encuentro y portando un arma, y el testimonio de Curly que afirma que Costello huyó de la escena del tiroteo poco después que dispararan los tiros. El agrupamiento de pruebas le permite demostrar de qué modo la evidencia distribuida en diferentes relatos confluye para demostrar una proposición fáctica.

Cuando el testimonio relacionado con una sola proposición fáctica proviene de más de un testigo, la capacidad para agrupar pruebas durante el interrogatorio directo es limitada. No se puede movilizar a los testigos, llevándolos al estrado y retirándolos de allí para reunir toda la prueba acerca de una proposi-

ción fáctica antes de pasar a la siguiente. La eficiencia exige que uno obtenga toda la historia de un testigo antes de pasar a otro. Sin embargo, en el interrogatorio directo de un solo testigo puede considerarse la obtención de rubros de la evidencia que se relacionen con la misma proposición fáctica en estrecha proximidad unas con otras. Como los rubros relacionados con una sola proposición fáctica pueden darse en diferentes momentos, es posible que uno deba sacrificar parcialmente la claridad cronológica para obtener un interrogatorio directo con agrupamiento de las pruebas. Pero conociendo la posible influencia de la "disposición mental", uno puede inclinarse por el agrupamiento en parte durante el examen directo, en lugar de esperar el alegato final.

Como ilustración, supongamos que uno representa a un empleado en un caso de despido doloso. El empleado despedido, Johnson, trabajó en la división de cierras industriales del empleador, y afirma haber sido despedido injustamente a causa de sus actividades sindicales legítimas. La narración de Johnson incluye estos episodios: (a) a principios de marzo, el supervisor de Johnson, llamado Sossin, ascendió a un empleado nuevo con menos de seis meses de experiencia, en perjuicio de un empleado de dieciocho años que era delegado sindical. (b) En mayo, Sossin asignó horas extra sólo a los empleados que votaron en favor del contrato que el empleador había concertado provisoriamente con el sindicato. (c) Durante una reunión disciplinaria, a fines de julio, cuando Sossin suspendió tres días a Johnson por "resistencia insubordinación, aquél advirtió a Johnson por "anteponer los intereses de la empresa a todo el resto de esta basura", mientras clavaba la mirada en el delegado sindical que también participaba de la reunión. Suponga que con estos hechos se entremezclan otras situaciones que sugieren actividades antisindicales de diferentes miembros de la compañía.

Si uno desarrolla el relato de Johnson en un orden cronológico riguroso, los tres elementos de prueba relacionados con Sossin aparecerían en diferentes ocasiones, separados por otros episodios. Por lo tanto, es posible que el juzgador no comprenda que están relacionados, y que reunidos consolidan la inferencia en el sentido de que Johnson fue despedido porque era activista sindical. Al ignorar la cronología y agrupar los hechos del relato de Johnson relacionados con Sossin, uno destaca el espíritu anti-sindical de Sossin.

b. Fortalecer la credibilidad

Sucede a menudo que una parte del relato mejora la credibilidad de otra. Por ejemplo, el trabajo de Kebo como *barman* puede determinar que sea especialmente verosímil la opinión de que Wiley haya leído recientemente algunos materiales acerca de los peligros de los deportes en el agua puede aumentar la credibilidad de su testimonio acerca de las precauciones que ella adoptó durante una tarde dedicada al esquí acuático. Pero si, como sucede a menudo, la parte del relato que confirma la credibilidad está separada en el tiempo de la parte a la cual refuerza, es necesario elegir. Uno puede atenerse al orden cronológico riguroso, y correr el riesgo de que el juzgador no perciba la relación entre las dos partes hasta que se la señale durante el alegato final. O bien puede apartarse de la cronología. Este último método a menudo es el mejor.

Por ejemplo, consideremos un rubro de "evidencia explicativa", el cual como el lector recordará del Capítulo II, tiende a aumentar la credibilidad de un relato al explicar por qué los hechos ocurrieron como uno los presenta. Supongamos que usted representa a Julie, la conductora del automóvil que usted prometido en la muerte dolosa, pues atropelló a la víctima después de virar hacia la izquierda. El demandante sostiene que el transeúnte fue atropellado mientras cruzaba la calle. La historia de Julie es que el transeúnte de pronto surgió entre dos automóviles estacionados, por lo menos a 15 metros de la bocacalle. Al atestiguar en beneficio de Julie, Matt afirma que él estaba sentado en su automóvil, cerca de la escena del accidente, esperando a un amigo. Aunque no vio lo que sucedió, en efecto escuchó un golpe, que venía de la proximidad de los dos vehículos estacionados. Matt pudo escuchar el ruido porque el día era cálido y las ventanillas de su automóvil estaban bajas.

La evidencia de que las ventanillas estaban bajas es evidencia explicativa, ayuda a explicar cómo Matt pudo escuchar el golpe. Si uno presentara cronológicamente el testimonio de Matt, la declaración relacionada con la ventanilla estaría separada de la que corresponde al "golpe". Por consiguiente, durante el interrogatorio directo es posible que el juzgador no "relacione" el testimonio anterior acerca de la ventanilla. La

juxtaposición de los dos elementos de prueba obliga a apartarse del orden cronológico, pero subraya la relación en beneficio del juzgador.

P: Y después, ¿qué sucedió?

R: Escuché un "golpe".

P: Cuando se refiere a un "golpe", ¿qué quiere decir?

R: Sonaba como...

P: ¿Puede decirnos de qué lado llegó el ruido del golpe?

R: Claramente, del sector en que se encontraban estacionados los dos automóviles.

P: ¿Cómo pudo estar tan seguro de que venía de ese lado?

R: Como era un día cálido, yo había bajado las ventanillas de mi automóvil. Oí muy claramente el ruido.

c. Cronología sin importancia o inconoscible

A veces, uno llega a la conclusión de que la aclaración del orden en que sucedieron los hechos contribuirá más a perjudicar que a facilitar la comprensión del juzgador. Por ejemplo, si muchos hechos sucedieron en un lapso breve, uno se arriesga a provocar la cólera del juez y a amenazar la credibilidad del testigo si intenta definir una cronología. "Ahora bien, usted estuvo describiendo el choque entre las hordas mongolias y los filisteos. Cuando el arquero que usted mencionó por el nombre de León salió con su caballo, ¿eso sucedió antes o después que dispararon el vigesimotercer cañón de la derecha?"

Si a veces el orden en que sucedieron los hechos es inconoscible, en otras ocasiones carece de importancia. Por ejemplo, supongamos un caso en que se cuestiona un testamento, y se trata de aclarar si el testador desheredó a un hijo a causa de cierto desequilibrio mental o basándose en una creencia razonable. El albacea, que intenta validar el testamento, ofrece pruebas en el sentido de que el testador desheredó al hijo porque éste era jugador, era un cónyuge infiel, consumía drogas y gustaba de las aceitunas. La cuestión es la medida en que el testador conocía el supuesto comportamiento de su hijo. Proba-

blemente la relación cronológica entre las formas de conducta presuntas carece de importancia. En este caso, quizá uno no se moleste tratando de definir una cronología. }

C. OBTENCION DEL TESTIMONIO

1. Formas de las preguntas

El consejo tradicional a los abogados que dirigen el interrogatorio directo es que no formulen preguntas sugestivas, y que en el abogado. En general, los abogados aceptan este mas sejo por ejemplo, pocos dirigen el interrogatorio directo adornados con una nariz de goma roja y un par de aletas. Sin embargo, en el interrogatorio directo uno puede utilizar diferentes formas de las preguntas e incluso formular preguntas sugestivas cuando ello es apropiado. Las preguntas son importantes en el interrogatorio directo, no porque ellas mismas posean un significado probatorio, sino porque son el instrumento que uno utiliza para determinar el contenido y el alcance de las respuestas de los testigos, y por consiguiente influir sobre el efecto y la credibilidad del testimonio. Repase este examen directo:

P: Señor Wall, ¿usted vive en la calle Walnut, de Walla Walla?

R: Si.

P: ¿La tarde del 4 de mayo usted estaba en la estación de suministro de gas con autoservicio?

R: Si.

P: ¿Hubo un robo en ese lugar y a esa hora?

R: Si.

P: ¿Usted estaba de pie cerca del cajero cuando alguien se abalanzó con un arma de fuego y exigió que le entregasen todo el dinero de la caja registradora?

R: Si, así es.

P: ¿La persona después recibió el dinero y huyó?

R: Si.

P: ¿La persona a quien usted vio asaltando la estación de gas está sentada allí? (señala al acusado)

R: Si.

Olvide que casi todas las preguntas son objetables por su carácter sugestivo. Al margen de las reglas, no aporta al investigador un modo de evaluar positivamente la credibilidad del testigo. Por el contrario, el examen origina la impresión de que cualquier respuesta del testigo que exceda una frase de una sola palabra puede destruir el caso del interrogador. Imagine, por ejemplo, el emocionante alegato final que el fiscal podría realizar sobre la base del testimonio mencionado más arriba:

"Señor Wall, usted recuerda la declaración del testigo ocular. Declaró sin vacilar, y aquí cito su respuesta: 'Si'."

Desde este punto de vista, el "peor" interrogatorio directo tal vez no sea el que abunda en preguntas sugestivas que provocan repetidas objeciones, sino más bien el que incluye gran número de preguntas sugestivas que no originan objeciones.

Así, un interrogatorio directo persuasivo depende en parte de que uno formule preguntas de acuerdo con los objetivos que intenta alcanzar. La forma que uno utilice variará de acuerdo con factores como la sensibilidad del testigo, la fase del testimonio, el significado del testimonio y el temperamento judicial. Las formas de las preguntas varían según un continuo que desafia una clasificación clara. Pero la mayoría de las preguntas tienen un carácter narrativo, abierto, cerrado o sugestivo. Por favor, considere cada forma de pregunta, y sus ventajas e inconvenientes típicos.

a. Preguntas narrativas

Las preguntas narrativas (o "preguntas que exigen una respuesta narrativa") imponen poca estructura a las respuestas, e invitan a los testigos a describir con sus propias palabras los hechos. Tanto las preguntas narrativas como las preguntas abiertas permiten que los testigos respondan con sus propias palabras. La principal diferencia entre ellas es que una pregunta narrativa en su forma típica pide al testigo que describa una serie de hechos que se desarrollaron en el curso del tiempo, y en cambio

una pregunta abierta generalmente limita al testigo a la descripción de un solo hecho. Los ejemplos de preguntas narrativas incluyen las siguientes formas:

"Por favor, describa el choque que sucedió el 3 de junio en el cruce de las avenidas Beach y Desert."

"¿Qué sucedió después de que el señor Dumpty llegó al borde superior del muro?"

"Describa la cirugía artroscópica que usted practicó en la rodilla derecha."

Observe que estas preguntas tratan de obtener información acerca de una serie de hechos. Sin embargo, los jueces también están en libertad de considerar como narrativas las preguntas referidas "a un solo hecho".

"Por favor, díganos lo que se habló en esa conversación."

"Describa la apariencia del demandante después que pasó al lado la aplanadora."

Por lo tanto, uno debe mostrarse flexible para adaptar el interrogatorio, de acuerdo con el ejercicio de la discreción judicial por el juez.

Las preguntas narrativas a menudo elevan la credibilidad del testigo, porque los testigos están en libertad de describir los hechos en sus propias palabras. En lugar de aparentar que ofrecen respuestas memorizadas y programadas, los testigos eligen sus propias palabras, y es típico que las respuestas sean más abundantes, más vivaces y quizá incluso emotivas. Las preguntas y las respuestas narrativas pueden aumentar la credibilidad también porque son una forma familiar del diálogo social. Después de todo, en las ocasiones sociales tendemos a preguntar a nuestros amigos: "Dígame lo que sucedió". No decimos: "Quiero averiguar lo que sucedió, pero no me lo diga. Permítame formular una serie de preguntas".

Es importante el hecho de que las preguntas narrativas también nos permiten destacar los aspectos más importantes de las respuestas de los testigos. Las preguntas narrativas del tipo de "Díganos lo que sucedió" contribuyen poco a estimular la

rememoración del testigo. Quizá por esa razón, y como respuesta a las preguntas narrativas, los testigos suelen suministrar pocos detalles. Si utilizamos preguntas de seguimiento para recabar detalles adicionales, es posible destacar la evidencia significativa. Por ejemplo, consideremos esta pregunta narrativa y su respuesta:

P: Después que usted llegó a la pared, ¿qué sucedió?

R: Bien, esta persona de forma un tanto extraña insistió en repetir "Voy a saltar, voy a saltar". Unos minutos después, se inclinó hacia adelante y cayó al suelo. En ese momento los hombres del rey habían llegado en los caballos del rey, pero era demasiado tarde.

En una formulación bastante típica, esta respuesta narrativa suministra un esbozo del hecho, pero escasos detalles. Si este hecho es importante para las cuestiones en disputa, la respuesta nos permite formular preguntas de seguimiento que destacan detalles específicos. Aunque los detalles pueden tener su propio significado, a menudo el propósito principal que nos mueve al buscarlos, es sencillamente subrayar el hecho mismo. En el ejemplo mencionado más arriba, algunas preguntas que pueden aportar cierto subrayado adoptan la siguiente forma:

P: Usted dice que la persona tenía una forma extraña. ¿Podría describirla con mayor detalle?

R: Bien, era más o menos ovalada, muy pálida y sin pelo.

P: Cuando gritaba "Voy a saltar", ¿cómo era el tono de la voz?

R: Muy aguda; a menudo parecía que se quebraba.

P: ¿Cuántos caballos del rey había allí?

R: Es difícil decirlo exactamente. Ignoro si allí estaban todos, pero vi por lo menos veinte.

Obsérvese que las preguntas de seguimiento pueden ser muy específicas ("¿Cuántos caballos del rey había?") o abiertas

("¿Puede describirla con más detalle?"). En cualquiera de los dos casos, uno puede formular, después de la respuesta a una pregunta que reclama detalles, una exploración en busca de mayores detalles: "Usted dijo que era 'más o menos ovalada'. ¿Puede explicar mejor cómo era la forma?" Este esquema de interrogación se asemeja a las capas de las cebollas. Uno desprende detalles de los hechos, y al proceder así aumenta su importancia. Cuándo continúa buscando detalles hasta donde su propio criterio y la tolerancia del juez lo permite, uno puede subrayar un hecho sin formular jamás una pregunta que ya ha sido "preguntada y contestada".

La primera pregunta de seguimiento, más arriba, posee un rasgo sutil que también implica cierto subrayado. El abogado precede la pregunta con la repetición de la respuesta del testigo: "Usted dice que la persona tenía una forma extraña". Es evidente que en el interrogatorio directo uno se limita principalmente a la formulación de preguntas. La repetición de un testimonio importante sólo con el fin de conseguir que el juzgador la escuche de nuevo probablemente es una actitud impropia. Pero la referencia ocasional al testimonio precedente como trampolín para una pregunta ulterior generalmente es admisible.

Pese a sus muchas ventajas, las preguntas narrativas no siempre son adecuadas. Algunos testigos no pueden formular una respuesta narrativa sin que ésta parezca un material ensalzado y memorizado. En su forma típica esa impresión es el resultado de una respuesta que incluye cierto exceso de detalles. Por ejemplo, examinemos esta pregunta y su respuesta:

P: ¿Y qué sucedió después que usted llegó a la pared?

R: Esa persona de forma extraña estaba sentada sobre el borde superior de la pared. La pared tenía por lo menos una altura de 5 metros. No sé cuánto tiempo llevaba sentada allí. Me pareció extraña, porque tenía el cuerpo ovalado y muy pálido. Pero mi impresión es que era una persona buena. Insistía en gritar "Voy a saltar" con voz muy aguda. Seguramente lo dijo por lo menos diez veces durante el minuto que yo estuve mirándola, antes de saltar....

Esta respuesta excede la típica contestación narrativa para dilucidar interrogantes específicos que no fueron formulados. Una respuesta de este carácter a menudo carece de credibilidad porque tiene un aire artificial. Asimismo, limita nuestra capacidad para formular preguntas de seguimiento, porque muchos detalles que quizá uno quiso obtener para subrayar ciertos aspectos ya están registrados.² Asimismo, uno debe evitar las preguntas narrativas cuando los testigos tienen un carácter francamente tendencioso. Algunos testigos utilizan la libertad narrativa para vilipendiar a un adversario o volcar un comentario social. Consideremos este fragmento de un interrogatorio directo:

P: ¿Y qué sucedió después que usted llegó a la pared?

R: Bien, esa pared ha sido una trampa mortal durante años. El señor Dumpty es la quinta persona que, según recuerdo, quedó atrapada en ese lugar el último año. ¿Alguna vez el rey hará algo excepto enviar a sus jinetes cada vez que hay una tragedia? De todos modos, allí estaba el señor Dumpty....

Este testigo parece más interesado en su propia opinión que en lo que sucedió realmente. Tanto porque muchas personas desconían de los testigos que parecen francamente partidistas, como porque la tolerancia de los jueces frente a este género de testigos es escasa, tales respuestas suelen carecer de credibilidad.

Una tercera situación en que las preguntas narrativas pueden ser poco sensatas es aquella en que los testigos tienden a la digresión. Por ejemplo:

P: Muy bien, usted está junto a la pared. ¿Qué sucedió entonces?

R: Le aseguro que llegar a la pared no fue fácil. Había caballos por doquier; todos los caballos del rey seguramente estaban en las calles. Cuando vi allí al señor Dumpty, me asusté de veras. La escena me recordó la ocasión en que mi hermano....

La atención del juzgador se disipará rápidamente con semejante testigo, y así se pierde el efecto de la evidencia importante.

Como tienen conciencia de las posibles fallas de estos testigos, muchos jueces apoyan la objeción en el sentido de que cierta "pregunta exige una respuesta narrativa." Más allá del temor fundamental a escuchar respuestas extensas de personas que no concuerdan con la facultad de leyes, los jueces también deben proteger el derecho de un adversario a conocer de antemano cuál es exactamente la declaración que probablemente ofrecerá un testigo, en caso de que la totalidad o parte del testimonio sea objetable. Sin duda, una pregunta como "Por favor, díganos con sus propias palabras lo que sucedió" suministra al abogado menos aviso de lo que un testigo puede decir que una pregunta como "¿A qué velocidad se desplazaba el automóvil?" En cambio, una política enérgica favorece a los testigos que describen los hechos en sus propias palabras, en el interrogatorio directo, libres del control rígido del abogado. De modo que en realidad los jueces disponen de considerable libertad para permitir las preguntas de carácter narrativo.

Es más probable que los jueces utilicen su libertad en favor de las preguntas narrativas si pueden contar con que un testigo replicará brevemente, en general sin incluir elementos objetivos. Algunos jueces presuntivamente conceden a testigos objetivos agentes de policía y los expertos forenses la libertad de responder con narraciones. Un juez puede atenerse a esta misma presunción cuando las respuestas anteriores sugieren que un testigo lego común es "fidedigno". Consideremos este ejemplo:

P: Bien, señorita Hori, ¿dónde estaba usted a las 18:00 horas del 1º de junio?

R: Acababa de llegar a la Taberna de la Estrella y de las Ligas, y me preparaba para el turno de la noche, en que yo trabajaba.

P: Por favor, díganos lo que sucedió.

Oponente: Objeción, la pregunta exige una respuesta narrativa.

Juez: Apoyo la objeción.

P: Cuando usted llegó, ¿había clientes en la taberna?

R: Por lo que recuerdo, dos o tres. Todo estaba bastante tranquilo.

P: ¿Vio a la señorita Ray, la dama que está sentada allí?

R: Según recuerdo, entró en la taberna poco después que yo llegué.

P: ¿Vio adónde fue después de entrar en la taberna?

R: Se sentó en un reservado, cerca del tocadiscos.

P: ¿Usted se le acercó?

R: Sí, fue a recibir su pedido.

P: ¿Y qué sucedió entonces?

Oponente: Objeción, la pregunta exige una respuesta narrativa.

Juez: Permito la pregunta.

R: Una de las personas que había estado en la taberna...

La segunda pregunta que comienza con las palabras "qué sucedió" no tiene carácter menos narrativo que la primera, pero quizá porque el testigo ha demostrado, en la respuesta a preguntas bien delimitadas, que puede confiarse en ella, el juez permite que la información decisiva provenga de una respuesta narrativa.

Asimismo, muchos jueces permiten respuestas seudonarrativas. Las preguntas seudonarrativas también piden a los testigos que describan los hechos con sus propias palabras, pero incluyen menor número de rasgos limitativos. Consideremos estas preguntas:

1. "¿Sucedió algo desusado? Por favor, descríballo."
2. "¿Qué sucedió después?"
3. "¿Y qué sucedió más tarde?"

Como las palabras en bastardilla sugieren límites, es posible que los jueces no las consideren objetables por su carácter narrativo. La número uno limita al testigo a lo que sea "desusado". (Por supuesto, la pregunta puede desconcertar al empleado de tienda que está declarando en el robo número 57

del cual fue víctima.) Las preguntas 2 y 3 sugieren un límite temporal: el abogado desea escuchar un testimonio acerca de lo que sucedió inmediatamente, y no a propósito de una serie completa de hechos. Por consiguiente, uno puede usar a menudo dichas preguntas para obtener la declaración en las propias palabras de un testigo, al mismo tiempo que evita las objeciones (o por lo menos, evita las objeciones confirmadas por el juez).

Cuando el adversario formula una pregunta de carácter narrativo, el abogado puede objetar en el curso de la respuesta de un testigo, si la respuesta comienza a asemejarse, por su longitud, al soliloquio de "Hamlet". Aunque las actitudes enérgicas favorecen a los testigos que declaran con sus propias palabras, el formato básico del testimonio es el de la "pregunta-respuesta". Por lo tanto, aunque una respuesta extensa de hecho puede ser la contestación a una pregunta narrativa, uno debe interrumpir una respuesta y oponerse si a su juicio esa respuesta excede el alcance apropiado. Una objeción del tipo de "El testigo está narrando" o "No hay una pregunta pendiente" en ese caso es adecuada. Reconociendo esta situación, cuando uno desea que un testigo describa una serie de hechos utilizando sobre todo un estilo narrativo, la intercalación de frases como "Por favor, continúe" o "Y qué sucedió después" puede servir para indicar a un juez que uno adhiere al formato pregunta-respuesta. Al mismo tiempo, uno puede intercalar la exploración ocasional de los detalles mediante una serie de respuestas narrativas.

b. Preguntas abiertas

Las preguntas abiertas son esencialmente preguntas narrativas cuyo alcance en cierto modo está limitado. Una limitación típica tiene carácter temporal; la pregunta abierta generalmente pide al testigo que describa un solo hecho, más que una serie de hechos. Asimismo, mientras las preguntas narrativas pueden adoptar un fraseo amplio ("Por favor, describa lo que sucedió"), las preguntas abiertas suelen llamar la atención del testigo sobre el hecho específico que uno desea que aquél describa. Como son más limitadas que las narrativas, las preguntas abiertas casi siempre son permitidas, y ciertamente constituyen un importante "circulante aceptado" en el examen directo. Ejemplos de tales preguntas son:

"Después que las gallinas cruzaron la calle, ¿qué sucedió?"

"Por favor, describa la condición de la palma izquierda dos meses después de la intervención quirúrgica."

"Después que él se embarcó en el kayak, ¿qué dijo ella?"

"¿Por qué fijó tan alto su buzón?"

Como puede verse, las preguntas abiertas también permiten que los testigos declaren con sus propias palabras. Aunque pueden aportar a la memoria un estímulo un tanto más intenso que las preguntas narrativas, de todos modos es típico que los testigos suministren detalles mínimos en el curso de la respuesta. Por consiguiente, las preguntas abiertas también suelen ofrecer amplia oportunidad de subrayar hechos importantes mediante las preguntas de seguimiento orientadas hacia la obtención de detalles. Por supuesto, en su forma típica no son menos problemáticas que las preguntas narrativas cuando se trata de testigos que declaran en un estilo francamente mecánico, verboso o partidista.

Comparadas con las preguntas narrativas, las preguntas abiertas pueden agregar más "impacto" a un interrogatorio directo. En lugar de que uno pregunte imprecisamente "¿Qué sucedió?", las preguntas pueden adquirir hasta cierto punto el carácter de la descripción de un encuentro de boxeo por el anunciador. Examine este posible interrogatorio directo (solo las preguntas):

"¿Qué lo asustó?"

"¿Cómo reaccionó cuando usted saltó?"

"¿Qué sucedió cuando usted llegó al hospital?"

Quizá nada terriblemente dramático, pero en todo caso un poco más interesante que "¿Qué sucedió enseguida?"

c. Preguntas cerradas

Las preguntas cerradas tratan de aportar aspectos específicos de la evidencia. Por su forma no sugieren al testigo narrar.

puesta deseada, pero dejian al testigo escaso espacio para describir un hecho en sus propias palabras. La mayoría de las preguntas cerradas exigen que el testigo suministre una respuesta:

"¿De qué color era la alfombra?"

"¿Cuánto duró la discusión?"

"Después que Vivian dijo eso, ¿qué afirmó Par?"

"¿Cuántos ángeles pueden bailar en la cabeza de un alfiler?"

Las preguntas "por sí—por no" son formas más cerradas (pero en general no llegan a sugerir), porque el testigo sólo puede confirmar o negar la evidencia incluida en una pregunta:

"¿La alfombra era azul?"

"¿La discusión continuó al día siguiente?"

"¿Usted vio realmente a los ángeles?"

El empleo de preguntas cerradas puede parecer contradictorio con el concepto del interrogatorio directo que se expresa en la frase "permítame que el testigo se exprese". Pero de hecho las preguntas cerradas son importantes para un interrogatorio directo persuasivo. Como el lector recordará, las preguntas narrativas y abiertas generalmente estimulan poco la memoria, y en la respuesta los testigos suelen suministrar detalles mínimos. A menudo, sólo una pregunta cerrada puede atraer la atención del testigo sobre determinado detalle que uno quiere obtener. Por ejemplo, supongamos que usted desea obtener la evidencia de un médico en el sentido de que en el curso de una conversación con el paciente, ese profesional dijo que la boca seca era un posible efecto colateral de cierta droga. La pregunta abierta del tipo de "háblenos de la conversación que usted mantuvo con el paciente el 3 de febrero" quizá no estimule el recuerdo del testigo acerca de "la boca seca". Una pregunta cerrada: "¿Qué dijo usted al paciente acerca de los posibles efectos colaterales?" tiene más probabilidades de aportar la información. Si ese recurso no alcanza a sugerir la evidencia, usted puede orientarse hacia una pregunta más cerrada, casi sugestiva, por ejemplo: "¿Usted habló de la boca seca?" Si allí usted obtiene una res-

puesta por "sí", puede retornar a una pregunta abierta: "Por favor, díganos lo que mencionó acerca de la boca seca."

Al margen de la posibilidad del olvido, es típico que sólo las preguntas cerradas nos permitan obtener detalles que realicen los hechos importantes. Por ejemplo, supongamos que en el ejemplo mencionado más arriba la advertencia del médico acerca de la boca seca del paciente fue un aspecto fundamental de los datos. Las preguntas cerradas pueden aportar detalles que quizá nunca aparecerían en la respuesta a las preguntas abiertas:

"¿Usted se refirió al PDR cuando comentó la posibilidad de la sequedad bucal con el paciente?"

"¿Qué dijo usted acerca del PDR?"

"¿Utilizó exactamente esa expresión, 'la sequedad bucal'?"

"¿El paciente le formuló preguntas acerca de la sequedad de la boca?"

Además de destacar un aspecto de la historia, los detalles también pueden afirmar la credibilidad del testigo al demostrar que recuerda claramente los hechos.

Las preguntas cerradas que originan una respuesta negativa pueden aumentar de manera significativa el efecto del testimonio directo. Los testigos generalmente declaran acerca de su recuerdo de los hechos que efectivamente sucedieron. Por lo tanto, una serie de respuestas que subrayen lo que no sucedió puede ser muy dramática. Uno puede utilizar preguntas con respuesta negativa para subrayar de qué modo su relato difiere del que presenta el adversario. Por ejemplo, supongamos que usted representa al paciente en el ejemplo de la "sequedad bucal" mencionado más arriba. El paciente afirma que la conversación que el médico afirma haber mantenido con él no existió. Una serie de preguntas que originan la respuesta "negativa" puede subrayar la diferencia:

P: ¿Usted mantuvo una conversación con el médico el 3 de febrero?

R: No.

P: ¿El médico habló con usted el 3 de febrero?

R: No.

P: ¿Alguna persona del consultorio del médico habló con usted el 3 de febrero?

R: No.

P: ¿En algún momento le mencionaron la sequedad de la boca como un posible efecto colateral de la droga?

R: No.

Uno puede emplear las preguntas cerradas con fines tan numerosos que es difícil catalogarlas. Las preguntas cerradas pueden refrescar los recuerdos de los testigos; obtener información de testigos que son demasiado jóvenes, demasiado ancianos o están muy enfermos como para responder verosíblemente a las preguntas abiertas; y aclarar respuestas ("No estoy preguntándole lo que usted creyó que era. Sólo deseo saber si la dro.")

Las preguntas cerradas también pueden aportar cierta organización al testimonio, al definir puntos de transición claros entre los hechos. Por ejemplo, suponga que usted obtuvo del testigo la historia de una conversación celebrada el 3 de marzo, y para lograrlo apeló a una narración de preguntas narrativas, abiertas y cerradas. Usted desea que el testigo y el juzgador reconozcan que el siguiente grupo de preguntas corresponderá a otra conversación mantenida el 5 de marzo. Las preguntas cerradas pueden desplazar rápida y claramente la atención hacia el hecho siguiente. Cuando uno y el testigo llegan al "hecho siguiente", usted abre sus preguntas:

P: ¿Puede recordar otra cosa que fue dicha en la conversación del 3 de marzo?

R: No, eso es todo.

P: Está bien, ¿hubo otra conversación?

R: Sí.

P: ¿La conversación siguiente fue el 5 de marzo?

R: Sí.

P: Es decir, ¿dos días después de la conversación que usted acaba de describir?

R: Sí.

P: ¿Dónde se celebró la conversación del 5 de marzo?

R: En el mismo lugar, el vestíbulo del Centro Comercial K-Mart.

P: ¿Y quiénes estuvieron durante la conversación del 5 de marzo?

R: Yo, Lucie y Graham. Ah, esta vez Beverly pudo acompañarnos.

P: Por favor, relátenos con la mayor fidelidad posible lo que sucedió durante la conversación del 5 de marzo.

R: Está bien. En primer lugar...

La diferencia principal entre una pregunta cerrada y una pregunta sugestiva es que la primera no sugiere a un testigo la pregunta que usted desea. Por ejemplo, consideremos la pregunta mencionada más arriba: "¿La conversación siguiente fue el 5 de marzo?" Como el fraseo de la pregunta no sugiere una respuesta afirmativa, por la forma se trata de una pregunta cerrada más que sugestiva.

Sin embargo, el contexto en que uno formula una pregunta cerrada puede convertirla en sugestiva. Cuando uno formula una pregunta "por sí o por no", la prueba está contenida en la pregunta, no en la respuesta del testigo. Pero si la prueba es imprecisa, en primer término debe revelarla el testigo, no el abogado. Por lo tanto, cualquiera sea su forma, una pregunta cerrada que se refiere primero a un rubro importante de la prueba probablemente es sugestiva, y por lo tanto impropia durante el interrogatorio directo. Para ilustrar este punto, remitámonos de nuevo a la pregunta: "¿La conversación siguiente fue el 5 de marzo?" Supongámonos que la fecha de la conversación es importante, dadas las afirmaciones de las partes. Por consiguiente, ¿quién debe mencionar primero la fecha? El testigo. Como lo hace el abogado, en este contexto la pregunta será sugestiva. El abogado debe preguntar en cambio: "¿Cuál fue la fecha de la conversación siguiente?"

d Preguntas sugestivas

Después de las palabras "mami" y "papá", "Objeción, pregunta sugestiva" es típicamente la tercera frase formulada por los

niños pequeños que con el tiempo concurren a la Facultad de Derecho. Por consiguiente, uno sin duda sabe que una pregunta sugestiva es la que sugiere la respuesta deseada. Las preguntas sugestivas a menudo son sencillamente afirmaciones, con una frase agregada al principio o al final para convertirlas en preguntas. Como ejemplo de preguntas sugestivas tenemos:

"El automóvil era rojo, ¿verdad?"

"¿Es cierto que usted nunca vio el documento?"

"Un árbol que cae en un bosque desierto hace cierto ruido, ¿verdad?"

En el supuesto de un testigo demuestre espíritu de cooperación, las preguntas sugestivas generalmente son impropias porque convierten al testigo en el canal por el cual discurre la prueba suministrada por el abogado. Además, como las preguntas sugestivas no permiten que los testigos describan los hechos con sus propias palabras, probablemente menoscararán la credibilidad de un testigo.

De todos modos, uno puede tender a la abundancia excesiva de preguntas sugestivas en el interrogatorio directo. En el segundo interrogatorio directo, aunque las reglas no son las mismas de las que se aplican en el primero, la tendencia puede convertirse en una verdadera avalancha de preguntas sugestivas. Quizá cuando llegue el momento del juicio uno esté tan familiarizado con una historia que la relate muy naturalmente. O bien, tal vez uno desee incorporar al registro un lenguaje específico, quizá para satisfacer un requerimiento legal o para confirmar otro testimonio. Impulsado por el temor de que un testigo olvide la frase mágica, uno la suministra animosamente. O bien uno puede crear sencillamente que puede narrar una historia mejor que el testigo. Encauce estos impulsos narrativos, si los tiene, hacia la preparación prejudicial, la negociación, las conferencias previas al juicio, la declaración de apertura y el alegato final.

La norma que se opone a las preguntas sugestivas en el interrogatorio directo no tiene menos excepciones que la mayoría de las restantes normas. A menudo se nos permite guiar a los testigos que parecen tropezar con dificultades para declarar. Por ejemplo, a menudo uno podrá guiar a los niños, a los testigos que tienen problemas auditivos o de comunicación, y a otros in-

dividuos por el estilo. Obligadas a elegir entre el testimonio suministrado por el abogado, o quizá la falta total de testimonio, las reglas prefieren lo primero.

Uno también puede utilizar preguntas sugestivas cuando aborda "cuestiones preliminares". Expresada en lenguaje llano, la regla viene a resumirse en lo siguiente: si la pregunta no es importante, despáchela con la mayor prisa deseable. Por ejemplo, uno puede utilizar preguntas sugestivas cuando reclama información rutinaria acerca de los antecedentes personales:

P: Señor Atila, ¿usted es un bárbaro?

R: Sí.

P: ¿Y fue un bárbaro durante ocho años?

R: En efecto. Nueve si cuenta mi último año de aprendizaje.

Los aspectos complementarios de los hechos a menudo no son cuestionados, y por lo tanto podemos considerarlos una cuestión preliminar. Por ejemplo, una controversia puede incluir lo que sucedió en cierta reunión, sin que se questione en absoluto la celebración del encuentro. En caso de cuestionamiento, como usted tiene conciencia del limitado alcance de la atención del juzgador, tal vez prefiera tratar de prisa los aspectos subsidiarios, apelando a las preguntas sugestivas:

P: Usted asistió a una reunión el 26 de agosto, ¿no es así?

P: ¿Menkel y Meadow también asistieron?

P: ¿El propósito de la reunión fue discutir la propuesta de compra?

P: Bien, por favor, díganos lo que sucedió...

En diferentes circunstancias, usted puede utilizar preguntas sugestivas para repetir la declaración que un testigo ya suministró. Por ejemplo, quizá la argumentación alrededor de una objeción insuma tiempo, y tanto el testigo como el juzgador apreciarán que se les recuerde en qué punto de la narración están:

P: Lo siento, señorita Johnson. Comprendo que, después de permanecer sentada allí las últimas tres semanas, usted ha llegado a convertirse en una experta en algunos aspectos del procedimiento judicial. Antes de la interrupción, usted nos dijo que concibió el programa de cuentas a cobrar para la computadora, ¿no es verdad?

R: Ah, sí, lo recuerdo bien.

P: ¿Y que preparó el manual que es la prueba B del acusado?

R: Sí, así es.

P: ¿Y que instruyó al señor Houston acerca del modo de utilizar el programa?

R: Sí.

P: Está bien. Ahora, le preguntaré...

Asimismo, un juez está en libertad de permitir una o dos preguntas sugestivas al finalizar el interrogatorio directo, aceptando la repetición de la declaración más decisiva de un testigo:

P: Finalmente, señor Tobias, ¿usted inspeccionó los condensadores inmediatamente después que llegaron a la fábrica?

R: Sí.

P: ¿Y comprobó que ninguno era defectuoso?

R: En efecto.

P: No tengo nada más que decir en este momento.

Finalmente, uno puede usar preguntas sugestivas cuando un testigo no atina a recordar la prueba. El olvido no es un fenómeno desusado. Muchos litigantes pueden mencionar el caso de la persona cuya memoria clara durante la preparación del juicio se derrumba al ocupar el estrado de los testigos. En lugar de obligar a una de las partes a prescindir de la prueba olvidada, una alternativa que los procedimientos judiciales suele permitir consiste en obtener la información mediante preguntas sugestivas. Por ejemplo, supongamos que antes del juicio un testigo ha afirmado consecuentemente que un automóvil se desplazaba a unos 55 kilómetros por hora. Uno se pregunta en silencio por

qué usted se declaró contrario a la Facultad de Medicina a medida que se desarrolla el interrogatorio directo.

P: Por favor, díganos ¿qué vio al pasar el automóvil?

R: No sé muy bien qué quiere decir.

P: Lamento no haberme expresado claramente. Sólo deseo saber ¿qué observó acerca del modo de desplazarse el automóvil?

R: Nada que pueda recordar ahora.

P: Bien, ¿a qué velocidad se desplazaba?

R: Sencillamente, no recuerdo.

P: ¿Pudo haber sido aproximadamente a 55 kilómetros por hora?

R: En efecto, ahora recuerdo.

Observe cómo estas preguntas son cada vez más cerradas. A menudo, la combinación de las preguntas más cerradas y el hecho de que uno mantenga los dedos cruzados aportan la prueba olvidada, antes de que uno deba apelar a la pregunta sugestiva.

D. EL COMIENZO DE LOS INTERROGATORIOS DIRECTOS

1. Preguntas acerca de los antecedentes personales

Es costumbre que uno inicie el interrogatorio directo recabando información acerca de los antecedentes personales de un testigo. Esta parte del examen suele ser breve, por lo menos cuando los antecedentes no guardan relación directa con los temas acerca de los cuales declarará un testigo. Por supuesto, el interrogatorio acerca de los antecedentes puede llegar a ser más amplio si la información es importante por referencia a la credibilidad de la prueba, o si uno intenta demostrar la condición de experto de un testigo.

Las preguntas relacionadas con los antecedentes personales tratan de poner cómodo al testigo, de conceder al juzgador unos pocos momentos con el fin de que se familiarice con un testigo

antes de escuchar lo que él tiene que decir, y de confirmar la credibilidad de un testigo. Los temas típicos de indagación en el área de los antecedentes incluyen el lugar de residencia y la profesión del testigo, y sus obligaciones laborales de carácter general. Que se permita al abogado recabar más antecedentes (por ejemplo, el estado civil del testigo, si tiene hijos, o cuánto tiempo vivió en el mismo domicilio) generalmente depende de las consideraciones de tiempo, del concepto de cada juez acerca de la importancia del interrogatorio referido a los antecedentes personales, y de que la información ejerza cierta influencia sobre las cuestiones en disputa. Sin embargo, los antecedentes relacionados con las obras caritativas de un testigo casi seguramente representan un material impropio referido al carácter de la persona.

Por ejemplo, examinemos este posible fragmento de interrogatorio acerca de los antecedentes:

P: Señorita Gillig, ¿dónde trabaja?

R: En las oficinas del consulado británico local.

P: ¿Cuáles son sus obligaciones generales en ese lugar?

R: Diligencio las visas, coordino las visitas oficiales, y pronuncio algunos discursos en público.

P: ¿Dónde vive?

R: En Eastbourne, en el distrito Larchmont de la ciudad.

P: ¿Y cuánto tiempo hace que reside allí?

Oponente: Objeción. Ese dato es irrelevante.

Juez: Abogado, ¿puede responder a la objeción?

P: Sí, Su Señoría. Esta cuestión tiene que ver con un incidente que sucedió en el vecindario de la señorita Gillig. El lapso que ella ha vivido en el vecindario influye directamente con su familiaridad con el lugar en que sucedió el incidente, y por lo tanto, aumenta la credibilidad de su declaración.

Juez: Permitiré la pregunta, pero no se detenga en ella.

P: Señorita Gillig, ¿recuerda la pregunta?

R: Sí, he vivido allí.

LA DEFENSA EN JUICIO

Si falta una relación entre la pregunta objetada y el tema en disputa, es posible que el juez llegue a respaldar la objeción.

Quando la prueba a la que usted quizá atribuya el mismo carácter de "un antecedente personal" en efecto gravita sobre el tema en discusión, como sucede en el ejemplo mencionado más arriba, uno puede postergar la formulación hasta que aborde el testimonio con el cual se relaciona.

Esta es la técnica de "agrupamiento de la evidencia" descrita en la Sección B-3. En el ejemplo mencionado más arriba, preguntar a Gillig cuánto tiempo vivió en el vecindario, y formular la pregunta durante el interrogatorio acerca de los antecedentes personales, puede desdibujar la relación entre su familiaridad con la escena y la credibilidad de su testimonio. Si uno obtiene la información al mismo tiempo que pide a Gillig la descripción del incidente, es posible que esa técnica contribuya a convencer al juzgador de la exactitud de las observaciones de Gillig.

Finalmente, obsérvese que las preguntas incluidas en el breve interrogatorio acerca de los antecedentes, más arriba, en su mayoría son preguntas cerradas. Generalmente, uno no desea que los testigos se embarquen en una narración de su propia vida. Sin embargo, es más probable que uno utilice preguntas abiertas cuando califica a un experto. Las preguntas del tipo de "Por favor, díganos qué obras escribió en el campo de la psicología animal", permite que los peritos exhiban la profundidad de sus conocimientos.

2. Preguntas definitivas de la escena

Después que uno finalizó con las preguntas acerca de los antecedentes personales, comienza a desarrollar el relato del testigo. Pero de acuerdo con una antigua autoridad: "Todos los comienzos son difíciles", y el interrogatorio directo no es excepción. Consideremos esta posible maniobra inicial:

P: Bien, señorita Cunning, díganos si hubo algo desusado la tarde del 12 de marzo.

Oponente: Objeción. Pregunta imprecisa, que exige una respuesta narrativa.

Juez: Apoyo la objeción.

P: Señoría Gunning, ¿vio al acusado cometer un robo la tarde del 12 de marzo?

Oponente: Objeción, es una pregunta sugestiva.
 Juez: Apoyo la objeción.

En este punto, es posible que usted ya esté abriendo su portafolios y retirando sus papeles, mientras contempla una forma menos pública de hacer el papel del tonto. Para evitar tales acechanzas, quizá pueda comenzar la narración del testigo con preguntas destinadas a definir la escena.

Estas preguntas comienzan una narración con un aspecto contextual indiscutido de un hecho. Como el contexto indiscutido es "una cuestión preliminar", uno puede formular una pregunta sugestiva. Una pregunta o dos acerca del contexto fija la escena, y comienza el interrogatorio directo. Uno puede definir una escena llamando la atención del testigo sobre:

- el primer hecho en la narración del testigo;
- la persona que participó en ese hecho;
- la fecha del hecho; o
- el lugar del hecho.

Es probable que por lo menos uno de estos rasgos contextuales no sea tema de controversia. Y por lo tanto tenga un carácter "preliminar". Por ejemplo, regresemos al testimonio de la señorita Gunning, más arriba. Supongamos que la defensa se basa en la identidad equivocada; la defensa admite que hubo un robo, pero niega que el acusado sea el culpable. Uno puede definir la escena llamando la atención del testigo sobre el hecho mismo:

P: Señoría Gunning, deseo llamarle la atención sobre un robo que usted presencié, ¿lo recuerda?

R: Por supuesto.

P: ¿Qué fue lo primero que llamó su atención...?

Con escaso esfuerzo uno está embarcado en el relato. Sin embargo, si el testigo ha sido un auténtico imán por referencia a

B) los robos, la pregunta acerca del "episodio" quizá deba ser más específica:

P: Señoría Gunning, deseo llamar su atención sobre un robo en que la víctima estaba disfrazada. ¿Lo recuerda?

Después, suponga que el acusado reconoce que estaba en la escena del robo, pero niega haber tenido nada que ver con el mismo. Como no se trata de discutir la identidad, uno puede definir la escena utilizando esa evidencia contextual:

P: Señoría Gunning, deseo llamar su atención sobre el acusado que está sentado aquí. ¿Lo ve?

R: Lo veo.

P: ¿Lo vio en la tarde del 12 de marzo?

R: Lo vi.

P: ¿Qué estaba haciendo usted cuando lo vio por primera vez?

Quizá el hecho y la identidad son tema de controversia. Pero el hecho de que el testigo se encontraba en cierto lugar no siendo de ese punto:

P: Señoría Gunning, sé que este comienzo permanente es difícil para usted, pero no es fácil la tarea de convertirse en ejemplo incluido en un libro. ¿Recuerda haberse encontrado en la esquina de las avenidas Este y Oeste?

R: (le falta un poco el aliento) Lo recuerdo.

P: ¿Qué vio cuando se encontraba en esa esquina?

Finalmente, uno puede llamar la atención de un testigo sobre la fecha de un hecho:

P: Señoría Gunning... Señoría Gunning, ¿recuerda la fecha del 12 de marzo?

R: La recuerdo. Por lo menos la recordaba cuando usted me dijo que viniese aquí.

P: ¿Dónde estaba usted ese día por la tarde?
R: Yo estaba en la esquina...

Pero tenga en cuenta que a pesar de la preparación, los testigos tienden a olvidar las fechas cuando ascienden al estrado. "¿El día 12? ¿No es el cumpleaños de mi tía?" Si es posible, trate de delimitar la escena sin apoyarse en una fecha.

Si todas estas preguntas son preliminares, uno puede combinar en una sola pregunta una serie de detalles contextuales:

P: Señorita Gunning, deseo llamar su atención sobre un robo cometido la tarde del 12 de marzo en la esquina de las avenidas Oeste y Este. ¿Recuerda el incidente?

Una vez delimitada una escena, uno puede continuar con una pregunta referida al "cambio de escena", la cual simplemente pregunta al testigo qué cambió acerca de la escena que uno delimitó. Como el testigo, no el abogado, menciona el modo en que cambió la escena, se evita cualquier dificultad relacionada con el carácter "sugestivo" de la pregunta. Por ejemplo, suponga que en la escena que usted delimitó un testigo camina por un sendero rural. Usted puede desarrollar el asunto del siguiente modo:

P: Señor Wolfe, ¿usted continuó descendiendo por el sendero?

R: No, no lo hice.

P: ¿Por qué no?

R: Vi un pequeño claro donde el suelo estaba cubierto de paja. Al acercarme más, vi una flauta depositada sobre la paja, y algunos pelos que parecían arrancados de un mentón.

P: ¿Qué hizo entonces?

R: ...

Si ninguna de estas técnicas de definición de la escena es eficaz, usted puede continuar guardando en el portafolios los libros y los papeles.

E. CONCLUSION DE LOS INTERROGATORIOS DIRECTOS

1. La presentación de la prueba

Pocas consideraciones especiales acompañan a la parte final de un interrogatorio directo. Si uno practicó un interrogatorio directo en general cronológico, la narración del testigo concuerde con el hecho importante más reciente.

Como sabe que el factor de la "novedad" sugiere que las últimas respuestas de un testigo pueden influir más sobre un juzgador, tal vez usted concluya pidiendo a un testigo que repita su declaración más importante. Al proceder así, usted está promovando la objeción acerca de la pregunta "formulada y contestada". Sin embargo, los jueces son libres de permitir el testimonio, y pueden ejercer esa discreción en nuestro favor si la declaración es especialmente decisiva, si uno exhibe una acción breve, y no finaliza rutinariamente de este modo con todos los testigos. Las preguntas que usted formule también deben "señalar" que usted está terminando:

P: Solamente dos preguntas más, señor Jackson. De nuevo, ¿cuántas semanas de trabajo perdió?

R: Dieciséis.

P: ¿Y cuál fue el ingreso de su familia durante esas dieciséis semanas?

R: Ninguno.

P: Por el momento, no hay más preguntas.

Muchos jueces acogen de muy buen grado este tipo de diálogo. El abogado promete que formulará a lo sumo un par de preguntas, y cumple su promesa.

2. Segundo interrogatorio directo

El segundo interrogatorio directo es la oportunidad de formular más preguntas a nuestro testigo después que se le formularon las repreguntas. Sujeto a la discreción judicial, el segundo interrogatorio directo se limita a las cuestiones contempladas en las repreguntas de la parte contraria. Es típico que

uno utilice este tipo de interrogatorio para aclarar áreas que quizá resultaron confusas durante las repreguntas, o para reabrir a un testigo impugnado. La norma general contra el empleo de preguntas sugestivas durante el interrogatorio directo se aplica también al segundo interrogatorio directo.

Es posible que uno no utilice el segundo interrogatorio directo para repetir una historia completa, ni para mencionar por primera vez temas que uno omitió contemplar en el interrogatorio directo. Pero si por descuido uno omitió prueba en el interrogatorio directo, incluso después de las repreguntas uno puede solicitar permiso para "reabrir el interrogatorio directo". Por supuesto, el abogado de la parte contraria podrá repreguntar en relación con cualquier evidencia nueva.

A causa de su alcance limitado, es típico que no se solicite una narración cronológica durante el segundo interrogatorio directo. Mas bien uno suele utilizar preguntas cerradas para llamar la atención de un testigo sobre partes específicas de la historia, pero después formula preguntas aclaratorias o rehabilitadoras referidas a cada porción. Por ejemplo, supongamos que uno representa al demandante en el problema de la muerte ilícita, que incluye al transeúnte atropellado por el vehículo que viró hacia la izquierda. En el interrogatorio directo, uno llamó a Dar, que atestiguó que, mientras estaba con su coche detenido, esperando que la luz virase al verde, vio al transeúnte que estaba al comienzo del paso peatonal, aunque ella desvió la mirada precisamente un instante antes de que atropellasen a la víctima, pues deseaba verificar la luz del semáforo. En las repreguntas, los interrogantes de la parte contraria sugirieron que el testigo pudo haber apartado la vista del cruce peatonal durante un lapso considerable, de modo que quizá el transeúnte se retiró del cruce de peatones antes de ser atropellado. En el segundo interrogatorio directo uno puede aclarar del siguiente modo la declaración de la testigo:

P: Señorita Daar, deseo llamarle la atención sobre el momento en que usted desvió la mirada para verificar el estado de la luz. ¿Recuerda ese instante?

R: Sí, lo recuerdo.

P: ¿Cuánto tiempo pasó entre el momento en que usted desvió la mirada para verificar la luz, y el momento en que oyó el golpe del camión que atropellaba al transeúnte?

R: Ciertamente, no más de un segundo o dos.

P: ¿Cómo es posible que esté tan segura?

R: Porque me llevó apenas un instante ver que la luz continuaba en rojo, y ya volvía a mirar a la víctima, portaba buscando, y deseaba verlo con más detalle. Cuando estaba volviéndome para mirarlo, oí su grito.

P: Bien, volviendo al momento en que usted vio que el conductor del vehículo que viró hacia la izquierda descendió del coche...

El segundo interrogatorio directo es también una oportunidad de tratar de rehabilitar al testigo cuya credibilidad fue atacada. Supongamos que en el mismo ejemplo el abogado de la parte contraria señala en las repreguntas que la testigo mantuvo una relación personal y estrecha con el demandante, que es el cónyuge sobreviviente. El juzgador puede inferir de este testimonio que la testigo y el demandante están relacionados más íntimamente, y que la testigo puede haber mentido o deformado su declaración. Las preguntas del segundo interrogatorio directo pueden adoptar esta forma:

P: Señorita Daar, ¿usted se considera amiga del demandante?

R: Sí, como ya le dije al otro abogado.

P: ¿Suele verlo en ocasiones sociales?

R: Sí.

P: ¿En qué circunstancias?

R: Siempre con mi marido y nuestros hijos. Nos encontramos con él y sus hijos... tienen más o menos la misma edad que los míos.

P: ¿Con cuánta frecuencia se reúnen las dos familias?

R: Oh, tal vez un par de veces por año.

P: ¿Qué vio después?

R: No recuerdo nada más.

P: ¿De qué color era?

La atención y el cuidado con que el abogado adapte las preguntas a las respuestas del testigo puede aumentar de manera significativa el influjo del interrogatorio directo.

4. Mantenga un registro claro

Cuando los jueces piensan en la posibilidad de mantener un registro claro, el público al que probablemente tienen en cuenta es un tribunal de apelación. El abogado también puede tener en mente esa audiencia, pero su audiencia más inmediata es el juzgador. Una serie de consideraciones relacionadas con "el registro" puede afectar el influjo de un interrogatorio directo.

Cuando la respuesta de un testigo a una pregunta consiste en cierto tipo de gesto, tome la iniciativa de traducir el gesto a términos verbales. Si no espera que lo haga el juez, infundirá un tono profesional a su interrogatorio. Por ejemplo, un testigo puede mover la cabeza hacia arriba y hacia abajo, o decir "ajá". Usted puede responder: "Para el registro, ¿su respuesta es afirmativa?" Cuando usted adopta esta actitud, recuerde que necesita formular la observación en la forma de una pregunta. Usted pregunta al testigo si ha entendido bien su declaración. O bien puede decir a un testigo: "Por favor, responda a la pregunta por sí o por no, de modo que el cronista judicial y todos podamos entender exactamente cuál es su respuesta."

Los testigos a menudo responden por gestos a las preguntas, y el abogado o el testigo debe traducir esos gestos a formas verbales. Por ejemplo, un testigo dice: "El ketchup estaba aquí", y lleva la mano a la zona de su pecho. O bien afirma: "Tan lejos de mí como yo lo estoy de usted". Ante el primer gesto usted puede responder: "¿Está indicando que el ketchup estaba a una altura de 1,20 metros?" Y para el segundo gesto su comentario puede ser: "¿Es una distancia de aproximadamente 7 metros?" En muchas salas de tribunal hay diagramas que indican la distancia entre el estrado de los testigos y distintos puntos de la sala; uno puede pedir al juez que se proceda a utilizar un dia-

grama para obtener más exactamente el equivalente de los gestos del testigo.

Por otra parte, muchos jueces permitirán que uno convierta el gesto del testigo en términos verbales. Las tradicionales palabras mágicas que indican que uno no está atestiguando, sino sencillamente aclarando un gesto del testigo, son: "que se indique en el registro". Por ejemplo, usted puede decir: "Que el registro indique que los cabellos del testigo muestran que la electricidad está funcionando".

El problema de reducir los gestos a la forma verbal es un poco más complejo cuando los gestos de un testigo tienen que ver con una actividad "dinámica". Por ejemplo, el testimonio verbal de un acusado que acompaña a sus gestos para demostrar lo que sucedió durante una ríña puede consistir en los siguientes elementos: "Ella hizo esto, y él hizo aquello, y entonces ella deslizó el brazo aquí debajo, y la cabeza del hombre cayó hacia atrás del siguiente modo". No es posible señalar fácilmente los movimientos físicos fluidos mediante la descripción verbal. La mejor posibilidad en una situación así quizá sea pedir al testigo que repita el incidente en un momento "congelado" los gestos del testigo en momentos significativos. Con los gestos congelados, uno consigue algo parecido a una "instantánea" esencialmente a cada una. Así, uno puede decir:

"Usted está indicando ahora que la mujer se encontraba de pie casi directamente detrás del hombre; ella tenía el brazo derecho alrededor del cuello del individuo, y lo obligaba a levantar la cara en un ángulo de aproximadamente 45 grados, y tenía la mano izquierda cerrada sobre la muñeca izquierda del hombre, y le sostenía el brazo izquierdo a la espalda, doblado a la altura del codo, en lo que podía denominarse una media llave Nelson. ¿Era así?"

La eliminación de los "tics" verbales del propio abogado también contribuyen a la limpieza del registro. Por nerviosismo, o por el deseo de darse tiempo para pensar, durante el interrogatorio directo quizá el abogado murmure repetidas veces: "comprendo" o "ajá" después de cada respuesta. Quizá uno se

vierta en el "eco" de un testigo. Un testigo declara: "Aceptamos despachar cuatrocientas unidades hacia el 7 de agosto", y uno que el juzgador tal vez recuerde los tics más que el testimonio. El personal del tribunal puede sentirse tentado de organizar un concurso, en que los participantes tratan de adivinar el número de veces que usted dice "comprendo". Cobrar conciencia de tales tics es un paso importante para eliminarlos. O bien la técnica de imponerse una pausa entre una respuesta y la pregunta siguiente puede superar la necesidad subconsciente de crear un tiempo artificial de pensamiento utilizando tics irritantes.

5. ¿Vale la pena evocar elementos perjudiciales en el interrogatorio directo?

La sabiduría tradicional sugiere que uno suaviza parte del filo de las repreguntas de un contrario señalando durante el interrogatorio directo que es probable que de todos modos salga a luz cierta información perjudicial. Por ejemplo, supongamos que todas las partes saben que nuestro principal testigo, que declarará "la luz era verde" habló en la convención anual de la Conferencia de Sacerdotes, Ministros y Rabinos, y dijo al público: "La luz era roja." ¿Por qué debemos permitir que nuestro regocijador antagonista ataque al testigo señalando la contradicción en el interrogatorio directo, con lo cual se demostrará que uno actúa con justicia y franqueza. Además, quizá uno pueda obtener inmediatamente la prueba que permita resolver al contradictorio. "Sí, dije eso en la convención. Pero sencillamente estaba demostrando que uno puede decir una mentira sin caer fulminado por un rayo. Eh... ¿qué fue ese resplandor?"

Pero uno debe condicionar la sabiduría tradicional. En primer lugar, no debemos evocar elementos perjudiciales que no están en conocimiento de la parte contraria. Uno puede tender a atribuir a un adversario más conocimiento de los aspectos perjudiciales del caso que nos interesa que la información que el adversario posee realmente. Así como algunos individuos personalmente tienen conciencia de una mancha o una arruga en un traje y suponen en forma equivocada que todos están en la misma situación, también usted puede estar tan familiarizado

con las fallas de un relato que suponga erradamente que un adversario también sabe a qué atenerse.

En segundo lugar, ignore la evidencia que puede perjudicar la credibilidad de un testigo en el interrogatorio directo tal vez origine una primera impresión favorable en la mente de un juzgador. La "disposición mental" favorable puede perdurar a pesar de la impugnación del oponente. En cambio, si uno inculca rutinariamente la prueba impugnatoria en el interrogatorio directo, puede impedir que el juzgador se forme nunca una primera impresión favorable.

6. Puntos de referencia

Los puntos de referencia son elementos de prueba que ya están en el registro y a los cuales uno alude en una pregunta. Utilice con parquedad los puntos de referencia y sólo en un caso de fuerza sincero por aclarar el testimonio, no sea que su exposición se parezca demasiado a la de un testigo.

Por ejemplo, consideremos esta secuencia del interrogatorio:

P: ¿Qué sucedió enseguida?

R: ¿Y después qué sucedió?

P: Por favor, continúe.

R: Después que él se puso los nudillos de bronce, ¿qué sucedió?

En el supuesto de que la prueba representada por los nudillos de bronce ya esté en el registro, la última pregunta es un punto de referencia. Recuerda a todos en qué punto exacto de la narración se encuentra el testigo.

Asimismo, uno puede utilizar una pregunta relacionada con un punto de referencia si, más que tratar de avanzar al testigo en el desarrollo de su relato en el tiempo, usted desea tener una descripción más amplia de un hecho que el testigo mencionó antes. Aquí la pregunta del punto de referencia manifiesta la atención del testigo fija en el acontecimiento acerca del cual está atestigüando, y busca el detalle de un aspecto particular:

P: ¿Qué sucedió después que él saltó del camión?

R: Me aferró y me arrojó al suelo. Después, comenzó a descargar puntapiés sobre mi cuerpo. Me puse de pie y escapé, pero él me persiguió armado con un garrote.

P: Usted dijo que él lo amenazó con un garrote. ¿Puede describir con más detalle ese garrote?

Un punto de referencia también puede aclarar un testimonio ambiguo. Por ejemplo, un testigo que describe heroicamente los caminos convergentes de seis automóviles en un cruce dice: "Se desplazaban a 55 kilómetros por hora". O al describir la disputa entre dos mujeres, un testigo declara: "Una dijo que la otra era una estúpida endomorfa". En cualquiera de los dos casos, el juzgador no puede decir quién hizo o dijo qué cosa. Utilice una pregunta del punto de referencia:

P: Usted declaró que uno de los dos automóviles se desplazaba a la velocidad de 55 kilómetros por hora. ¿A qué automóvil se refería?

P: Usted atestiguó que una de las mujeres dijo que la otra era una estúpida endomorfa. ¿Qué mujer dijo eso?

Usted puede usar un punto de referencia también cuando un testigo ha saltado cierto testimonio, y sin sugerirselo quiere atraer la atención del testigo hacia la parte olvidada del relato:

P: ¿Qué sucedió después?

R: Salimos a la autopista, y de pronto vimos enfrente esa fuente gigantesca de *spaghetti*.

P: Después que ustedes parieron, pero antes de ver la fuente de *spaghetti*, ¿qué sucedió?

Un punto de referencia también puede aclarar dónde los testigos coinciden o discrepan. Por ejemplo:

P: El señor Bard, que declaró antes, afirmó que la sopa contenía ojos de salamandra y patas de rana, pelo de murciélago y lengua de perro. ¿Usted coincide con él?

R: No, es claro que no. El contenido real era...

7. Testigos acumulativos

El abogado a menudo puede encontrarse en una situación en que más de un testigo expone esencialmente la misma información. Por ejemplo, quizá sus clientes son cónyuges o socios comerciales, y cada uno de ellos participó en grado casi idéntico en las transacciones que dieron ocasión a un juicio. O bien el cliente fue arrestado en una reunión partidaria o una manifestación política, y muchos testigos declaran en su favor. ¿Usted convoca a todos los posibles testigos? En caso negativo, ¿sobre qué base usted determina cuáles son los testigos que convocará? Si usted no convoca a los testigos que según sabe el juzgador están disponibles, ¿aquéél llegará a la conclusión de que los testigos hubieran aportado una declaración perjudicial?

Esta situación recuerda una de las famosas defensas de Clarence Darrow durante la década de 1930. Darrow defendía a Medio Oeste, que antes había sido totalmente blanco. A todos los miembros de la familia se los acusó de asesinato por balar a un blanco que estaba frente a la casa de la familia negra. La defensa era que los miembros de la familia estaban defendiéndose ante una turba violenta de blancos que se habían reunido frente a la casa. La acusación sostenía que no había una turba frente a la casa, y llamó a muchos testigos en abono de su tesis. Darrow arguyó que incluso si los testigos de la acusación eran las únicas personas que estaban frente a la casa, su número era suficiente para constituir una turba. El juicio desembocó en un empate del jurado.

Incluso si no existen circunstancias tan extraordinarias, uno no debe convocar automáticamente a los testigos acumulativos. La convocatoria del testigo número 2 puede implicar que usted no tiene fe en la credibilidad del testigo número 1, y así sucesivamente. Más aún, el razonamiento que afirma que "la cadena es tan sólida como el eslabón más débil" sugiere que la escasa credibilidad de un testigo puede afectar a todos los testigos.

Asimismo, si una palabra que uno repite constantemente comienza a perder significado, la prueba repetida pierde sentido, o por lo menos pierde efecto emocional. Finalmente, un juez tiene derecho a limitar el número de testigos acumulativos.

Si uno convoca a testigos acumulativos, puede pedir a sólo uno o dos que suministren una narración completa de los hechos, y pedir a los restantes que declaren sólo acerca de los hechos más decisivos. Si el juzgador llega a saber que los testigos que usted no convocará pueden estar disponibles, quizá usted deba concertar un acuerdo que impida que el juzgador extraiga implicaciones negativas de esa ausencia. La estipulación debería adoptar esta fórmula: "Si los llamasen y prestasen juramento, A, B y C atestiguarán así:..." Este tipo de acuerdo permite que el abogado de la parte contraria estipule cuáles son los testigos que declararán, sin acordar por anticipado en ningún caso la exactitud o la credibilidad de su testimonio.

G. PRESENTACION DE PRUEBAS

1. Introducción

Esta sección repasa los procedimientos mediante los cuales es típico que uno ofrezca materiales como evidencia. Pero debe advertirse que muchos jueces tienen métodos peculiares de manipulación de los elementos de prueba. Antes del juicio, uno siempre debe consultar con el empleado del tribunal y/o con un abogado que haya intervenido en un caso ante el mismo juez, para conocer los métodos preferidos por éste en el manejo de la presentación de evidencias.

Los elementos de prueba que son el objeto mismo implícado en la transacción fundamental son la "evidencia real". Los ejemplos de evidencia real incluyen el arma del crimen, un memorándum administrativo interno que describe una reunión en un caso de fijación de precios, una garantía inmobiliaria incautada, las drogas incautadas durante un allanamiento, y el testamento de una persona fallecida.

Otros elementos de prueba son "ilustrativos del testimonio". Las evidencias ilustrativas pueden aumentar el interés, la vivacidad y la credibilidad de un interrogatorio directo, pero carecen de significado independiente al margen de la declaración

de un testigo. Entre los ejemplos de pruebas ilustrativas podemos mencionar el arma que es un facsímil de la que se utilizó en el crimen, una fotografía del arma del crimen, un diagrama de la escena en que se cometió el asesinato, y un videotape de un litigante supuestamente obligado a guardar cama que está jugando al golf. Pero cuando los elementos de la evidencia real e ilustrativa franquean el umbral de la sala del tribunal, son todas pruebas, y en general los métodos de presentación de los mismos como evidencia son iguales.

Si usted recuerda la decidida preferencia de la gente por el aprendizaje visual más que por el oral, no tropezará con dificultad para comprender por qué usted mismo busca la oportunidad de proponer elementos de prueba como evidencia. El interés del juzgador por el testimonio se acentúa siempre a causa de los elementos de prueba. Sin embargo, los elementos de prueba no sólo comprometen el interés del juzgador; además, exhiben otros aspectos persuasivos. Los elementos de prueba están menos expuestos que los testigos a las afirmaciones referidas a un presunto error. Por ejemplo, la mayoría de nosotros considerará que una fotografía de la escena de un accidente es más exacta que la descripción verbal de la escena suministrada por un testigo. Recuerde que una imagen vale más que tres mil palabras (corregimos la equivalencia en vista de la inflación).

Además, los elementos de prueba tienen más durabilidad que el testimonio. El testimonio oral se dispersa como una ola que rompe sobre la arena, y quizá renace provisionalmente en el alegato final del abogado o cuando un juez concede el pedido del jurado que solicita la lectura de una parte del testimonio durante las deliberaciones. Pero los elementos de prueba continúan estando físicamente presentes en la sala del tribunal durante el juicio. A menudo pueden encontrarse a la vista del juzgador, quizá sobre la mesa de los abogados, sobre el escritorio del empleado, o depositados sobre un caballete. Más tarde, la mayoría de los elementos de prueba acompañan al jurado cuando éste pasa al salón de deliberaciones.

Los elementos de prueba también nos permiten subrayar el testimonio mediante la repetición. A menudo uno puede presentar la evidencia una vez verbalmente, y de nuevo en el contexto de un elemento de prueba.

Finalmente, uno puede presentar pruebas simplemente para satisfacer las expectativas de los jurados. La mayoría de los

conceptos judiciales de los jurados en relación con el proceso provienen directamente de Hollywood. En la televisión o en los filmes, los abogados pueden entrar en las habitaciones destinadas a depósito en busca de las pruebas, y por lo tanto pueden presentarlas por docenas como evidencia. Por consiguiente, los jurados pueden suponer que si uno se preparó exhaustivamente y tiene un caso sólido, también dispondrá de un portafolio repleto de pruebas. Por ejemplo, en un caso penal, un jurado puede razonar así: "¿Cómo puedo condenar a un acusado cuando no me presentaron muestras de las huellas digitales?" En un litigio comercial, es posible que un jurado no esté convencido de que se llegó a un acuerdo definitivo si no le muestran los borradores y los memos que lo precedieron. Aunque uno no puede presentar pruebas carentes de relación con el asunto, del mismo modo que no puede ofrecer un testimonio desconectado con el tema, por lo menos debe considerar cuáles son las pruebas que un juzgador espera que el abogado presente.

Por supuesto, uno puede presentar pruebas como evidencia durante las repreguntas, o incluso, después de acordado, durante la declaración inaugural o el alegato final. Pero en general, uno presenta pruebas durante el examen directo.

2. Marcación de las pruebas

La prueba que uno presenta en un juicio debe estar "marcada" con fines de identificación. La marcación suministra un modo sencillo de aludir a las pruebas y distinguir unas de otras. Una vez que se marcó una prueba con un número o una letra, refiérase a su marca cuando habla para el registro. Piense en que una persona trata de entender a qué documento usted se refiere cuando el texto dice: "Testigo, vea esto. ¿Alguna vez vio esta letra? ¿Y ésta?" Compare con lo siguiente: "¿Alguna vez vio el número 1 del demandante (para identificación)? ¿Qué me dice del material B del acusado (para identificación)?". Las palabras entre paréntesis son opcionales, aunque algunos jueces exigen para distinguir los materiales de prueba que sencillamente fueron marcados de los que fueron recibidos como evidencia. Sucede a menudo que las pruebas de los demandantes están numeradas y las que presentan los acusados están señaladas con letras. Últimamente, en un cambio radical, algunos jue-

ces usan tanto letras como números, y marcan consecutivamente las pruebas de todas las partes.

Hasta el momento en que el foro judicial pueda convencer a los fabricantes de objetos que probablemente se convertirán en pruebas de la conveniencia de grabarles pequeños números o letras, el proceso de marcación continuará siendo manual. En muchas salas del tribunal, una marca una prueba cuando la muestra por primera vez a un testigo. Algunos jueces exigen que las pruebas estén marcadas antes del juicio; las pruebas incluso pueden estar marcadas de acuerdo con un orden previo al juicio. Un ejemplo del proceso de marcación en el caso de un elemento de la evidencia real adopta la siguiente forma:

P: ¿Qué vio inmediatamente después?

R: El desenfundó un arma y comenzó a manipularla en diferentes direcciones.

P: Su Señoría, aquí tengo un arma de fuego. Antes le agregué un membrete blanco, con el número "1" escrito y del Estado con fines de identificación?

Juez: Puede marcárselo de ese modo.

P: He mostrado el número 1 del Estado al abogado defensor. ¿Puedo acercarme al testigo?

Juez: Puede hacerlo.

P: Le entrego el número 1 del Estado, y le pregunto si lo identifica.

R: Sí, se parece al arma que él estaba agitando.

P: (El abogado continúa formulando otras preguntas fundacionales, si tal cosa es necesaria.)

Un ejemplo del proceso de marcación con una prueba ilustrativa adopta la siguiente forma:

P: ¿Y qué sucedió después?

R: El automóvil terminó contra el árbol. Parecía que el robe y el automóvil se habían fusionado.

P: Su Señoría, aquí tengo una fotografía que ha sido marcada previamente como el material "B" de la defensa, y la he mostrado al abogado defensor. ¿Puedo acercarme al testigo?

Juez: Adelante, y a partir de este momento no necesita pedir autorización.

P: Entrego el material "B" del acusado, y pregunto si reconoce lo que describe.

R: ...

El proceso de marcación es un poco más complicado cuando uno tiene múltiples pruebas del mismo tipo. Cuando uno deja la prueba número 1 como un "arma de fuego". Pero, ¿qué sucede si uno se propone presentar cuatro cartas, tres fotografías y dos palomas? El registro ya no puede reflejar esa prueba número 3 como una "carta" o una "fotografía". Para distinguir una prueba de otra, identifique una carta como la "carta fechada el 28 de junio", y otra como una "carta fechada el 3 de julio". ¿Uno tiene dos cartas fechadas el 28 de junio? Aplicamos el mismo principio. Uno busca una característica que distinga una carta de la otra. "Su Señoría, tengo dos cartas fechadas el 28 de junio. ¿Puedo marcar demandante número 4 la que está dirigida a Smith y demandante número 5 la que está dirigida a Wesson?"

Cuando uno marca un material de prueba, lo único que hace es identificarlo como un objeto al que un testigo se referirá durante la declaración. Así, el rótulo debe ser un rasgo neutro de una prueba, por ejemplo la fecha de una carta (por supuesto, a menos que la fecha misma tenga importancia decisiva). Por ejemplo, uno no marca una carta identificándola como "una carta en que el acusado realiza un reconocimiento pleno, duro e inequívoco de todos los elementos de nuestro reclamo de indemnización".

3. Autenticación de materiales de prueba

Una vez marcado, el material de prueba debe ser autenticado. La autenticación significa que un testigo declara que un material de prueba es lo que uno afirma que es. Así, después

que uno marcó un material, debe mostrarlo al testigo y pedirle que lo identifique. No cometa el error de mover en el aire un material de prueba desde la mesa de los abogados, al mismo tiempo que pregunta al testigo que aguzza la mirada si "reconoce qué es esto". Uno debe presentar personalmente el material al testigo, o pedir al (jefe) que lo haga. Un testigo que identifica una prueba afirma el nexo entre el objeto y el testimonio oral. Por ejemplo, un testigo declara que:

"Esto parece el arma de fuego que él esgrimía, o

"Esta es la carta que yo envié reclamando la devolución de mi dinero", o

"Esta foto muestra el automóvil después que cayó sobre el viejo roble".

Para destacar la credibilidad del testimonio que autentica, uno puede preguntar enseguida al testigo: "¿Reconoce este objeto como", por ejemplo, "el arma que esa persona agltaba" o "la carta que usted envió?" Al responder, los testigos generalmente pueden señalar un rasgo peculiar de una prueba, o su firma en el material, o quizá sus iniciales que agregaron al material de prueba cuando lo encontraron.

En general, la única cuestión probatoria que tiende a surgir durante la autenticación es el conocimiento personal de un testigo. El conocimiento personal no debe representar un problema si un material de prueba es un memo preparado por el testigo, o una fotografía que describe una escena observada por un testigo.

En otras ocasiones, uno tendrá que organizar una "cadena de custodia" con más de un testigo para demostrar una "cadena de custodia" con más de un testigo para demostrar el conocimiento personal. Por ejemplo, supongamos que un material de prueba está formado por drogas ilegales. La autenticación probablemente exigirá por lo menos dos testigos: el agente de policía que se apoderó de las drogas, y el químico que las analizó para determinar su composición química. La cadena de custodia es la evidencia de que la prueba presentada ante el tribunal es el mismo artículo que el agente de policía secuestró y el químico analizó.

4. La presentación de pruebas: la creación de una base

Una vez que un testigo autentica una prueba, suministra todos los fundamentos exigidos por los principios de la evidencia. Por ejemplo, el fundamento en el caso de una carta puede consistir en la declaración de un testigo: "Esa es mi firma" o "esta es la carta que yo reclamé durante nuestra conversación". El fundamento típico de una fotografía es la declaración en el sentido de que "la foto describe con justicia y precisión el lugar en que quedé el automóvil cuando chocó contra el árbol". Finalmente, pronuncie las palabras mágicas: "¿Puede recibirse como evidencia el número 3 del demandante (el material B del acusado)?". Si el fundamento es adecuado, el juez puede pronunciar una palabra incluso más mágica: "Sí".

Los problemas de la evidencia que tienden a surgir en relación con los requerimientos fundacionales incluyen el reconocimiento adquirido de oídas, la norma de la prueba mejor, y la Regla 403 de las Reglas Federales de Prueba. En esencia, la Regla 403 afirma que un juez puede excluir la evidencia importante si su valor probatorio se ve compensado sustancialmente por los peligros del prejuicio injusto, la confusión de los temas o la poca probabilidad de que induzca a error a un jurado, o por consideraciones relacionadas con los tiempos. Uno puede consultar una guía especializada a la jurisdicción local, para delinear un fundamento adecuado en relación con las pruebas.

Un aspecto importante que se origina después de recibida una prueba como evidencia es lograr que los jurados conozcan su contenido antes del alegato final. Este aspecto no es problemático cuando el juicio está presidido por un juez, pues el probador querrá examinar todo lo que usted muestre al testigo. Pero en un juicio por jurado, si un material de prueba pasa de la mesa del abogado al juez, al testigo, a una caja sobre la mesa del empleado, ¿cuándo el jurado podrá echarle una ojeada?

Es evidente que los jurados no necesitan examinar de cerca un material físicamente grande, por ejemplo un bate de béisbol. Pero si uno desea que los jurados examinen una carta o una fotografía, pida autorización al juez para mostrarla al jurado. Como se necesitará un tiempo para permitir que cada jurado examine el material de prueba, y durante ese período será necesario interrumpir la formulación de los testimonios, es po-

sible que el juez se niegue: "Podrán hacerlo durante las deliberaciones. Continuemos". Como respuesta, el abogado puede indicar por qué los jurados realmente deberían examinar el material de prueba en el curso del testimonio: "Su Señoría, si se me permite una explicación. Este testigo declaró acerca de un incidente que sucedió en varias habitaciones de una casa. A nosotros que los jurados vean las fotografías de las habitaciones, no podrán comprender la declaración". Si es posible, presente copias de los materiales de prueba para entregar una a cada jurado, con el fin de reducir todo lo posible el tiempo de la interrupción. Por otra parte, en una iniciativa quizá más costosa, uno puede obtener una versión ampliada de una prueba y mostrarla sobre un caballero.

Cuando concluye una declaración acerca de un material de prueba, uno puede sentirse tan incómodo con éste como era el caso con las manos cuando tuvo que pronunciar un discurso en séptimo grado. En cualquiera de ambas situaciones, la única regla a la cual no debe fallarse es la que se simboliza en la palabra "en": uno no mete las manos "en" el bolsillo cuando pronuncia un discurso, y no debe guardar pruebas "en" el portafolio pronunciadas que fueron recibidas como evidencia. En muchas jurisdicciones, las pruebas se convierten en propiedad del tribunal hasta que un juez ordena su liberación. Hasta ese momento, deben permanecer custodiadas por el empleado.

5. Diagramas

Un diagrama es un dibujo esquemático, que en su forma típica representaría la escena de hechos importantes de una historia. En su condición de objetos visuales que los jurados pueden llevar consigo al momento de deliberar (por lo menos, si uno los prepara sobre papel, y no en un pizarrón) los diagramas pueden tener las mismas ventajas que otros materiales. Además, los diagramas pueden acentuar la credibilidad de un testigo. Muchos testigos que responden nerviosamente a las preguntas mientras están sentados en la silla del testigo, declaran en actitud confiada cuando pueden ponerse de pie, caminar y señalar un diagrama. Además, los diagramas nos permiten subrayar la declaración, pues uno puede desarrollar la evidencia una vez oralmente, y después de nuevo en la forma de marcas aplicadas a un diagrama. Finalmente, comparados con materiales exóticos como

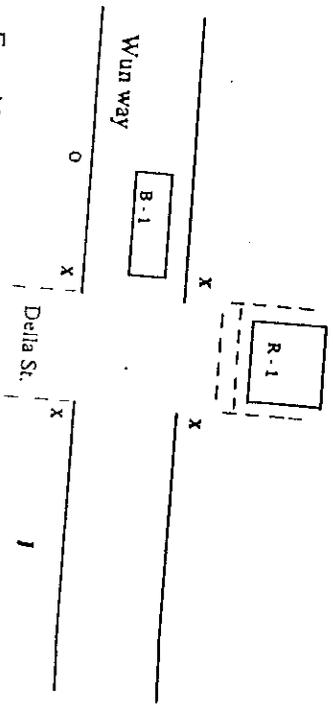
el videotape o la recreación de accidentes de tránsito generada por la computadora, los diagramas suelen ser baratos. Podemos obtener un diagrama por el precio del papel y la tinta, e incluso eso uno generalmente puede obtenerlo del tribunal. Aunque los servicios de los abogados profesionales de buena gana nos pararán diagramas, a menudo uno sencillamente puede reunirse con un testigo antes del juicio y preparar un esbozo sumario. Después, el testigo puede identificar la escena reflejada en el dibujo, y agregarle personas y objetos, y explicar su desplazamiento en el curso del testimonio.

Si comienza la preparación de un diagrama en compañía de un testigo antes del juicio, no sólo ahorra tiempo al tribunal, sino que también garantiza que usted y el testigo coincidan en una imagen visual de los hechos. A veces los abogados llegan al tribunal y presentan complicados diagramas que ellos prepararon personalmente, y miran incrédulos cuando un testigo no afirma a responder a la pregunta: "¿Sabe lo que representa este diagrama?"

Un diagrama generalmente no es, y desde el punto de vista legal no necesita ser, una representación exacta a escala de un lugar. Por lo tanto, un diagrama puede ilustrar el testimonio en un nivel "muy general", aportando un contexto visual a una descripción verbal del testigo. Los diagramas en general no son eficientes para describir condiciones abstractas, por ejemplo si la iluminación de una escena era suficiente para permitir que un testigo percibiera exactamente un hecho. Tampoco tienden a ser útiles para reflejar detalles exactos. Por ejemplo, a menos que nuestro testigo sea el mejor alumno de la escuela de arte local, un diagrama no puede describir exactamente los movimientos físicos de un testigo durante una discusión.

Como los diagramas tienden a ser informales, a menudo puede objetárseles que son engañosos. Por ejemplo, un diagrama puede inducir a error a un juzgador acerca del lugar en que estaban los obstáculos que supuestamente interrumpían la línea de visión de un testigo, o acerca de la longitud de las huellas de los neumáticos. Uno puede superar esa objeción subrayando que no afirma que el diagrama es una representación exacta de la escena, y que simplemente ilustra y ayuda a aclarar el testimonio del testigo. O también uno puede omitir las marcas cuya representación informal es especialmente difícil.

Tracemos un diagrama que aporte un contexto visual a esta discusión verbal acerca del uso eficaz de los diagramas. Supongamos que usted y un testigo han preparado el siguiente diagrama antes del juicio:



Es evidente que el diagrama puede servir únicamente para ilustrar la declaración de un testigo. Si no dispone de un testigo, uno no puede determinar si corresponde a la escena de un crimen o a la de un accidente de tránsito, o a la aplicación de una crítica a un testigo que declare en relación con un diagrama a medida que desarrolla su declaración, aunque al principio puede obtener únicamente el testimonio verbal, y después llevar al testigo a través de todo el relato utilizando un diagrama. En cualquier caso, en primer término pida al testigo que describa los que el diagrama representa en su forma resumida y simple. Pida al testigo que incluya los hitos importantes para el relato, por ejemplo los árboles, los bancos instalados en la parada de ómnibus, las personas, los automóviles y otros elementos por el estilo. Por ejemplo, en el diagrama reproducido más arriba uno puede pedir al testigo que identifique qué representan las marcas "x" y "o" y los dos rectángulos.

Cuando el testigo narra su historia, pídale que marque los movimientos de las personas y los objetos. Por ejemplo, si en una narración un automóvil pasa de un lugar del diagrama a otro, pida al testigo que indique el nuevo lugar en el diagrama a lo rotulo de tal modo que demuestre que el mismo automóvil cambió de posición. Como la mayoría de los hechos son "dinámicos", y las personas y los objetos se desplazan constan-

tamente, uno no puede reseñar todos los movimientos, salvo que el diagrama se asemeje a un mapa aéreo del sistema de subterráneos de Nueva York. Interrumpió al testigo en los puntos importantes de un hecho, y pídale que reubique a las personas y los objetos según se encontraban en cada uno de dichos puntos.

La marcación de un diagrama se asemeja mucho a la lectura ojetivo es lograr que la persona que lee una transcripción y mira un diagrama comprenda el relato del testigo. Del mismo modo que el gesto que acompaña al testimonio, "El estaba a esta distancia de mí", no significa nada a menos que se lo traduzca en palabras, lo mismo un diagrama del testimonio en el sentido de que "Yo estaba aquí y el automóvil estaba allí, pero de pronto llegó por este camino", no significa nada a menos que las palabras se conviertan en marcas aplicadas al diagrama. Recuerde que todos los que están en la sala del tribunal pueden comprender dicho testimonio mientras el testigo habla y señala. Uno tiene que recordar que un jurado puede necesitar que se relea el testimonio cuando el testigo no está presente, y que el juez de apelación puede leer la transcripción y mirar un diagrama cuando se encuentra solo. Aquí tenemos un ejemplo del modo en que un testigo puede marcar el diagrama mencionado más arriba en el curso de su declaración:

P: Llamo su atención sobre el diagrama marcado "Prueba A": ¿Reconoce lo que es?

R: Sí, es un diagrama de la bocacalle en que sobrevino el accidente.

P: ¿Usted sabe cómo se preparó el diagrama?

R: Sí, lo preparé anteayer, en su estudio.

P: ¿Qué lugar se describe en el diagrama?

R: Es la avenida Wun, en el punto en que Wun cruza la calle Della, en el distrito suburbano denominado Hamptead Garden. Wun es una avenida que corre de este a oeste, y Della corre esencialmente de norte a sur en ese lugar.

P: ¿Usted aplicó personalmente las marcas al diagrama?

R: Sí, yo mismo las aplicó en mi estudio.

P: Veo dos rectángulos en el diagrama. ¿Qué representan?

R: El rectángulo en la avenida Wun es un automóvil que se estaba acercando a Della, y emita señales antes de virar hacia la izquierda. El otro rectángulo es el automóvil rojo que avanzaba hacia el sur por Della.

P: Muy bien. Por favor, aplique la marca "B-1" en el rectángulo que representa al automóvil azul, y una marca "R-1" en el rectángulo que representa al automóvil rojo. Asimismo, quizá usted pueda dibujar una flecha detrás de cada rectángulo para mostrar en qué direcciones avanzaban los automóviles cuando los vio por primera vez.

R: Ya está.

P: Al mirar el diagrama, también veo tres marcas "X" y una "O". Por favor, ¿podría explicar qué representan esas marcas?

R: Sí. Las marcas "X" son señales de tránsito en cada esquina de esa intersección. La marca "O" es donde yo estaba de pie cuando vi el accidente.

P: ¿Y el par de líneas de guiones que cruzan la calle Della, exactamente al norte de la intersección con Wun?

R: Es un paso de peatones.

P: ¿Qué estaba haciendo usted cuando se detuvo en el punto marcado "O"?

R: Estaba esperando a Aura David. Es mi socia en el estudio de diseño de interiores, y pensábamos realizar una exposición en la firma legal de Cooper & Berg, cuyo estudio está allí, sobre la avenida Wun.

P: ¿Usted continuó observando los automóviles a quienes identificó con las marcas B-1 y R-1?

R: No constantemente. Oí un bocinazo, y pensé que podía ser Aura, de modo que durante unos segundos desvié la mirada hacia la izquierda. Comprobé que no era ella, de modo que volví otra vez la mirada hacia la intersección.

P: ¿La intersección de Della y Wun?

R: En efecto.

P: ¿Usted vio los automóviles a quienes rotuló con las marcas B-1 y R-1 después que se volvió para mirar hacia la intersección?

R: Sí.

P: Por favor, dibuje otro rectángulo en el diagrama, en la posición aproximada que ocupaba el automóvil azul cuando usted lo vio la segunda vez, y aplique a ese rectángulo el rótulo "B-2". Haga lo mismo en el caso del automóvil rojo, y asigne a ese rectángulo el rótulo "R-2".

R: Muy bien.

P: Cuando los automóviles estaban en las posiciones B-2 y R-2, ¿usted se encontraba todavía en la posición que marcó con una "x"?

R: Sí, en efecto.

P: ¿Cuál es la distancia aproximada entre el punto "x" y "B-2"?

R: Yo diría que unos doce metros.

P: ¿Y la distancia aproximada entre los dos automóviles cuando están en los puntos "B-2" y "R-2"?

R: Estaban muy cerca uno del otro. Quizás unos seis metros.

P: ¿Qué velocidad atribuiría al automóvil azul cuando estaba en el punto que usted marcó "B-2"?

R: Yo diría que...

Como lo demuestra este breve ejemplo, la utilización de un diagrama puede insumir bastante tiempo. Un testigo que aplica y aclara las marcas, y el hecho de que nosotros mismos aportamos detalles, puede representar cierta carga para la atención del juzgador. Los detalles del diagrama pueden sepultar el fragmento testimonial sencillo y decisivo que uno desea fijar en la memoria del juzgador (por ejemplo, "el automóvil rojo estaba acelerando"). Por lo tanto, limite el aporte de detalles a los aspectos decisivos de los hechos.

Obsérvese que este examen se realiza sin que el abogado pida al juez que "ordene asentir en el registro" que un testigo aportó cierto testimonio. Como el lector recordará, la frase "asentar en el registro" a menudo acompaña a nuestra interven-

ción, en la cual aclaramos el testimonio impreciso del testigo, por ejemplo una serie de gestos. Pero cuando un testigo declara, por ejemplo "Yo estaba de pie en el punto 'x'", uno no necesita pedir que "el registro asiente el hecho de que el testigo estaba en el punto 'x'". La declaración del testigo determina que esa evidencia pase al registro.

6. Pruebas "exóticas"

La economía del litigio moderno es de tal carácter que en la actualidad muchos juicios tienen que ver con sumas muy elevadas de dinero. Por eso mismo, los clientes pueden estar dispuestos a gastar dinero para crear pruebas que aumenten la claridad, el interés y la capacidad persuasiva de sus relatos. Una vez que los abogados, a menudo buscan la ayuda de profesionales que prepararán pruebas como los modelos anatómicos, las fotografías aéreas y las recreaciones de los accidentes en videotape. En general, los métodos utilizados para aportar pruebas "exóticas" son similares a los que hemos descrito más arriba. Es necesario marcarlos, autenticarlos y presentarlos. Sin embargo, las pruebas exóticas a menudo originan objeciones en relación con la Regla Federal de Prueba 403. Con respecto a los "petitions" la Regla 403 puede determinar la exclusión de las pruebas que no se ajustan muy exactamente a las condiciones de las pruebas en una disputa. Las pruebas exóticas, a diferencia de las pruebas mas informales, a menudo pretenden reflejar exacta y científicamente las condiciones según éstas se manifestaron realmente a las partes. Por lo tanto, están expuestas a la afirmación de que sus diferencias con las condiciones reales determinan efectos engañosos porque originan impresiones prejuiciosas. Por ejemplo, si el diseño de un camino cambió después del accidente, una recreación en videotape de un accidente obtenida en ese camino puede ser inadmisiblemente porque las condiciones que ese camino pueden ser demasiado disímiles.

Cuando fallan acerca de la posibilidad de aceptar pruebas exóticas, los jueces pueden tener en cuenta los recursos relativos de las partes. Es posible que el juicio no cumpla su función orientada hacia la búsqueda de la verdad si una de las partes, que posee enormes ventajas en el área de los recursos, puede

ofrecer costosas pruebas exóticas que no están al alcance de su antagonista.

Aunque no puede considerárselas "exóticas", las pruebas que, según las palabras de una respetada autoridad, el finado Irving Younger, pueden provocar la náusea de un jurado, también muy probablemente se verán excluidas de acuerdo con los términos de la Regla 403. Las pruebas como las fotografías horribles y los brazos cortados a menudo contradicen este principio.

CAPÍTULO IV

REPERCUNTAS

A. CONSIDERACIONES GENERALES

1. Imagen y realidad

Quizá no hay un aspecto del juicio que origine un sentido más intenso de temor y de oportunidad que las repreguntas. La mística de este método lo convierte en la clave del éxito o el fracaso en un juicio. Las repreguntas parecen recordar el caso del boxeador que posee simultáneamente una fuerza tremenda en el puño y un mentón muy delicado: si formula una pregunta alcaza el triunfo, y en cambio otra acarreará inevitablemente una derrota. Tan intensa es la mística que uno puede preguntarse si está en condiciones de afrontar un caso en el supuesto de que dude de su capacidad lingüística para inducir a todos los testigos que se le oponen a confesarse culpables de asesinato, incluso en el marco de un incumplimiento contractual!

Esa mística responde a una serie de fuentes. Las grandes anécdotas judiciales del pasado a menudo giran alrededor del éxito o el fracaso de las repreguntas. Por ejemplo, un caso relata un trágico episodio en un taller de costura que representó la muerte para muchas trabajadoras del vestido. Se acusó de negligencia criminal a los directivos de la empresa. Al defenderlos, la única pregunta del abogado a un testigo ocular decisivo que presenció el incendio fue "por favor, díganos de nuevo lo que sucedió". La pregunta violaba una de las normas básicas de las repreguntas: "No permita que un testigo repita lo que dijo en el interrogatorio directo durante las repreguntas". Pero al repetir su historia, el testigo ocular usó las mismas palabras que había empleado en el interrogatorio directo. Cuando el repreguntador

repetió la pregunta, el testigo volvió a repetir la respuesta. El episodio de las repreguntas convenció a los jurados de que el testigo ocular sencillamente había memorizado una versión, y los directivos fueron absueltos.

Los dramaturgos también contribuyen a la mística de las repreguntas. Por ejemplo, en las historias del tipo Perry Mason, la victoria parece depender siempre de la repregunta que arranca una exclamación de sorpresa al público y una confesión a unos de los jurados.

Los autores jurídicos también han contribuido a esta mística. El gran estudioso de los temas relacionados con la prueba, John Henry Wigmore, que por supuesto jamás repreguntó a un testigo en el tribunal en el curso de su vida, escribió que las repreguntas eran "el mecanismo legal más grandioso para el descubrimiento de la verdad que se hubiese inventado jamás". Los textos abundan en "reglas" de las repreguntas que, en caso de que se las viole, casi seguramente acarrearán un desastre. Adentro directo", uno encontrará otras: "no formule una pregunta de más"; "no pregunte por qué"; y "nunca formule una pregunta de cuya respuesta no conoce". En su famosa conferencia titulada "El sermón de la montaña", Irving Younger amenazó perseguir a cualquier abogado litigante que formulase preguntas no sugeridas en la repregunta antes de haber realizado la experiencia de veinticinco casos.

En su forma típica, las normas están ilustradas con ejemplos que demuestran el desastre que espera a quienes las infrinjan. Por ejemplo, algunos autores se complacen en repetir la "historia de la nariz", que inculca la sabiduría de quien evita "formular una pregunta de más". Este caso tiene que ver con un acusado que supuestamente cometió una agresión, arrancando de un mordisco la nariz de su víctima. Un testigo ocular, convocador por el fiscal, atestiguó que el acusado cometió la malvada fechoría. Comienza a trabajar el repreguntador, y las repreguntas se desarrollan básicamente del siguiente modo:

P: ¿Dónde fue la riña?

R: En medio del campo.

P: ¿Dónde estaba usted?

R: En el límite del campo, a unos 40 metros de distancia.

P: ¿Qué estaba haciendo allí?

R: Miraba los árboles.

P: ¿Estaba dándole la espalda a los que reñían?

R: Sí.

P: El primer indicio que usted tuvo de la riña fue que oyó el grito de la supuesta víctima, ¿no es verdad?

R: Así es.

P: Usted no se volvió sino después que la supuesta víctima gritó, ¿no es verdad?

P: Entonces, ¿cómo puede decir que mi cliente arrancó de un mordisco la nariz de la persona?

R: Porque vi cuando la escupía.

Por supuesto, esta última es la temida "pregunta de más", la cual de acuerdo con esta versión convirtió la victoria segura en derrota. Pero, ¿cómo es posible que la última pregunta fuese tan decisiva? Si el repreguntador no la hubiese formulado, seguramente la información habría aparecido en la repregunta directa. Para el caso, ¿cómo pudo el interrogador directo omitir ese punto en primera instancia? La pregunta sencillamente pudo haber sido tan fatal como a menudo se afirma. Si la evidencia adversa es importante, generalmente el oponente la traerá a colación antes de que uno pueda mencionarla.

Lo probable es que un caso sobrevivirá incluso si uno formula una pregunta cuya respuesta no conoce, como lo demostrará este ejemplo extraído de la carrera de un abogado/autor a quien asignaremos las iniciales "P.B.". En este ejemplo P.B., recién egresado de la Facultad de Derecho, solicitó la libertad bajo fianza pendiente de la apelación en favor de su cliente, declarado culpable de haber provocado siete incendios en un área rural. Cuando se presentó la moción, tres testigos declararon que conocían al acusado, y podían emplearlo si se lo dejaba en libertad. (¡Es interesante el hecho de que los tres testigos eran miembros del jurado que lo había condenado!) Después, el fiscal llamó a declarar al jefe de bomberos del condado, que se opuso a la moción. El jefe declaró que en las semanas que precedieron al arresto del acusado, se habían desencadenado cuatro incendios en distintas partes de la comunidad, y que no se habían conocido incendios desde el momento en que el acusado fue encerrado en la cárcel. El repreguntador no perdió tiempo formulando una pregunta cuya respuesta no conocía:

"Jefe, ¿usted obtuvo alguna información que relacionara a mi cliente con estos treinta y tres incendios distintos?"

Como cualquiera puede imaginar, el jefe de bomberos en efecto poseía información en esta cuestión. De todas formas, el juez aceptó la moción.

No interprete este análisis como una invitación a ignorar impunemente el saber tradicional. Ciertamente, no intente formular una pregunta de más, o una pregunta de extremo abierto, o una cuya respuesta usted no conozca. Como la vida a veces es sencillamente perversa, con frecuencia las respuestas a tales preguntas son perjudiciales: "Esa pregunta no sugestiva que usted acaba de formular me recuerda otra cosa. Su cliente también estaba atropellando a algunos niños exploradores que intentaban ayudar a cruzar la calle a varios ciudadanos ancianos". Pero rara vez una pregunta en el curso de las repreguntas "salva o destruye" un caso. Es típico que una repregunta "mediodre" simplemente refuerce la declaración directa del testigo, en lugar de aportar una evidencia perjudicial que de otro modo jamás habría aparecido. Una repregunta "exitosa" generalmente refuerza la evidencia afirmativa, o expone las limitaciones de la declaración directa de un testigo, en lugar de aportar en forma independiente la victoria.

A la larga, el perjuicio originado en la mística no consiste en que exagere la realidad. Es más perjudicial su posible efecto en nuestro propio desempeño durante el juicio. La creencia de que uno debe imponerse en todos los episodios de las repreguntas puede desencadenar una lucha fiera pero inútil con cada testigo contrario. La repregunta puede llegar a ser tan contenciosa y amplia que el significado de la evidencia útil se ve superado por la repetición del testimonio directo y el limitado alcance de la atención del juzgador. Y el temor de que cualquier error pueda ser fatal tal vez determine que uno deseehe el juicio y el sentido común en favor de la adhesión mecánica a las "reglas".

Por consiguiente, este capítulo no repite mecánicamente las reglas conocidas, sino más bien analiza diferentes técnicas del examen mediante las repreguntas. Es cierto, la mística puede contribuir a una representación teatral más eficaz. Pero, ¿cuántos juicios reales en efecto ganó Perry Mason? © 1977 by Paul Bergman

2. Cinco metas del interrogatorio mediante las repreguntas

La mística también sugiere una actitud estrecha frente al propósito de la repregunta: "¡Yo me encargo de destruir al tonto!" La frase, en efecto refleja los dos propósitos confrontativos de la repregunta. El primero es atacar la credibilidad personal de un testigo, por ejemplo mediante un testimonio que sugiere que el testigo es una persona prejuiciosa, tiene cierto interés financiero en el resultado, o ha sido condenado por un delito. El segundo consiste en atacar la credibilidad por partes de la historia del testigo, por ejemplo obteniendo un testimonio que sugiere que la historia es inverosímil, se contradice con la versión de un testigo más verosímil, o se contradice una versión que el mismo testigo presentó previamente.

Un tercer propósito, menos confrontativo, de la repregunta es obtener un testimonio que apoya nuestras proposiciones fácticas. A menudo las versiones de los adversarios tienen muchos elementos en común. Por consiguiente, la historia de un testigo contrario a menudo incluirá cierta evidencia que es parte de nuestra propia versión afirmativa. Por lo tanto, nuestra repregunta puede evocar dicha evidencia sin que eso implique de ningún modo que ataca al testigo. A veces, uno puede alcanzar este objetivo sencillamente pidiendo al testigo que repita partes seccionadas del interrogatorio directo. En otras ocasiones, dicha repregunta debe ser extraída de la deposición del testigo, como de respuestas a interrogatorios, o los memorandos de la oficina y fuentes análogas.

Otras dos finalidades de la repregunta tampoco tienen por qué implicar la confrontación con un testigo. Una consiste en obtener el testimonio de un testigo contrario que entra en conflicto con la declaración aportada por otro testigo contrario. Aunque las historias de dos testigos contrarios en general pueden apoyar la posición del adversario, es posible que en general versiones difieran en ciertos aspectos. Esto es especialmente probable cuando un testigo fue excluido, y debe declarar sin escuchar el testimonio de un testigo precedente. En tales situaciones, nuestra repregunta puede apuntar al testimonio conflictivo. Un segundo propósito no confrontativo de la repregunta consiste en obtener el testimonio fundacional de la evidencia. Por ejemplo, quizá un testigo adverso puede suministrar

un apoyo fundacional al registro comercial que uno se propone ofrecer.

3. El testimonio orientado hacia un blanco

Si bien la repregunta ha sido el tema de muchas historias, gran parte de su posible impacto es consecuencia del hecho de que en la repregunta estamos en libertad de no traer a colación una historia. Aunque el testimonio directo generalmente adopta la forma de una historia, la repregunta en su forma típica se orienta hacia temas discretos. Los temas hacia los cuales se apunta en la repregunta generalmente no constituyen en ellos mismos una historia, y tampoco mantienen una relación cronológica.

Por ejemplo, supongamos que uno está defendiendo a King City en una acción por daños y perjuicios promovida por Humpty-Dumpty. Dumpty alega que el mantenimiento negligente de una pared por el municipio provocó su grave caída, y que los empleados municipales no atinaron a prestar ayuda médica inmediata. Dos de las proposiciones fácticas son: "Dumpty saltó de la pared en un intento suicida", y "los empleados municipales prestaron atención médica inmediata a Dumpty". En el interrogatorio directo, un testigo adverso declara acerca de la caída de Dumpty, y el retraso de los empleados municipales repregunta que uno realiza adopta la siguiente forma:

P: Señor Shell, usted declaró en el interrogatorio directo que cuando llegó a la pared, Dumpty ya estaba en el suelo. ¿Es así?

R: Sí, así es.

P: ¿De modo que en realidad usted no vio caer a Dumpty?

R: No, no lo vi.

P: Y por consiguiente, ¿usted no sabe cómo pudo caer?

R: No, no podría decirlo.

P: Usted también declaró que vio a muchos jinetes reales, ¿es así?

R: Sí.

P: Pero usted no recuerda cuántos caballos, ¿verdad?

R: Yo diría que había entre veinte y treinta.

P: ¿No puede ser un poco más definido?

R: No.

P: ¿También vio algunos jinetes reales?

R: Sí.

P: ¿Y nos dijo que no hicieron ningún esfuerzo por ayudar a Dumpty?

R: Así es.

P: Señor Shell, el año pasado usted trató de pasar a servir como jinete real, ¿no es así?

R: Sí, presenté una solicitud.

P: Y rechazaron su pedido, ¿no es verdad?

R: Creo que sí.

P: Bien, ¿usted recibió una carta que le notificaba que se había rechazado la solicitud?

R: Sí, es cierto.

P: Y ese rechazo lo impresionó, ¿verdad?

R: Un poco.

Esta repregunta apunta a tres temas. Uno es la incapacidad del testigo para suministrar evidencia que refute nuestra mera proposición fáctica, porque en el momento en que el testigo llegó a la escena, Dumpty ya había caído. Otra es la duda del testigo acerca del número de caballos. Y la tercera la hostilidad del testigo hacia los jinetes reales. Esta repregunta no intenta narrar una historia. La relación cronológica no incluida del testigo, su duda y su actitud tendenciosa no está clara, y los temas no están interrelacionados.

¿A qué responde la diferencia dramática entre los formatos del interrogatorio directo y la repregunta? En el interrogatorio directo, uno intenta demostrar la exactitud y la confiabilidad del testimonio. Una historia nos permite desarrollar una versión coherente de los hechos, la cual coincide con las experiencias del juzgador. En la repregunta, no nos interesa una historia, sino fragmentos de evidencia que pueden ser útiles. La riqueza contextual que tiende a caracterizar a las historias en el interrogato-

rio directo serviría sólo para oscurecer nuestros blancos en la repregunta.

4. Tocar y correr

Como el lector recordará del Capítulo III, durante el interrogatorio directo es típico que uno utilice diferentes técnicas para destacar la evidencia fundamental de un relato. Por ejemplo, repetir y obtener detalles son técnicas que uno debe utilizar conscientemente para subrayar los temas. Pero el subrayado es un subproducto lateral de una repregunta orientada hacia determinados blancos.

En general, uno no puede alimentar la esperanza realista de obtener de un testigo contrario más que unos pocos fragmentos favorables de evidencia. La repregunta debe apuntar a estos elementos. Al proceder así, uno maximiza la posibilidad de que el juzgador reconozca el significado del testimonio durante la repregunta. Asimismo, la conversión exitosa de unos pocos temas en blanco puede tener un efecto "gestáltico" sobre un juzgador. Es decir, uno puede originar en un juzgador la impresión general de que el testigo de la contraparte no fue especialmente perjudicial para nuestro caso.

La extensión del interrogatorio más allá del realismo para alcanzar el nivel del deseo a menudo determina repreguntas tediosas que repite el interrogatorio directo, convierte al juzgador en un individuo que presta escasa atención, y ensombrece la evidencia favorable que uno en efecto pudo obtener. Es evidente que la línea divisoria entre el realismo y el deseo varía de un caso a otro. Así, una fórmula como ésta: "Formule una sola pregunta en las repreguntas por cada cuatro preguntas en el interrogatorio directo" sería reconfortante, pero equivocada. Y la confrontación de toda la historia de un testigo a veces es exitosa. Pero en general, es mejor recoger lo que uno puede y continuar avanzando. Que es lo que haré ahora mismo.

5. Desechar la repregunta

Entregar un testigo al repreguntador se parece a dejar las llaves de un auto deportivo en manos de un adolescente. Ninguno de los dos puede resistir la tentación. Pero en una serie de

situaciones tal vez uno desee renunciar a la repregunta, o practicarla en escala muy limitada.

Una de las antiguas "reglas" de la repregunta es desechar ésta en el caso de un testigo cuya declaración no ha sido perjudicial. Esta regla quizá nos desconcierta, pues sugiere que un caso relacionado, por ejemplo, con las leyes antitrust en el rubro de la banca, nuestro contrario puede llamar a un testigo con el fin de que declare acerca de la violencia excesiva en los programas infantiles de la televisión. En realidad, el testimonio de un testigo de la parte contraria casi siempre "perjudica", en el sentido de que suministra al adversario la evidencia que necesita para apuntalar sus proposiciones fácticas. Por lo tanto, lo que la regla realmente aconseja es que uno se ande con cuidado, no sea que sus repreguntas aumenten el daño.

Uno puede desechar la repregunta cuando una disputa no tiene carácter fáctico, y más bien implica los estándares normativos de la comunidad. Por ejemplo, uno puede representar a un padre acusado de abuso en perjuicio del hijo porque lo dejó solo en un automóvil durante un lapso breve, o a un conductor que aceleró mientras llevaba al hospital a un paciente enfermo. Su cliente no discute lo que sucedió, sino que afirma que lo sucedido no implica una violación de la ley. Uno no puede repreguntar acerca de la posibilidad de que la conducta implique una violación, pues esa pregunta corresponde al juzgador, no a un testigo. Uno se verá limitado, en general, a preguntas acerca de lo que sucedió realmente. Estas preguntas pueden contradecirse con un alegato final en el sentido de que "No discutimos lo que sucedió, pero insistimos en que no hubo violación de la ley". En la mente del juzgador, nuestra repregunta puede haber cuestionado la credibilidad del testigo. Por lo tanto, a pesar de nuestra argumentación, el juzgador puede llegar a la conclusión de que, como cree en el testigo, usted pierde ese incidente.

Uno puede desechar la repregunta incluso cuando el éxito no depende de que el juzgador crea en la versión de los hechos ofrecida por el cliente, más que en la de un adversario. Por ejemplo, es posible que un acusado no discuta los daños, sino únicamente sí la conducta que él exhibió fue la causa legal de aquéllos. Quizá uno desee desechar la repregunta de un testigo que suministra únicamente evidencia afirmativa acerca de los daños.

Más allá de las categorías, el abogado tendrá que basarse en el criterio y la intuición para resolver si debe repreguntar. Si un testigo adverso ha suministrado un testimonio limitado y verosímil, el criterio del abogado quizá le indique que la repregunta solamente conseguirá prolongar el tiempo que el juzgador ejerce sobre aquél. Quizá en lugar de repreguntar uno puede volverse hacia su propio testigo, que es sólido, para neutralizar el testimonio. O bien, utilizando una técnica de Clarence Darrow, uno puede tratar de disminuir la importancia del testimonio diciendo: "No hay preguntas", con un gesto de la mano que expresa desinterés. Sea cual fuere el método, uno tiene que reconocer que cuando repregunta, está indicando que la declaración directa de un testigo era importante, e implícitamente promete aportar información favorable. Si uno no cumple su propia promesa, perjudica su caso, incluso si no revela una evidencia nueva y perjudicial. La ironía de la mística reside en que el peligro más general de la repregunta no es la revelación dramática de la evidencia perjudicial, sino la mera incapacidad para avanzar. A diferencia de lo que sucede con el amor, es mejor no haber repreguntado que repreguntar y perder.

B. EL ORDEN DEL TESTIMONIO

En contraste con el formato narrativo del interrogatorio directo, la repregunta en su forma típica tiene un formato temático. En general, uno desea aclarar "puntos" específicos, y pasa de un punto a otro sin prestar atención a la narración y la cronología. El principio de la "primacía" sugiere que el modo en que uno comienza a repreguntar puede influir seriamente en el modo en que tanto el juzgador como el testigo reaccionan ante la repregunta. Estos son los factores principales, quizá un tanto contradictorios, que uno puede considerar cuando piensa en un punto de partida:

2. A menudo uno desea obtener nueva evidencia, la que el testigo probablemente puede suministrar, y recusar la evidencia que el testigo aportó en el interrogatorio directo. Lo primero es generalmente el mejor punto de partida. Como esa repregunta no implica un ataque, el testigo puede mostrarse relativamente dispuesto a aportar la nueva evidencia. La recusación

tiene carácter confrontativo, y el hecho de comenzar de ese modo puede determinar que un testigo vacíe después cuando llega el momento de aportar nueva evidencia.

- b. Comience la repregunta en el punto más fuerte que usted posee. El punto más fuerte puede ser el que usted considera más importante por referencia a la decisión del juzgador; el que usted puede demostrar más fácil y claramente; o el que permite la confrontación inmediata. La confrontación inmediata puede ser lo que usted prefiera cuando su teoría es que toda la narración del testigo es inaceptable, y usted quiere aclarar esa teoría para beneficio tanto del juzgador como del testigo.

c. Comience la repregunta en cualquiera de los puntos finales del interrogatorio directo. Como el toro que realiza una entrada teatral cargando directamente sobre el matador, uno salta a la pelea recogiendo el guante en el lugar exacto en que quedó después de terminado el interrogatorio directo. Esta táctica aprovecha tanto la primacía como la novedad: el tema táctico del examinador directo es el primero que uno aborda.

- d. Aténgase a un formato cronológico. Comience en el punto que apareció en el momento más temprano, y continúe cronológicamente a partir del mismo. Aunque en la forma típica será imposible que usted abarque toda la declaración directa del testigo, este orden puede transmitir la impresión de que muchos aspectos de la historia son favorables al cliente que uno defiende.

e. Comience al azar, y utilice la técnica que consiste en "brincar, saltar y esquivar". Esta técnica no exige que usted se esfuerce físicamente para distraer al testigo. En cambio, uno persigue intencionalmente los hechos en un orden no cronológico, con la esperanza de desorganizar los procesos de pensamiento de un testigo cuya memoria depende sobre todo de la cronología. Analizamos más detenidamente esta técnica en el contexto de la "pesca", más abajo.

C. TECNICAS DE INTERROGACION

1. Preguntas sugestivas

Las preguntas sugestivas son la clave de la repregunta orientada hacia un blanco. Nos permiten limitar la respuesta de

un testigo a la evidencia contenida en una pregunta. Por ejemplo, suponga que el tema al que usted quiere apuntar en la siguiente pregunta es: "El oso fue a la montaña". Usted puede formular la siguiente pregunta abierta:

"¿Adónde fue el oso?"

La respuesta de un testigo a la pregunta abierta probablemente será diferente del punto específico en que deseamos que el juzgador concentre la atención. Por ejemplo, la respuesta del testigo puede ser una narración. Incluso una respuesta breve como: "Estoy bastante seguro de que el oso fue a la montaña" tal vez no formule el punto con la concisión y la fuerza que se observan en la pregunta sugestiva:

"El oso fue a la montaña, ¿no es verdad?"

Como indican al testigo a la evidencia contenida en una pregunta, las preguntas sugestivas permiten que uno controle el alcance de la declaración de un testigo. Para maximizar el aspecto de control de las preguntas sugestivas, utilice dos técnicas adicionales:

Tono de voz firme. Formule la pregunta sugestiva en un tono que indique al testigo que usted espera una respuesta breve y concisa. Así como algunos animales pueden percibir el miedo por los movimientos inseguros, también muchos testigos perciben la invitación al explayarse en la respuesta cuando escuchan un tono de voz inseguro y vacilante. (Por supuesto, auditar las preguntas a cinco centímetros de distancia del testigo es una actitud firme, pero impropia.)

Formule preguntas de un solo punto. La división de una pregunta extensa en una serie de cuestiones de un solo punto en general aumenta la comprensión del juzgador y acentúa el efecto persuasivo. Más aún, cuanto más breve una pregunta sugestiva, más probable es que determine la respuesta que uno desea. Compare estas preguntas:

a. "El fue a la montaña, ¿verdad?"

b. "El oso, como no pudo ver nada, fue del lado opuesto de la montaña, pero entonces pudo ver únicamente el otro lado de la montaña, ¿no es así?"

Como la segunda pregunta sugestiva contiene más información, el testigo tenderá a vacilar en su respuesta y a condicionar ésta. Inclusive, las preguntas más extensas pueden tener cierto tono de argumentación, y provocar objeciones. Los dos resultados perjudican nuestro objetivo, que es convertir la evidencia específica en blanco de la atención del juzgador.

Otro beneficio de las preguntas de un solo punto es que permiten que uno aumente el efecto, al reunir una serie de respuestas favorables breves. Por ejemplo, suponga que la pregunta sugestiva "b" más arriba, aportó la respuesta que usted deseó, es decir "sí". Comparada con un solo "sí", una serie de respuestas "afirmativas" a preguntas de un solo punto probablemente tendrá más efecto:

P: El oso no podía ver, ¿verdad?

R: En efecto.

P: Entonces, el oso fue a la montaña, ¿verdad?

R: Sí.

P: ¿El oso pasó del lado opuesto de la montaña?

R: Sí.

P: Y después, el oso pudo ver el lado opuesto de la montaña, ¿no es así?

R: Sí.

Así como uno puede destacar más el interrogatorio directo al obtener respuestas negativas, así, las preguntas sugestivas de un solo punto que evocan una serie de respuestas negativas acentúan la intensidad de la respuesta. A menudo uno puede contribuir a la rememoración de un juzgador acerca de lo que en efecto *sucedió* preguntando acerca de distintos hechos que pudieron suceder, pero *no* sucedieron. Por ejemplo, para destacar que un oso, en contraposición a otro animal, pasó la montaña, usted puede preguntar:

P: Un oso pasó la montaña, ¿no es verdad?

R: Sí.

P: ¿No fue una persona?

R: No.

P: ¿O un gorila?

R: No.

P: ¿O un ciervo?

R: No.

P: ¿Fue un oso?

R: Sí.

Aprender una faceta de la verdad Como el lector imaginará, una pregunta sugestiva no convertirá mágicamente la evidencia perjudicial en evidencia útil. Uno puede abrigar la esperanza de conseguir, aunque nunca llegue a eso, un resultado como éste:

P: En el interrogatorio directo, usted aclaró que la luz era verde, ¿verdad?

R: Sí, dije eso.

P: Y mientras tomaba sus votos conyugales, usted afirmó que la luz era verde, ¿no es verdad?

R: Sí, así es.

P: Ahora bien, la luz en realidad era roja, ¿no es cierto?

R: Bien, puesto que usted lo dice así, sí, era roja.

P: Y en el interrogatorio directo usted mintió, ¿no es verdad?

R: Sí. Caramba, estas preguntas sugestivas son realmente terribles.

Pero si una pregunta sugestiva aprehende por lo menos una faceta de lo que un testigo cree verdadero, él puede confiar en esa respuesta. Por ejemplo, supongamos que usted representa al empleador en un caso de despido injustificado. El empleado, vendiendo en una librería, afirma que su despido fue consecuencia de una actitud de discriminación con motivo de la edad. El empleador afirma que despidió al empleado por diferentes razones comerciales, entre ellas que el empleado no cumplió con el procedimiento de ventas que lo obligaba a registrar el nombre, la dirección, la edad aproximada y las preferencias de los clientes en el área de la lectura. En el interrogatorio directo, el empleado reconoció que a menudo no cumplía el procedimiento de venta. Uno repregunta de este modo:

P: Era frecuente que usted no cumpliera el procedimiento de venta, ¿verdad?

R: Eso dije, es cierto.

P: ¿Usted consideraba que era una mala práctica comercial?

R: Así es.

P: ¿Usted creía que ese método podía alejar de la librería a los clientes?

R: Bien, sí.

P: Si usted fuese el propietario, no habría instituido ese método comercial, ¿verdad?

R: No, no lo habría hecho.

P: ¿Usted creía que el propietario se equivocaba al instituir ese sistema de ventas?

R: Sí

Estas preguntas llevan al testigo más allá del testimonio directo, sin cuestionar éste. Como cada pregunta aprehende una faceta de la verdad, el testigo no tiene más remedio que decir. Y como usted, y no el testigo, controla la elección del vocabulario, las cuestiones sugieren firmemente que una diferencia de opinión en las prácticas comerciales fue la base del despido.

Muy probablemente uno no habría podido obtener la misma información mediante preguntas abiertas. Por ejemplo, suponga que usted hubiese preguntado: "¿Cuáles fueron los motivos que lo llevaron a eludir el procedimiento de ventas?" El empleado podría haber contestado que a veces lo aplicaba; que a veces el volumen de actividad impedía obtener la información; o que de todos modos los clientes a menudo parecían faltar a la verdad. Quizá todas estas también son facetas de la verdad, pero no son facetas que promuevan la causa del cliente. Sólo a través de las preguntas sugestivas uno puede concentrar la atención en facetas específicas que constituyen una evidencia útil.

2. Preguntas abiertas

A veces, las preguntas abiertas en el caso de las repreguntas son deseables o necesarias. Por ejemplo, mientras las preguntas sugestivas pueden producir una serie de respuestas por "sí" o "no", también pueden suscitar la impresión de que uno está intimidando verbalmente al testigo, y poniéndole palabras en la boca. Por lo tanto, ocasionalmente uno puede intercalar preguntas abiertas para disminuir el riesgo de que el juzgador

perciba al abogado como un individuo injusto, y se desentienda de las respuestas favorables que obtiene. Trate de elegir puntos colaterales para las preguntas abiertas. Por ejemplo, si en el asunto mencionado más arriba acerca del oso, los rasgos físicos específicos no tienen importancia decisiva, uno puede formular una pregunta abierta en relación con ese tema:

P: ¿Fue un oso el animal que pasó la montaña?

R: Sí.

P: ¿No fue una persona?

R: No.

P: ¿Ni un gorila?

R: No.

P: ¿No fue un ciervo?

R: No.

P: Por favor, descríbanos al oso.

R: ...

La última pregunta permite que el testigo use sus propias palabras, y puede originar la impresión de que el abogado está tratando con ecuanimidad al testigo.

Las preguntas abiertas pueden ser necesarias cuando uno "pescar" o formula preguntas cuyas respuestas no conoce. (Más abajo examinamos más detalladamente la pesca). Es difícil sugerir cuando uno no sabe adonde va, y a menudo se utilizan preguntas abiertas cuando se sale de pesca. Asimismo, las preguntas abiertas inducen a hablar a los testigos, y por lo tanto pueden aumentar la posibilidad de que un testigo suministre información favorable.

D. PLANEAMIENTO DE LAS REPREGUNTAS

Algunos abogados evitan planear las repreguntas y prefieren "dejarse llevar por la corriente". Quizá abrigan la esperanza de que los testigos oculares contrarios tropezarán con el ujier y la mesa de los abogados cuando se acercan al estrado de los testigos. O tal vez confían en percibir sutiles indicios de mendacidad en otros, por ejemplo que el testigo cruza los dedos cuando jura. En todo caso, el resultado demasiado frecuente de las repreguntas sin plan es la repetición del interrogatorio directo,

con unos pocos gestos burlescos agregados para completar la medida.

Sin embargo, uno puede planear las repreguntas con el mismo cuidado con que planea el interrogatorio directo. El planeamiento de las repreguntas incluye dos aspectos: los temas señalados como blancos, y las preguntas que formularemos.

I. Planeamiento temático

A pesar de la infinita diversidad concreta de los relatos, los temas típicos en los cuales uno repregunta forman un grupo reducido. Uno puede tener evidencia para confirmar sus proposiciones fácticas y/o uno recusa basado en factores conocidos que se apoyan en la experiencia social cotidiana. Estos factores incluyen la actitud tendenciosa, el interés financiero, la percepción defectuosa, la memoria limitada, la falta de conocimiento experto, la inconsecuencia, la implausibilidad, la convicción de que existe un delito de depravación moral, y en ciertas jurisdicciones, la comisión de un acto negativo específico que implica deshonestidad.

No presumas que podrá repreguntar a un testigo en relación con todos estos temas, salvo que uno tenga que enfrentarse con Atilla el Huno. La gente puede escalar montañas "porque están allí", pero uno no debe repreguntar por esa razón. Lo mismo que en el caso del interrogatorio directo, nuestras proposiciones fácticas deben controlar el alcance de las repreguntas. Por ejemplo, tal vez uno no desea criticar el recuerdo de ciertos hechos en Houston, si se basa en su testimonio con respecto a otras cuestiones. Los temas que uno utiliza como blancos en las repreguntas deben ser los mismos que uno subraya durante el alegato final. Ciertamente, uno puede pensar en las repreguntas como la oportunidad de presentar una parte del alegato final en la forma de preguntas sugestivas.

Por ejemplo, supongamos que uno representa a un inquilino que afronta el desalojo, en parte porque supuestamente amenaza la paz de otros inquilinos. Durante el alegato final, uno se propone arguir que el testimonio del administrador en el sentido de que nuestro cliente organizó una fiesta sumamente ruidosa es inverosímil, porque la noche de la fiesta el administrador (a) no llamó a la policía; (b) no pidió personalmente al inquilino que guardase silencio, o (c) no recibió quejas de otros

ingulinos. Las repreguntas formuladas al administrador deben subrayar estos temas:

P: Usted nos dijo que la fiesta organizada por mi cliente fue sumamente ruidosa, ¿no es así?

R: Sí.

P: Por lo tanto, ¿entiendo que usted estaba cerca de allí, en su apartamento, la noche de la fiesta?

R: En efecto.

P: Pero usted no llamó a la policía, ¿verdad?

R: Bien, no lo hice.

P: Y no pidió personalmente que disminuya el nivel de ruido, ¿no es así?

R: No.

P: Tampoco se quejaron los vecinos, ¿no es cierto?

R: Así es.

Usted puede decidir que también explorará otros temas. Pero recuerde que gran parte del efecto de estas repreguntas en el juzgador puede perderse si usted las rodea con una incursión muy poco productiva en otros temas.

Un plan de repreguntas debe tener flexibilidad suficiente para permitir que usted profundice el ocasional chispazo de la percepción. Pero en general, usted conoce antes del juicio los argumentos que utilizará. Si un tema no es de tal carácter que usted se proponga discutirlo, en la situación típica usted no debe ahondarlo durante las repreguntas.

2. Planeamiento de las preguntas - Modelo de seguridad de un proceso de repreguntas

Teniendo presente los posibles temas, la atención del abogado se desplaza hacia la probabilidad de obtener el testimonio deseado. Aquí, el consejo tradicional es que no se formule una pregunta si uno no sabe cómo responderá el testigo. Pero la declaración prevista del testigo durante las repreguntas es peligrosa. Uno rara vez dispone de la oportunidad de celebrar con un testigo de la parte contraria una conferencia la víspera de la declaración, y por lo tanto no puede estar seguro de la respuesta. De modo que conviene planeear de acuerdo con la evidencia que uno puede proponer, no de acuerdo con las posibles

respuestas del testigo. Cuando uno basa las preguntas en la evidencia contenida en su propio archivo, la respuesta del testigo tiene carácter menos fundamental. Uno recibe la respuesta deseada, o rechaza una respuesta desfavorable. En la medida en que uno no puede rechazar una respuesta desfavorable, ahondar en un tema es riesgoso.

El modelo de seguridad que presentamos a continuación delinea las áreas posibles de las repreguntas de acuerdo con nuestra capacidad para refutar una respuesta desfavorable. Cuanto mayor es la probabilidad de que usted pueda refutar, más segura será la pregunta. Como el modelo simplemente identifica nuestra capacidad para refutar, funciona sean cuales fueren los temas que uno decida profundizar, y al margen de que uno intente recusar u obtener evidencia afirmativa. Por ejemplo, la repregunta que apunta a demostrar que un testigo no tuvo oportunidad adecuada para observar un hecho puede ser muy segura si uno puede refutar una respuesta adversa con un testigo más verosímil, pero segura sólo a medias si la refutación proviene de "nuestro relato". Asimismo, la repregunta intenta demostrar que un testigo tiene una actitud tendenciosa puede ser muy segura si uno puede refutar una respuesta negativa con una declaración previa del testigo, pero tener una seguridad mínima si uno debe salir a pescar la evidencia de la actitud tendenciosa.

a. Preguntas muy seguras

1. La refutación utilizando la declaración previa del testigo,
2. La refutación mediante un testigo más verosímil.

b. Preguntas de seguridad media

1. La refutación con nuestra propia historia,
2. La supuesta refutación mediante un testigo que no puede ser llamado,
3. La refutación afirmando la inverosimilitud.

c. Preguntas mínimamente seguras

1. Salir a pescar.

La siguiente sección acerca de las técnicas está organizada de acuerdo con el modelo de seguridad.

E. TECNICAS APLICADAS A LAS REPREGUNTAS

1. Preguntas muy seguras

a. Declaración previa del testigo

Una pregunta es muy segura si uno puede refutar una respuesta desfavorable con una declaración precedente del testigo. La declaración precedente puede consistir en un testimonio suministrado por el testigo durante el interrogatorio directo o durante una deposición, una afirmación contenida en una carta a la tía Minnie, una manifestación oral a un vecino, o un mensaje desplegado en el cielo. Si uno puede refutar la respuesta desfavorable del testigo con la evidencia admisible de un enunciado previo del mismo testigo, la pregunta es muy segura.

Como el lector sin duda sabe, en el derecho común una declaración previa del testigo era admisible sólo para recusar su testimonio ante el tribunal. En la actualidad, en algunas jurisdicciones la declaración previa siempre es admisible para cualquier finalidad, y en cambio en otras es admisible para cualquier finalidad sólo si se la formuló bajo juramento. Pero sea cual fuere la jurisdicción, uno generalmente se basará en una declaración previa sea (a) para contradecir la declaración que el testigo suministró en el interrogatorio directo; o (b) para obtener evidencia nueva en las repreguntas, contradiciendo el testimonio si este se aparta de la declaración precedente. En cada situación, nuestra capacidad para refutar determina que sea muy seguro abordar el tema.

1. UTILIZACIÓN DE LA DECLARACIÓN PREVIA PARA RECUSAR

Como se recordará del Capítulo II, demostrar que un testigo ha formulado un enunciado inconsecuente tiende a debilitar la credibilidad del mismo. Muchas reglas de la evidencia delimitan la aceptabilidad de las declaraciones previas. La aceptabili-

dad puede depender de consideraciones como la posibilidad de que la evidencia sea o no "colateral", la posibilidad de que una declaración anterior se contradiga con el testimonio reflejado en la frase "no recuerdo", y la posibilidad de que uno haya acordado inicialmente al testigo acerca de las circunstancias que rodean la formulación del enunciado previo. Aunque la discusión de dichas reglas excede el alcance de este libro, su existencia implica reconocer que la recusación con la ayuda de declaraciones previas puede ser una forma enérgica de repregunta. Para recusar el testimonio directo con una declaración previa, uno se atiene normalmente a una secuencia de tres etapas:

1. Ratificación. Pida al testigo que repita el testimonio que usted se propone recusar. La repetición sitúa el testimonio ante los ojos del juzgador, e impide que el testigo afirme que hubo un error de verbalización en el interrogatorio directo.
2. Trabaje sobre el enunciado previo, cuando quiere destacar su credibilidad. Por ejemplo, usted puede obtener la evidencia de que la declaración previa fue realizada más cerca del hecho en el tiempo, bajo juramento, con un FRO-Pósito serio, o debatiéndose contra el espíritu de un alto voz en el curso de un encuentro deportivo.
3. Obtenga la declaración previa, y siga adelante.

Por ejemplo, suponga que en un juicio por un caso de patentes, usted trata de demostrar que en el curso de una reunión celebrada el 8 de octubre Brand y Weinstein jamás discutieron la idea de un escarbadientes eléctrico. En el interrogatorio directo Brand declaró: "Weinstein y yo hablamos del diseño de un escarbadientes eléctrico el 8 de octubre." Karp, contador de un Brand, nos dijo que el 8 de diciembre Brand declaró a Karp: "Weinstein habló por primera vez de la idea de un escarbadientes eléctrico el 8 de noviembre." Uno quiere repreguntar a Brand sobre la base de la información de Karp. En primer lugar, ratifique el testimonio directo de Brand:

P: ¿Usted y Weinstein hablaron del diseño de un escarbadientes eléctrico el 8 de octubre?

R: Sí.
Después, determine las circunstancias que rodean la declaración precedente, y que sugieren que ésta es exacta. Por supuesto, el modelo de seguridad se aplica también a estas preguntas. Si bien usted puede tolerar más riesgos durante esta elaboración que cuando perseguía una evidencia esencialmente crítica, suponga que las siguientes preguntas también son muy seguras:

P: Usted está muy familiarizado con Karp, ¿no es así?
R: Por supuesto, Karp es mi contador.
P: ¿Y usted se reunió con Karp el 8 de diciembre? Por favor, verifique su calendario ese año para asegurarse.

R: Sí, veo que así fue.
P: Ese encuentro con Karp, ¿fue exactamente dos meses después que usted se reunió con Weinstein, el 8 de octubre?
R: Imagino que sí.

P: ¿Y entiendo que su recuerdo de lo que sucedió en la reunión del 8 de octubre estaba más vivo el 8 de diciembre, cuando usted se encontró con Karp, que lo que sucede hoy, unos dos años después?

(Obrévese que es improbable que uno disponga de información "muy segura" para apoyar esta pregunta. Pero es una inferencia plausible, del tipo explorado como pregunta "medianamente segura").

R: Bien, todavía recuerdo la reunión del 8 de octubre.
P: ¿Tan bien hoy como el 8 de diciembre?
R: Quizá no en todos los detalles menudos.

P: ¿Uno de los propósitos del encuentro con Karp fue prepararse para practicar una auditoría externa de su firma, como antecedente para obtener una línea de crédito bancario?

R: Así es.
P: De modo que en la reunión del 8 de diciembre usted quería informar exactamente a Karp de todas sus actividades comerciales, ¿no es verdad?

R: Eso siempre es importante.

Las preguntas sugieren razones tanto temporales como comerciales en relación con la exactitud de lo que Brand dijo a Karp. Aunque las modernas reglas del juicio generalmente exigen tanto detalle, estas preguntas pueden influir sobre la acusación. Con esta preparación, el juzgador se sentirá carcomido por la curiosidad y el deseo de saber lo que sigue. De modo que volvemos a la declaración precedente:

P: En este encuentro, ¿usted no dijo a Karp que Weinstein mencionó por primera vez la idea del escarbadientes eléctrico el 8 de noviembre?
R: Sí, imagino que eso hice.

La respuesta de Brand completa la recusación, y por consiguiente Karp no declarará. Si Brand hubiese negado haber realizado la declaración a Karp, o afirmado que no podía recordar la afirmación, uno después habría podido convocar al propio Karp.

En este ejemplo, uno puede haber desechado por completo las repreguntas acerca de este punto, y convocado como testigo al propio Karp (en el supuesto de que la evidencia de Karp no es "colateral"). Esta alternativa puede ser incluso más segura, pues en ese caso Brand no podrá volcar una explicación inmediata que debilite la fuerza de nuestras repreguntas. Sin embargo, la alternativa carece del efecto confrontativo de la pregunta. Asimismo, en el momento en que Karp atestigua, el juzgador tal vez ya no recuerde en qué aspectos la historia de Karp se distingue de la historia de Brand. Finalmente, después que Karp atestigua la parte contraria puede convocar a Brand y obtener de todos modos la explicación. Por lo tanto, es posible que uno prefiera repreguntar en tales circunstancias.

Recuerde el último consejo: *Siga adelante*. La última pregunta es la frontera del interrogatorio muy seguro. La reacción inicial que usted demuestre frente a la conclusión de la recusación puede ser decepcionante, pues uno mira alrededor y no advierte que no suenan las campanas, y que uno no ganó el caso por el mero hecho de haber atacado con éxito al testigo. La segunda reacción puede ser la tentación de aprovechar la ventaja, y formular preguntas del tipo de: "¿De modo que usted mintió

cuando hoy dijo que usted y Weinstein discutieron el escarbadientes eléctrico el 8 de octubre?" o "¿Por qué de pronto usted cambió su versión?" Pero modérese. La primera pregunta tiene carácter argumentativo; la segunda probablemente determinará que alguien agregue su nombre a los infortunados motores de la "mística de las repreguntas".

Las preguntas destinadas a "ratificar" y "trabajar los detalles", determinaron básicamente la declaración previa, y uno no desea afrontar una discusión que distraiga la atención del juzgador con respecto a la evidencia recusatoria. En general, ninguno de los dos aspectos exige que uno contradiga a un testigo, de modo que un tono de voz coloquial puede suavizar el interrogatorio. Asimismo, podemos ayudar al "interrogatorio de ratificación" repitiendo exactamente la declaración del testigo. Si uno desea ratificar la declaración de un testigo en el sentido de que un ladrón estaba "nervioso", utilice ese término, en lugar de símil como "¡Inquieto!" o "¡Impaciente!". El empleo de un término diferente puede provocar la vacilación de un testigo, y entender lo que uno generalmente supone será un interrogatorio breve. Asimismo, recuerde la conveniencia de dividir en preguntas de un solo punto un enunciado que uno desea ratificar. Por ejemplo, si el testimonio que uno quiere ratificar es: "Serví sopa a todos, y después retiré las soperas", considere la posibilidad de utilizar dos frases breves para la ratificación: "Usted sirvió sopa a todos." "Después, usted retiró las soperas."

2. UTILIZACIÓN DE LA DECLARACIÓN PREVIA PARA APORTAR NUEVA EVIDENCIA

Sucede a menudo que uno desea aportar evidencia nueva en las repreguntas sobre la base de la declaración previa de un testigo. La evidencia está incluida en el "alcance del interrogatorio directo", y es información que, dado su carácter favorable a nuestro cliente, el adversario decidió que no propondría. En esta situación, puede presumirse que uno tendrá que agacharse para evitar que lo alcance el código de reglas de la prueba arrojado por el juez si uno intenta ofrecer directamente como evidencia la declaración previa. Conocemos de oídas la declaración previa, y es inadmisibles a menos que contradiga el testimonio. (Por su-

puesto, a menos que la declaración previa sea admisible de manera independiente, sobre otra base cualquiera). El procedimiento válido consiste en cuestionar al testigo sin referencia a la declaración previa, remitiéndonos a ella sólo si contradice el testimonio.

Por ejemplo, supongamos que durante una deposición recibida el 14 de febrero, un dentista a quien uno se dispone a repreguntar declaró: "Jamás oí hablar de la novocaína". El profesional nada dijo acerca de la novocaína en el interrogatorio directo, y el testimonio de la deposición constituye una evidencia afirmativa por referencia a la historia de nuestro cliente. En las repreguntas, formule su pregunta sin acudir al enunciado de la deposición: "Doctor, ¿es cierto que al 14 de febrero usted jamás había oído hablar de la novocaína?" Si el testigo contesta "Sí", usted jamás aludirá al testimonio de la deposición. Pero si el testigo, que no advierte que la pregunta que usted formula fue muy segura, intenta escapar contestando "No", usted usa el testimonio de la deposición para recusar, en un formato que adopta el siguiente perfil:

P: Cuando usted declaró, el 14 de febrero, ¿había oído hablar de la novocaína?

R: Así es.

P: Su Señoría, tengo lo que ha sido marcado como la prueba número 649 del demandante; la deposición del testigo. ¿Puedo mostrarla al testigo?

Juez: Adelante.

P: Le nuestro la prueba número 649, es su deposición, ¿verdad?

R: Sí.

P: Y al mirar la página 342, ¿lo que está en esa página es su firma?

R: Sí.

P: ¿Y entiendo que usted revisó la declaración antes de firmarla, para asegurarse de su exactitud?

R: Bien, alcancé a hojearla.

P: Está bien. Usted no modificó nada antes de firmarla, ¿verdad?

R: No.

P: Llamo su atención sobre la página 104, las líneas 14 a 16 de su declaración, y le pido que las lea para usted mismo. Cito de la declaración: "Pregunta: ¿Qué sabe acerca de la novocaína? Respuesta: Jamás oí hablar de la novocaína."

El abogado puede aplicar el mismo esquema siempre que aporte nueva evidencia sobre la base de una declaración previa del testigo. Por ejemplo, digamos que uno desea demostrar un testigo de la parte contraria tiene cierto interés financiero en el desenlace exitoso del juicio de Simon. Uno tiene en su carpeta una carta escrita por el testigo a su prometida, y allí afirma: "Si Simon obtiene del gran jurado el veredicto que yo espero, ese viaje a Omaha con el cual siempre soñamos será posible". Asimismo, uno interrogaría primero al testigo sin aludir a la declaración de la carta. Utilice preguntas de un solo punto, y cubra toda la información de la carta incluso si el testigo responde con negativas.

P: Usted tiene posibilidades de beneficiarse financieramente con un veredicto del gran jurado a favor de Simon, ¿no es así?

R: Eso no es cierto.

P: Bien, ¿no es cierto que usted y su prometida esperan viajar a Omaha utilizando la parte que les corresponde en lo que cobrará Simon?

R: No.

P: ¿Ustedes no están planeando la vacación soñada a Omaha utilizando el resultado del veredicto del gran jurado?

R: No.

Ahora que tiene estas respuestas en el registro, uno puede oponerles la carta:

P: Le muestro lo que ha sido marcado como la prueba DDT de la defensa. Por favor, mírela y dígame si la reconoce.

R: Parece una carta que yo escribí.

P: Es una carta a su prometida, ¿no es verdad?

R: Sí.

P: ¿Y al pie de la carta está su firma?

R: Sí.

P: Su Señoría, en este punto quiero incorporar al registro una frase del tercer párrafo de la carta. "Si Simon..."

Por supuesto, si el testigo negase haber escrito la carta, el abogado tendría que autenticar la misiva mediante un medio que no sería el propio testigo.

3. LA IMPORTANCIA DE LAS DECLARACIONES PREVIAS PRECISAS

El interrogatorio basado en declaraciones previas es muy seguro sólo en la medida en que el contenido del enunciado previo "encaja" exactamente con las preguntas que uno formula en las repreguntas. Si una declaración previa es indefinida o imprecisa, uno no podrá oponerse a una respuesta desfavorable. Por supuesto, a menudo uno no controla el contenido de una declaración previa. Uno está empantanado en lo que un testigo escribió en un memo, o gritó a un vecino. Pero cuando en efecto uno controla, como en el interrogatorio acerca de la declaración, puede extraer las clases de detalles precisos que le permiten formular repreguntas muy seguras durante el juicio.

Por ejemplo, supongamos que usted representa a Marian Gilbert, una consumidora supuestamente engañada con el fin de que compre una enciclopedia. En la disputa fáctica, se trata de determinar si el vendedor informó a Gilbert que el conjunto de enciclopedias que ella estaba adquiriendo consistía únicamente en volúmenes que comenzaban con letras que podían ser parte de diptongos. Durante la declaración del vendedor, éste atestigua: "En realidad, no le mostré (a Gilbert) una de las enciclopedias." En las repreguntas, este interrogatorio continúa así:

P: Usted nunca mostró realmente un volumen de las enciclopedias a la señorita Gilbert, ¿no es así?

R: Sí, se lo mostré.

P: (Se pone el fundamento para introducir una declaración extraída de la deposición anterior, y se incorpora al registro la declaración citada más arriba).

R: Un momento. En mi declaración usted me preguntó sólo acerca de mi reunión inicial con la señorita Gilbert. Ahora, usted me pregunta si jamás le mostré las enciclopedias, y en efecto se las mostré. Regresé al día siguiente, y le mostré dos de los volúmenes.

Aquí, el testigo desbarata con su explicación el intento de recusación. Como el testimonio de la declaración previa no es exactamente contradictorio, uno no puede refutar la explicación, excepto quizá por intermedio del cliente.

b. Refutación por un testigo más verosímil

En esta forma muy segura de la repregunta, uno formula preguntas basadas en la información proveniente de una fuente "extrínseca", es decir una fuente distinta del testigo a quien uno está repreguntando. Si el testigo responde con una negativa, uno no puede refutar inmediatamente con el testimonio de su propia fuente. En cambio, tiene que convocar como testigo propio a la fuente extrínseca, apenas dispone de una oportunidad para presentar prueba.

Por ejemplo, supongamos que un juicio por una acusación maliciosa se origina en la actitud del acusado, que inició juicio al demandante en un proceso anterior, por haber levantado una empalizada entre dos centros comerciales, uno propiedad del demandante, y el otro propiedad del acusado. En la acción anterior, el acusado afirmó que la ciudad había proyectado que los dos centros fuesen parte de un centro comercial general de carácter regional, y que por consiguiente el demandante no tenía derecho a construir una barrera entre los dos centros. El demandante prevaleció en el juicio anterior en relación con una moción por juicio sumario, y después promovió el juicio actual por acusación maliciosa; y nosotros representamos al demandante. El abogado habló con el funcionario que está a cargo del planeamiento urbano, que nos dijo que, antes de iniciar el juicio anterior, ni el acusado ni otra persona cualquiera asociada con él consultó los registros del Departamento de Planeamiento para comprobar si los dos centros en efecto habían sido concebidos como un centro comercial de carácter regional. Esta repregunta al acusado en el juicio por acusación maliciosa sería sumamente segura:

P: Antes de promover el juicio anterior, usted no consultó nunca los registros del Departamento de Planeamiento, ¿no es así?

O el testigo responde afirmativamente la pregunta, o usted después llama al encargado de planeamiento. Cabe presumir que este funcionario ocupa una posición neutral y sabe a qué atenerse, y el juzgador creará en su testimonio más que en la palabra del acusado.

De nuevo uno tiene que realizar una elección táctica: repreguntar o presentar la fuente extrínseca como parte de la exposición de la evidencia. La repregunta a menudo tiene más efecto, pues uno define puntos por intermedio de la palabra de un testigo contrario. Pero cuando la fuente extrínseca es sobre manera impresionante, es posible que uno decida desear la repregunta. En el ejemplo mencionado más arriba, el funcionario de planeamiento probablemente no podrá atestiguar en este punto si el testigo conviene en que los registros del Departamento de Planeamiento no fueron consultados. Si uno cree que la presencia del encargado de planeamiento como testigo en beneficio de nuestro cliente aumentará de manera significativa la credibilidad de la versión de los hechos ofrecida por dicho cliente, bien puede desear la repregunta.

Un testigo no necesariamente debe estar por completo a salvo de la recusación si queremos que sea la base de esta forma de repregunta. Uno está ofreciendo un testimonio, no beatificando a los santos. Si uno cree que puede presentar una argumentación plausible en el sentido de que la fuente extrínseca es más verosímil que un testigo contrario, puede considerar que la repregunta basada en esa fuente es sumamente segura.

Recuerde que los materiales de prueba también pueden ser los "terceros más verosímiles". Por ejemplo, un almanaque puede ser la base de una pregunta como: "Había una llena la noche que a usted se le erizaron los cabellos, ¿verdad?"

2. Preguntas de mediana seguridad

a. La refutación a partir de nuestra propia historia

Una repregunta referida a "nuestra historia" presenta nuestra versión de los hechos a los testigos contrarios en la forma de preguntas sugestivas. La técnica es una variante de se-

guridad media de la técnica sumamente segura del "tercero más verosímil". Las preguntas que uno formula son más o menos seguras, en cuanto uno puede refutar las respuestas desfavorables con el testimonio de nuestro cliente y/o los testigos. Pero en la medida en que nuestras fuentes extrínsecas de refutación son recusables, tal vez uno no tenga certeza con respecto a la posibilidad de que un juzgador acepte su versión más que la del adversario. Por lo tanto, esta técnica implica una seguridad mediana.

(En Inglaterra, en los casos penales a menudo se requiere esta forma de repregunta. Allí, un acusado no puede ofrecer la evidencia de una versión de los hechos, a menos que esa versión haya sido sometida primero a la confirmación o el rechazo de los testigos de la acusación. Al parecer, los ingleses consideran que es poco deportivo relatar una historia sin ofrecer primero al adversario la oportunidad de reaccionar frente a la misma).

Por ejemplo, supongamos que Fox promueve juicio por agresión a nuestro cliente Flushman. Flushman afirma que, con riña, y que Flushman actuó totalmente en defensa propia. Un tipo de repregunta del estilo "su historia" formulada a Fox podría adoptar esta forma:

P: Antes de que comenzara la riña, usted afirmó que Flushman era un "tetraedro pusilánime", ¿verdad?

R: No, no dije tal cosa.

P: Y después, ¿se apoderó de un garrote y comenzó a perseguir a Flushman?

R: No, eso sencillamente no es cierto.

P: Usted lo derribó al suelo con un golpe del garrote, ¿no es así?

R: Eso es mentira.

P: ¿Y le asestó puntapiés mientras él estaba en el suelo?

R: No.

Obsérvese que la repregunta acerca de "su historia" en general se limita a los hechos mismos, y deja poco espacio para preguntas acerca de los detalles de los hechos. Por ejemplo,

como Fox negó que hubiese descargado puntapiés sobre Flushman, preguntar a Fox, por ejemplo, "¿Usted usó el pie izquierdo mientras le asestaba puntapiés, ¿verdad?" probablemente tiene un carácter argumentativo, y supone hechos que no están demostrados. Asimismo, como podía presumirse que sucedería, un testigo negará casi todas las preguntas. Después de todo, la pregunta implícita: "¿Verdad que usted es un mentiroso abyecto?" rara vez obtiene una respuesta afirmativa. De todos modos, el interrogatorio referido a "su historia" tiene varias ventajas.

Una ventaja del interrogatorio acerca de "su historia" consiste en parecer que se cuestiona agresivamente la declaración de un testigo. A veces, uno no dispone de medios prontos para recusar a un testigo. Pero siente que debe repreguntar, no sea que el juzgador infiere erróneamente que uno acepta la declaración del testigo. Las preguntas acerca de "su historia" demuestran que uno no acepta la versión del testigo, y al mismo tiempo evita en general el riesgo de salir a la pesca.

Se obtiene una segunda ventaja cuando un testigo responde afirmativamente a unas pocas preguntas acerca de "su historia". Si uno puede incluir en las repreguntas algunas preguntas que serán contestadas afirmativamente por el testigo de la parte contraria, el juzgador puede depositar menos confianza en la declaración por el testigo de otras preguntas acerca de "su historia".

Tercero, las preguntas acerca de "su historia" hasta cierto punto pueden compensar la ventaja de la "disposición mental" promovida por un demandante al presentar su testimonio antes que el acusado. Recuérdese que el hecho de que el demandante presente primero su evidencia puede crear una "disposición mental" en un juzgador, y que es difícil que el acusado supere esa situación. El peligro de la "disposición mental" puede ser especialmente importante si el caso de un demandante se prolonga a lo largo de días o semanas. Las preguntas referidas a "su historia" permiten que un acusado recuerde al juzgador que los cañones de la parte contraria aún no fueron disparados, y pueden compensar la "disposición mental".

Finalmente, a veces las preguntas acerca de "su historia" puede ser el único modo que dispone un acusado para presentar su historia a un juzgador. Por ejemplo, en los casos criminales un acusado puede descansar sin presentar evidencia, y basarse en la incapacidad de la acusación para convencer al juzgador de

que existe culpabilidad más allá de toda duda razonable. Las preguntas referidas a "su historia" pueden presentar ante el juzgador la versión del acusado. En la mayoría de las jurisdicciones, esas preguntas nunca podrían constituir un relato defensivo de carácter afirmativo, porque la actitud de un juzgador, que no cree en la denegación de un hecho por el testigo, no constituye la evidencia afirmativa de ese hecho. De todos modos, la pregunta referida a "su historia" por lo menos comunica al juzgador una versión diferente de los hechos.

b. Supuesta refutación por un testigo inalcanzable

La obtención de evidencia en la repregunta puede obligarnos a convencer a un testigo de que uno realmente tiene las cartas en la mano. Si un testigo cree que uno puede convocar a su propio testigo para refutar una respuesta, es posible que atestigüe verazmente, en lugar de padecer la indignidad de la contradicción. Por ejemplo, uno pregunta:

"El segundo plato de comida estaba demasiado frío, ¿verdad?"

Si el testigo (a) se opone a nuestros intereses, (b) comprende que una respuesta negativa es desfavorable para nosotros, y (c) advierte que es el único testigo disponible que puede declarar acerca de la temperatura de la comida, es posible que decida contestar con la palabra "no". Los factores (a) y (b) están fuera de nuestro control. Con respecto a (c) uno puede considerar que tiene mala suerte si no consigue echar mano de un posible testigo para refutar. Pero si uno pregunta de un modo que sugiere energicamente que puede refutar una respuesta desfavorable, es posible que el testigo se incline más a presentar una versión veraz.

Con el fin de sugerir energicamente nuestra capacidad de refutación, debemos formular preguntas que evoquen muchos detalles relacionados con el testigo inalcanzable antes de intentar la obtención de la evidencia que uno necesita. Los detalles pueden convencer al testigo que uno dispone de información concreta, por lo cual nada ganará si no se atiene rigurosamente a la verdad. Por ejemplo, suponga que en la repregunta de Zeldin usted quiere obtener un testimonio de que "pasaron cinco

segundos entre los disparos". La señorita Dash le dijo personalmente que ella estaba en la escena del hecho cuando se dispararon los tiros, y que en efecto transcurrieron cinco segundos. Sin embargo, Dash no puede o no quiere declarar. Si Zeldin no declara con respecto al período de cinco segundos, nadie lo hará. Uno puede preguntar del siguiente modo:

P: Usted estaba sentado en el bar cuando sonaron los disparos, ¿no es así?

R: En efecto.

P: ¿Había otras personas en el bar?

R: Sí, unas pocas más.

P: ¿Recuerda que una joven de cabellos negros, con un vestido azul, estaba también en el bar?

R: Creo que recuerdo alguien por el estilo. No estaba prestando mucha atención a otros clientes.

P: ¿Recuerda que estaba sentada a unas cinco sillas de distancia de usted, bajo la cabeza de ciervo colgada de la pared?

R: Creo que sí.

P: Bien, ¿sabría a qué atenerse si le digo que la mujer se llamaba Karen Dash?

R: No. No hablé con ella.

P: Pero, ¿ella estaba sentada a unos tres metros de distancia de usted?

R: Aproximadamente.

P: ¿Y usted no tuvo inconvenientes para escuchar los disparos?

R: En absoluto.

P: Entonces, ¿podemos suponer con certeza que ella estaba tan cerca que también escuchó los disparos?

Oponente: Objeción, Su Señoría. Reclama una conclusión.

Juez: Hasta cierto punto, pero el autor puede formular las reglas. Permitiré la pregunta. Puede contestarla.

R: Imagino que sí.

P: Ahora, le preguntaré lo siguiente. ¿No es cierto que hubo un intervalo de cinco segundos entre los disparos?

R: ...

Los detalles relacionados con Dash pueden convencer al testigo que ella está disponible para refutar una respuesta inexacta. Si el testigo tiende a confundir la verdad, las preguntas pueden impedirle que siga ese camino. Por supuesto, es necesario abstenerse de revelar que la refutación en realidad es imposible. La pregunta "¿Recuerda a una joven de vestido azul, cuyo paradero actual es un misterio total para mí?" sería muy inapropiada.

Utilice esta misma técnica cuando la evidencia inutilizable es la declaración previa del testigo. En esta situación, uno formula preguntas que recuerdan al testigo las circunstancias que rodean la formulación del enunciado previo. Por ejemplo, supongamos que Dash (todavía inalcanzable) le dijo: "Zeldin me explicó que pasaron cinco segundos entre los disparos." Antes de preguntar acerca del tiempo transcurrido, uno puede formular preguntas que recuerden al testigo su conversación con Dash.

Aunque parezca irónico, cuando uno utiliza esta técnica puede estar "más seguro" con un testigo que tuerce conscientemente la verdad que con el testigo honesto. Este último probablemente declarará según lo que recuerda mejor, sean cuales fueron las versiones que ofrezcan otros testigos. El deformativo consciente posiblemente ansie evitar la contradicción, no sea que lo "descubran", y por lo tanto se dejará influir por las preguntas preliminares.

c. Refutación por inverosimilitud

La refutación por inverosimilitud se basa en nuestra tendencia, descrita en el Capítulo II, a descreer de las historias que chocan con nuestras experiencias acerca del modo en que suelen suceder los hechos. Como el sentido de un juzgador acerca de lo que es plausible puede diferir del que aceptamos nosotros mismos, y como en cualquier caso un testigo puede ofrecer una explicación que destruya una aparente inverosimilitud, esta forma de repregunta está relegada a las que ofrecen una seguridad mediana.

1. INVEROSIMILITUD EN PRESENCIA DEL INTERROGATORIO DIRECTO

A veces esta técnica requiere poco más que reproducir en la repregunta la evidencia que un testigo aportó en el interrogatorio directo. Al utilizar preguntas sugestivas para yuxtaponer fragmentos de la evidencia que en el interrogatorio directo quizá estuvieron separados por hechos intercalados, las preguntas pueden sugerir inverosimilitud sin que uno aporte evidencia nueva.

Por ejemplo, recuérdese el ejemplo de la "muerte ilícita del transeúnte", y suponga que usted representa al conductor acusado. En el interrogatorio directo, la testigo del demandante declaró que ella (la testigo) se detuvo en la intersección, esperando una luz verde, cuando vio que un transeúnte comenzaba a cruzar la calle. Vio que otro automóvil viraba hacia la izquierda a alta velocidad, y en el acto temió por la seguridad del transeúnte. Se volvió para ver si la luz había virado al verde, y oyó el golpe del vehículo cuando atropelló al transeúnte. Se volvió hacia la dirección de la colisión, y vio que el transeúnte estaba caído en la calle, a unos siete metros más allá del paso de peatones. Se dispuso a auxiliarlo, pero otros ya estaban reuniéndose a su alrededor, y como ella estaba llegando tarde a una cita, se alejó. Consideremos estas repreguntas:

P: ¿Usted vio un automóvil que viraba hacia la izquierda?

R: En efecto.

P: ¿Y advirtió que estaba acelerando?

R: Sí.

P: ¿Temió inmediatamente por la seguridad del transeúnte?

R: En efecto.

P: Pero después que fue atropellado, ¿usted se alejó sin averiguar acerca de su estado?

R: Bien, había otra gente alrededor.

P: Por favor, escuche mi pregunta. No pregunté acerca de otra gente. Pregunté si usted se alejó sin averiguar cuál era el estado de la persona atropellada.

R: Sí.

Sin aportar nueva evidencia, uno destaca una inverosimilitud que quizá se disimulaba en el relato directo. Uno yuxtapone la evidencia de la "preocupación por la seguridad" con "alejarse del lugar". La mayoría de nosotros consideraría inverosímil que un testigo preocupado por la seguridad de un transeúnte que de que éste fuese atropellado, se alejara una vez que sobrevino el accidente.

2. UTILIZACIÓN DE LA EXPERIENCIA PARA DESARROLLAR LA INVEROSIMILITUD

Uno puede utilizar la experiencia también para obtener la evidencia nueva en la repregunta, y aumentar el efecto de una inverosimilitud. La experiencia nos dice cómo suelen desarrollarse los hechos. Antes de ingresar en un mercado sabemos que los artículos estarán separados según que se presenten enlatados, congelados, frescos, o sean productos lácteos, y no por ejemplo en una división entre artículos largos y cortos. Sabemos que si dos empresas se fusionan, la fusión estará precedida por propuestas orales y escritas, reuniones y cosas por el estilo. Así, cuando un testigo declara cómo actuó o lo que pensó, a menudo uno puede utilizar su experiencia para identificar la información nueva que concuerda con el relato del testigo. El aporte de información nueva en la repregunta puede aumentar el efecto de una inverosimilitud. En la repregunta reproducida más abajo, basada en el ejemplo del accidente al transeúnte, observe cómo nuestras preguntas aportan nuevos rubros de evidencia que, en la experiencia cotidiana, concuerdan con lo que el testigo ya dijo:

P: ¿Usted vio un automóvil que viraba hacia la izquierda?

R: Sí.

P: ¿Y usted vio que estaba acelerando?

R: Así es.

P: ¿Usted temió en el acto por la seguridad del transeúnte?

R: Eso mismo.

P: ¿Temió que el automóvil pudiese atropellarlo?

R: Sí.

P: ¿Seguramente eso lo intimidó?

R: Fue horrible.

P: ¿Estaba tan asustada que ni siquiera pudo lanzar un grito de advertencia?

R: Exactamente.

P: ¿Casi la paralizó el temor de que el automóvil atropellase al transeúnte?

R: Así es.

P: ¿Usted temió que el choque fuese inminente?

R: Precisamente.

P: Sin embargo, ¿en ese momento usted se volvió para verificar el color de la luz?

R: Bien, sí.

Estas preguntas se originan en el modo en que tendemos a comportarnos cuando estamos muy asustados. Las preguntas originan nueva evidencia, basada en los pensamientos y el comportamiento probables de una persona asustada. A su vez, esa evidencia acentúa la inverosimilitud de la actitud de la testigo, que se alejó.

En los dos ejemplos mencionados más arriba, en esencia uno aplica inferencias a un testigo, en la forma de preguntas sugeridas. Como alternativa, uno puede esperar hasta el alegato final para formular dichas inferencias. A esa altura de la situación, uno está a salvo de esa bestia sorpresiva, la explicación súbita. ("Yo estaba casi paralizada de miedo, hasta que alguien que estaba detrás comenzó a tocar bocina, de modo que instintivamente me volví para mirar la luz"). Sin embargo, uno desechó el posible efecto de la repregunta. En el momento del alegato final, es posible que uno no consiga revertir la disposición mental de un juzgador para quien la inverosimilitud no era tan evidente. Como de costumbre, la decisión debe quedar librada al mejor criterio profesional del abogado.

Si uno no puede domesticar completamente a la bestia de la explicación súbita, por lo menos puede tratar de anticiparse a ella. Cuando uno identifica una inverosimilitud, debe tratar

también de identificar las explicaciones probables. Con ese fin, piense en lo que en la vida cotidiana podría llegar a superar una aparente inverosimilitud. Si en efecto uno identifica una o dos explicaciones probables, tratará de negarlas antes de zambullirse en la inverosimilitud. Si el testigo niega de antemano las posibles explicaciones, "cierra la puerta" a su súbita aparición después que desarrolló una inverosimilitud. Por ejemplo, en el caso mencionado más arriba uno pudo haber razonado: "¿Qué pudo determinar que un conductor se apartase súbitamente de la escena de un accidente inminente?" Si uno aparece diciendo "alguien tocó bocina", puede cerrar esa puerta antes de agotar la inverosimilitud.

P: Usted vio que el automóvil viraba hacia la izquierda, ¿no es verdad?

R: Sí.

P: A propósito, entre el momento en que por primera vez vio el automóvil virando hacia la izquierda, y aquél en que oyó el choque del vehículo con el cuerpo del transeúnte, ¿alcanzó a escuchar el sonido de una bocina?

R: No, no lo creo.

La pregunta, que en el momento dado parece formulada sin un propósito específico, en realidad anula una posible explicación.

Por desgracia, los testigos pueden presentar explicaciones que no estamos en condiciones de prever. Por ejemplo, el conductor mencionado más arriba puede explicar: "Desvíe la mirada porque de pronto me asaltó el recuerdo de la vez en que casi me mató un automóvil, cuando yo tenía seis años, y acababa de volver la cabeza". Pero seguramente nuestro lector ha previsto algunos momentos depresivos cuando por primera vez decidió concurrir a la facultad de derecho.

La lista de posibles inverosimilitudes es infinita. Se recuerda un incidente, pero no otro, o se recuerda un hecho al parecer insignificante, quizá inverosímil. Una identificación desde lejos, o en malas condiciones de iluminación, puede ser inverosímil. Que la gente goce viendo de nuevo episodios de "La isla de Gilligan" puede ser inverosímil. Cuando uno se prepara para las representaciones, debe evaluar una historia no sólo en el contexto de los

elementos legales discretos, sino sobre el trasfondo de la experiencia cotidiana. A partir de esa perspectiva más amplia, uno puede hallar inverosimilitudes que omitiría en un contexto legal estrecho.

3. Preguntas mínimamente seguras - La pesca

Uno pesca cuando formula preguntas cuyas respuestas no puede refutar. La actitud que nuestro lector adopte frente a la pesca debe asemejarse a la de "Teyé" frente a la pobreza en la obra "El violinista en el tejado". Es decir que aunque no es preciso pescar tampoco hacerlo es un gran honor. Pero cuando uno no tiene una zona de indagación en relación con un hecho fundamental, es posible que se vea obligado a pescar.

Algunas sugerencias generales pueden aumentar las posibilidades de realizar una eficaz excursión de pesca:

1. Preste atención a los temas que su adversario evita en el interrogatorio directo. Sobre la base de la declaración o depo- rito abordó sólo una parte de lo que el testigo pudo haber declarado. Quizá el adversario procedió así porque el testigo tendió a suministrar una declaración contradictoria, o no se mostró seguro de los detalles. Uno puede explorar los temas que el adversario evita. Por supuesto, si el abogado de la parte contraria está evitando intencionadamente el área, con la esperanza de que usted formule preguntas a las cuales el testigo dará respuestas contrarias una vez concluido el juicio.
2. Confíe en su juicio para identificar temas en los cuales parece que el testigo contrario no demuestra seguridad. Com- el modo en que se expresa en otros.
3. Evite los ataques frontales al testimonio. Imagine que usted formula esta serie de preguntas:

P: En el interrogatorio directo, usted declaró que mi cliente dijo: "Me refiero a la nave Incomparable, que está pintada de rojo". ¿Es así?

R: En efecto.

P: ¿Está seguro de que mi cliente dijo eso?

R: Estoy seguro.

P: ¿De veras, realmente seguro?

R: Sí, yo estaba allí.

P: Caramba, mi cliente dice otra cosa. ¿Está seguro de que está seguro?

R: ...

Aquí usted intenta lograr que el testigo se desdiga de su declaración. Más que pescar, esta repregunta es como sentarse ociosamente en un bote, esperando que el pez salte a bordo, y tendrá éxito con la misma frecuencia que la operación anterior. El éxito es más probable si las preguntas se refieren a los detalles del contexto. Los temas que uno roza son los que están su-geridos en el modelo de credibilidad. Por ejemplo, uno puede salir a pescar evidencia que demuestra que la declaración está motivada por la tendencia o el interés, que las conclusiones no se ven confirmadas por detalles adecuados, o que el testimonio es inverosímil.

La pesca puede acercarnos a los límites éticos. Por ejemplo, usted puede preguntar al testigo relacionado con el "Incomparable": "¿Usted había ingerido cocaína una hora o dos antes de la conversación?" Puede defender esa pregunta diciendo: "Me limito a preguntar. El testigo puede negarlo". Pero a menos que uno tenga una base de buena fe para formular la pregunta, ésta generalmente estará fuera de lugar. Formular la pregunta implica contar con un apoyo fundacional. Y sobre todo cuando una pregunta tiene que ver con los rasgos del carácter, es típico que uno no pueda formularla si carece de una creencia de buena fe en el sentido de que la implicación es válida.

Teniendo en mente estas sugerencias generales, considere las técnicas que pueden acentuar la probabilidad de realizar una exitosa excursión de pesca:

a. Exploración de los detalles

Como usted sabe, la experiencia cotidiana sugiere que los testigos sinceros y sagaces pueden suministrar detalles fácticos adecuados. Así, una técnica de pesca consiste en explorar los de-

talles de los hechos declarados por un testigo. Uno abriga la esperanza de demostrar que una historia es inverosímil por una de dos razones: o bien un testigo no puede suministrar detalles suficientes, o el testigo pretende suministrar tantos detalles que la historia llega a ser irreal. O bien, al margen de la cantidad de detalles, las preguntas que uno formula pueden aportar detalles que chocan con la declaración anterior de un testigo.

Por ejemplo, una repregunta para "reclamar detalles" al testigo del "Incomparable" puede adoptar la siguiente forma:

P: Antes, usted habló acerca de una declaración que mi cliente, el señor Even, formuló durante un almuerzo en la *Maison McDermys*. Desearía formularle unas pocas preguntas acerca de esa reunión. En primer lugar, ¿quiénes asistieron?

R: Bien, el señor Even y yo mismo, y dos o tres personas más, no recuerdo los nombres.

P: ¿No recuerda nada acerca de las restantes personas?

R: Recuerdo que había un hombre y una mujer, y quizá otra persona, pero eso es todo.

P: ¿Quién organizó el encuentro?

R: No lo recuerdo.

P: ¿Quién llegó primero?

R: Tampoco puedo recordar eso.

P: ...

La incapacidad del testigo para recordar detalles del encuentro puede conducir a un juzgador a inferir que la rememoración de la declaración—crítica por el testigo no es verosímil. Que el juzgador extraiga dicha inferencia depende en parte de la fuerza de los detalles. Por ejemplo, la incapacidad del testigo para recordar "el precio de cada plato del menú" probablemente no será muy importante, a menos por supuesto que el testigo sea un auténtico memorioso.

Como cada hecho llega acompañado por infinitos detalles, la amplitud del interrogatorio está limitada por el buen criterio del abogado y las normas del tipo de la Regla Federal 403 (la importancia por referencia al uso de un tiempo indebido).

La pesca buscando detalles también puede tener éxito si un testigo aparentemente recuerda "demasiado".

P: ...En primer lugar, ¿quién asistió a la reunión?

R: Yo mismo, el señor Even y dos de sus socios, Randy Matthews y Julie Strauss.

P: ¿Cómo estaban vestidos?

Oponente: Objeción. Carece de importancia.

Juez: Apoyo la objeción. La mínima importancia que pueda tener la capacidad del testigo para evocar tales detalles se ve compensada por las consideraciones acerca del tiempo.

P: ¿Cuándo comenzó la reunión?

R: Poco después del almuerzo. Durante el almuerzo nos limitamos a una conversación de carácter social.

P: ¿Qué temas abordó la conversación social?

Juez: Objeción, no tiene relación con el asunto.

R: Bien, la señorita Strauss comenzó refiriéndose al

hecho de que Baylor llevaba tres puntos de ventaja a Texas en un campeonato de fútbol.

P: ¿Qué dijo al respecto?

R: Dijo que...

El supuesto recuerdo del testigo en relación con detalles al parecer insignificantes de una charla de carácter social puede sugerir que la memoria del testigo es demasiado fiel para ser real, y llevar al juzgador a desechar la declaración decisiva del testigo.

La búsqueda de detalles también puede provocar conflictos en la declaración, sobre todo cuando nuestra indagación se fiere a cantidades objetivamente mensurables. Por ejemplo, se suscita un conflicto si el testigo mencionado más arriba afirma que la parte social del encuentro duró "unos diez minutos", y después pasa a mencionar una extensa lista de los temas abordados durante el almuerzo. Es notorio que la gente evalúa defectuosamente cuestiones como el tiempo y la distancia. Por ejemplo, se pidió a varios estudiantes de derecho que calcularan la distancia de un conocido corredor de la facultad de derecho, y suministraron cálculos que oscilaron entre 25 y 150 metros. (Asimismo, algunos alumnos calcularon que habían permane-

cido bastante más de una hora en la clase que el autor dictó acerca del tema de la defensa en juicio, ¡cuando en realidad habían permanecido allí sólo 10 minutos!)

Es probable que tales conflictos a menudo sean nada más que el producto de la dificultad de reducir a términos verbales los hechos humanos complejos, más que de la incertidumbre o el deseo consciente de engañar por parte del testigo. Sin embargo, como los conflictos bien pueden afectar la credibilidad, pescar conflictos es una técnica legítima en el examen basado en las preguntas.

b. Saltar, brincar y correr

Como el lector recordará, "saltar, correr y brincar" se refiere a los movimientos de ida y vuelta entre los hechos. Es típico que los testigos piensen en términos cronológicos. Por consiguiente, explorar intencionadamente los hechos en forma secuencial puede confundir al testigo. La confusión puede afectar negativamente el comportamiento del testigo, y provocar conflictos en la declaración. Pero los cambios temáticos rápidos e inesperados pueden confundir al juzgador y al propio abogado tanto como al testigo. Asimismo, un juez puede considerar que los rápidos cambios temáticos tienen carácter polémico.

A modo de breve ilustración de esta técnica, consideremos la pregunta que uno puede realizar con el testigo del "incomparable":

P: Después de la reunión para almorzar, ¿usted y el señor Even volvieron a reunirse dos veces más, la primera una semana más tarde, y después dos semanas más tarde?

R: Sí.

P: ¿Durante el almuerzo, ustedes comentaron la calidad de la fibra de algodón que debía embarcarse en el Incomparable?

R: Sí, dijo que sería algodón Surat, de calidad media.

P: Durante la tercera reunión, ¿él de nuevo declaró que enviará fibra Surat?

R: Así lo creo.

P: ¿Qué puede decirnos de la segunda reunión?

R: Ahora no recuerdo.

P: En la tercera reunión, ¿usted pidió al señor Even que aclarase lo que quería decir con las palabras "calidad media"?

R: Bien, ese tema fue abordado durante el almuerzo.

P: ¿El tema surgió en un encuentro ulterior?

R: No estoy seguro.

c. Si lo que usted dice es cierto...

Uno también puede pescar mientras esquiva un ataque frontal a la declaración, examinando el relato del testigo en concordancia con la experiencia cotidiana. Pregúntese usted mismo: si los hechos en efecto sucedieron como dice el testigo, ¿hay otros episodios que probablemente sucedieron? Generalmente uno puede identificar una serie de hechos que, sobre la base de la experiencia cotidiana, concordarían con los hechos descritos por un testigo. Si en las repreguntas un testigo no puede declarar en vista de estos hechos adicionales, el juzgador puede inferir que tal vez los hechos no sucedieron tal como los describió el testigo.

Por ejemplo, un testigo declara en el interrogatorio directo: "Soy un ex campeón olímpico de salto en alto". Si suponemos que no tenemos una evidencia para refutar esta afirmación, ¿qué preguntas puede formular uno cuando intenta demostrar que la afirmación es errónea? Utilice su conocimiento del modo en que funciona el mundo. ¿Uno puede identificar hechos que concuerdan con la condición de campeón olímpico de salto en alto de una persona? En caso afirmativo, uno puede aportar esos hechos a las repreguntas:

P: ¿En qué año ganó su medalla?

R: No recuerdo.

P: ¿Qué altura alcanzó?

R: No estoy seguro.

P: ¿Alguna vez conquistó el primer premio en otra competencia?

R: No.

Se percibe claramente la idea. La repregunta debilita el testimonio directo demostrando que no existen los hechos que uno esperaría hallar si la declaración del testigo fuese cierta. Como las preguntas concentran la atención en "otros hechos", uno evita un ataque frontal al testimonio directo.

Uno puede utilizar su propio conocimiento acerca del modo en que funciona el mundo para identificar los hechos consecuentes que uno esperaría encontrar "antes", "durante" y "después" de los hechos acerca de los cuales el testigo ha declarado. Por ejemplo, retornemos al testigo del "Incomparable". El testigo se refirió a una reunión de negocios durante la cual nuestro cliente dijo que el "Incomparable estaba pintado de rojo".

¿Cuáles son los hechos que probablemente sucedieron antes del almuerzo? ¿Es posible que haya habido correspondencia y se hayan mantenido conversaciones telefónicas?

¿Y durante el almuerzo? Si la discusión se refirió al modo de embarcar el algodón, ¿es posible que se haya comentado el precio, la calidad de los artículos y la fecha de llegada? Si el señor Even mencionó el "barco rojo", ¿es posible que se haya mantenido una conversación acerca de otros barcos, sus colores y los nombres?

Finalmente, ¿qué sucedió después del almuerzo? Si se resolvieron algunas condiciones, ¿quizá se las puso por escrito en cierto tipo de documento? ¿El testigo había mencionado los términos a los socios comerciales? ¿Esta información justificaría que se considerase al testigo un huésped de "Donahue"?

F. PROBLEMAS PARA OBTENER LA DECLARACION

Como muchos testigos de la parte contraria nos mirarán, y con razón, como a un "enemigo", en el curso de las repreguntas suele surgir una serie de problemas. Esta sección explora varios de ellos.

1. El examen basado en la "repregunta"

A los ojos de muchos, la mística de la repregunta no se limita a su supuesto rol, que consiste en "demostrar o refutar". También abarca un estilo de interrogatorio que es agresivo, y en que el interrogador se muestra despectivo frente al testigo y a la

versión de éste. Algunos de nuestros clientes, que también se han visto parcialmente expuestos a la mística de la repregunta, pueden apreciar un estilo hiriente. Tales clientes pueden sentir que "mi abogado realmente está peleando en defensa de mi causa".

Pero es posible que los jueces y los jurados no se muestren tan acogedores. Si un juzgador siente que uno se muestra injustamente grosero con un testigo, quizá su simpatía por el infortunado testigo supere las ventajas probatorias que uno haya obtenido. Sin duda, uno puede formular enérgicamente las preguntas, insistir en las respuestas, y exhibir una actitud que sugiera la justicia de su causa. Pero traspasar el límite y entrar en el terreno de la maldad generalmente hace más daño que bien. Más aún, la repregunta excesivamente agresiva provocará las objeciones del adversario, diluyendo todavía más el posible efecto de la evidencia útil. Por lo tanto, aunque uno intuitivamente sienta hostilidad, debe esforzarse por preguntar con una actitud serena y profesional.

2. Responder a las preguntas evasivas

Examine este diálogo:

P: El oso después se dirigió a la montaña, ¿verdad?

R: ¿Acaso pudo ir a otro sitio?

La respuesta no responde a la pregunta. En el calor de un juicio, uno puede creer que la respuesta es una concesión tácita, referida al desplazamiento del oso. Pero si uno necesita una evidencia afirmativa en el sentido de que el oso fue a la montaña, esta respuesta probablemente no la suministre.

Los testigos a menudo responden evasivamente durante la repregunta. Quizá proceden así con el propósito de evitar la respuesta a la cual consideran perjudicial para sus intereses. O tal vez quedan atrapados en el calor del juicio, y se enredan en una riña verbal. Sea cual fuere la razón, uno tiene derecho a insistir, en un estilo profesional, solicitando respuestas razonables. Mas aún, un juzgador puede rechazar la declaración de un testigo que en repetidas ocasiones se muestra evasivo. Más abajo ofrecemos algunas técnicas para insistir en una respuesta, al

mismo tiempo que se subraya el carácter evasivo de una respuesta.

a. Repetir la pregunta

P: Entonces, el oso fue a la montaña, ¿no es así?

R: Ese oso siempre estaba soltándose.

P: Por favor, responda a mi pregunta. Entonces, el oso fue a la montaña, ¿no es así?

Como alternativa, en lugar de repetir personalmente una pregunta, tal vez uno desee que el cronista de la corte la relea. En ese caso, solicite al juez que ordene al cronista judicial que relea la pregunta.

b. "Yo no lo pregunté... ¿yo le pregunté?"

Una variación de la primera técnica quizá subraye más la respuesta evasiva. Se desarrolla del siguiente modo:

P: Entonces, el oso fue a la montaña, ¿es así?

R: Ese oso siempre estaba soltándose.

P: No le pregunté si el oso siempre estaba soltándose.

Le pregunté si el oso después fue a la montaña.

c. No estamos cuestionando su comportamiento

Es posible que los testigos traten de justificar sus actos preguntando cómo se habría comportado usted en la misma situación. Uno puede destacar sutilmente que si ellos desean formular las preguntas, primero tendrán que ir a la facultad de derecho:

P: Usted saltó sin mirar, ¿no es verdad?

R: ¿Qué habría hecho usted en esa situación?

P: Lo que yo habría hecho no es la cuestión, y yo no estoy declarando bajo juramento. Usted saltó sin mirar, ¿no es así?

En la emoción de una situación en que el testigo "nos desafia" a exhibir un comportamiento más adecuado, uno puede sentir el ansia casi irresistible de contestar: "Me alegro de que lo haya preguntado. Yo habría..." Pero como usted no es el testigo, más vale que reserve esas respuestas para la negociación o el alegato final.

d. *Pida al juez que ordene al testigo que conteste*

Cuando un testigo se muestra evasivo en más de una ocasión, uno puede pedir al juez que ordene al testigo que conteste. En presencia de un jurado, esta orden puede parecer una forma de unir al juez con nuestro cliente. Uno debe simplemente pedir al juez que imparia la orden, en lugar de lanzarse a un examen oral de la ley acerca del perjuicio infligido por los testigos evasivos:

P: ¿No es cierto que cuando un árbol cae en una selva desierta origina un ruido?

R: ¿Qué tamaño tiene el árbol?

P: Su Señoría, por favor ordene al testigo que responda a la pregunta.

Algunos jueces quizá permitan que el abogado instruya personalmente al testigo en relación con la pregunta. Sin embargo, a menos que un juez nos autorice explícitamente a proceder así, es necesario que formulemos los pedidos por intermedio del magistrado.

e. *"No recuerdo"*

La presunta incapacidad del testigo cuando debe recordar información puede ser un inconveniente de muy difícil superación. Consideremos este diálogo:

P: Entonces, la gallina cruzó la calle, ¿verdad?

R: No recuerdo.

La respuesta "no recuerdo" en general impide que uno recuse al testigo con una declaración precedente. Como alternativa, uno puede contemplar la posibilidad de refrescar la memo-

ria del testigo. Fuera de esa posibilidad, uno puede señalar al juzgador que la respuesta del testigo es una falla total de la memoria, más que el equivalente de una negación:

P: Entonces, la gallina cruzó la calle, ¿no es verdad?

R: No recuerdo.

P: Como usted no recuerda, entiendo que usted no niega la posibilidad de que la gallina haya cruzado la calle.

R: Posiblemente. Como dije antes, sencillamente no recuerdo.

Por supuesto, la respuesta del testigo no constituye la respuesta afirmativa en relación con el cruce de la calle. Pero el diálogo en efecto aclara que este testigo no puede refutar el hecho, si otro testigo declara en ese sentido. Un enfoque un tanto distinto del interrogatorio adopta esta forma:

P: La gallina cruzó la calle, ¿no es verdad?

R: No recuerdo.

P: Como usted no recuerda, entiendo que no refuta la declaración de Hillary en el sentido de que la gallina en efecto cruzó la calle.

Algunos jueces consideran que esta pregunta tiene carácter argumentativo, o si Hillary aún no declaró, que la pregunta supone hechos que no están asentados.

f. *"Puede" y "podría"*

"Puede" y "podría" son dos clásicas palabras ambiguas que quizá nos induzcan engañosamente a creer que un testigo ha suministrado una respuesta afirmativa. Consideremos este diálogo:

P: La gallina llegó al lado opuesto, ¿no es así?

R: Puede haber llegado.

La respuesta no es una negación ni una afirmación positiva. Por lo tanto, insista en mejorarla:

P: Coronel Campbell, ¿no es cierto que la gallina llegó al otro lado?

R: Sí, creo que sí.

P: No quiero que usted crea, sino que responda a mi pregunta. La gallina llegó al otro lado, ¿verdad?

R: Sí, sí, así es.

3. Respuesta a las explicaciones

Por mucho que uno formule la pregunta más sugestiva que el mundo haya conocido jamás, los testigos a veces tratan de explicar sus propias respuestas. Consideremos los siguientes intentos explicativos posibles:

P: Usted nunca lo vio sosteniendo el arma, ¿verdad?

R número 1: ¿Puedo explicarme?

R número 2: Así es, pero vi el arma en el suelo, a metros de treinta centímetros de su persona, después de escuchar el disparo.

En el caso típico, uno desea impedir una explicación como la que aparece en la respuesta número 2. No importa que la información haya sido suministrada en las repreguntas. La pregunta es nuestra oportunidad de obtener evidencia, y en todo caso una explicación puede distraer la atención del juzgador de los puntos específicos que uno intenta demostrar.

Así, después de la repuesta número 1, uno puede decir al testigo: "Por favor, límitese a responder a la pregunta. Si se requiere una explicación, su abogado tendrá oportunidad de formularle preguntas suplementarias". Uno tiene dos opciones con respecto a la respuesta número 2. Puede tratar de interrumpir al testigo después de las palabras "así es", con una afirmación como "gracias, usted ya contestó a mi pregunta". Si uno no tiene oportunidad de interrumpir, puede proponer que se anule la declaración después de las palabras "así es", y pedir al juez que ordene al testigo que limite sus respuestas a las preguntas que usted formula.

Previendo una explicación, los abogados a veces formulan antes de una pregunta indicaciones como "Por favor, límitese a responder por sí o por no a esta pregunta". Pero el abogado no tiene autoridad para indicar a los testigos cómo deben contestar. Algunos jueces consideran que tal indicación es un intento de intimidar al testigo. Por lo tanto, evite impartir dichas instrucciones, y contemple la posibilidad de oponerse cuando el abogado de la parte contraria formula una declaración de ese tipo. Sin embargo, uno puede tratar de impedir una explicación utilizando un método más amable y gentil. Uno puede preguntar: "Si estuviese en condiciones de contestar por sí o por no a mi pregunta siguiente, ¿adoptaría ese criterio?" Como pregunta, no como exigencia, generalmente se permite esa formulación.

Es típico que los esfuerzos del abogado por impedir o anular las explicaciones tengan diferentes grados de éxito. Algunos jueces apoyarán los esfuerzos del abogado, con el argumento de que uno tiene derecho a reclamar el testimonio según el modo y el orden que uno mismo elija, y que es propio dejar a cargo del oponente la tarea de obtener la explicación en la repregunta. Pero otros jueces pueden mostrarse poco dispuestos a obligar al testigo a contestar por "sí" o por "no", sobre todo cuando un testigo afirma que ninguna de las respuestas sería del todo exacta.

Las explicaciones no siempre son perjudiciales. Por ejemplo, un testigo que explica constantemente las respuestas puede parecer esquivo o francamente partidista. Más aún, cuando un testigo propone una explicación en el intento de evitar la recusación, la explicación puede reforzar la recusación. Por ejemplo, consideremos esta explicación que sigue a una recusación por una declaración inconsecuente previa:

P: Ahora bien, usted declaró en el interrogatorio directo que el ladrón tenía una cicatriz, ¿verdad?

R: Sí.

P: ¿Recuerda haber hablado con el agente Fox, poco antes del robo?

R: Sí.

P: ¿Y el agente Fox le formuló algunas preguntas acerca del robo?

R: Así es.

P: ¿Y le pidió una descripción del ladrón?

R: Sí.

P: Usted deseaba ofrecer una descripción lo más exacta que fuese posible, ¿verdad?

R: Por supuesto.

P: Y su recuerdo del robo era más vivo cuando habló con el agente Fox que lo que es ahora, ¿verdad?

R: Supongo que sí. (Remítase a la sección 2(f), más arriba).

P: ¿No dijo al agente Fox que el ladrón no tenía señales particulares?

R: Sí, pero usted tiene que comprender que yo estaba realmente nervioso cuando hablé con el agente.

P: Eso es comprensible, pero su nerviosismo no le impidió decir al agente que el ladrón tenía una estatura aproximada de un metro ochenta, ¿no es así?

R: No.

P: Y todavía sostiene lo mismo, ¿verdad?

R: Sí.

(Preguntas relacionadas con otras afirmaciones precisas formuladas al agente).

P: ¿Pero su nerviosismo le impidió recordar que el ladrón tenía una cicatriz?

R: Sí.

Las preguntas sugieren que la explicación no es plausible. Si bien los testigos no siempre cooperan proponiendo explicaciones inverosímiles, uno puede pensarlo por lo menos dos veces antes de pedir automáticamente la anulación de todas las explicaciones.

G. LA PROTECCION DE NUESTRO PROPIO TESTIGO DURANTE LA REPREGUNTA

Intencionalmente o por exceso de celo, el abogado de la parte contraria a veces puede abusar del privilegio de formular preguntas sugestivas a través de diferentes tácticas injustas. En tales ocasiones, en general uno debe asumir la carga de proteger al testigo, en lugar de dejar a cargo del testigo la tarea de defenderse de las tácticas injustas. Las tácticas que uno afronta con frecuencia son éstas:

1. Preguntas argumentativas (preguntas que sugieren la respuesta)

En su forma típica una pregunta argumentativa es la que, en lugar de buscar la evidencia, trata de obligar al testigo a caracterizar su propia declaración. Veamos algunos ejemplos:

1. "¿Cuál es la verdad... lo que usted dijo a su vecino o lo que declaró en el interrogatorio directo?"

2. "¿Usted espera realmente que creamos eso?"

Por supuesto, una pregunta argumentativa en un contexto puede ser apropiada en otro. Es necesario que los jueces muestren discreción cuando dictaminan acerca de una objeción en el sentido de que cierta pregunta tiene carácter argumentativo.

2. Preguntas múltiples

Un abogado puede formular una pregunta antes de que un testigo haya tenido oportunidad de responder cabalmente a una pregunta anterior. Consideremos este diálogo:

P: ¿Y usted qué hizo entonces?

R: Salí de casa, y vi...

P: ¿Vio a Goodman en ese momento?

Aquí, el abogado interrumpe al testigo en mitad de la frase. La táctica, especialmente cuando se la repite, puede confundir al testigo, y determinar que el testigo que está intentando responder a una pregunta parezca esquivo. Opóngase, con el argu-

mento de que el testigo no tuvo oportunidad de completar su respuesta.

3. Interrogatorio muy veloz

El interrogatorio rápido es una variante del método de las preguntas múltiples. Un adversario puede disparar una nueva pregunta al primer indicio de que el testigo respondió a la precedente. Así como escuchar el fragmento "el vuelo del abejorro" puede conseguir que un comensal lento coma más de prisa, también las preguntas disparadas rápidamente pueden inducir a un testigo a responder más rápidamente que lo que haría en otras condiciones. El testigo puede desconcertarse y cometer errores por descuido. Por lo menos, el ritmo rápido (unido a las preguntas sugestivas) puede determinar que para el testigo sea más difícil agregar una salvedad necesaria a una respuesta. Asimismo, las respuestas rápidas pueden eliminar la oportunidad de oponerse a las preguntas.

Esta táctica no es lo que la Constitución sugiere cuando habla de un "juicio rápido". Uno puede aconsejar a los testigos, antes de que asciendan al estrado, acerca de la conveniencia de detenerse en el momento previo a la formulación de la respuesta. Además, uno puede oponerse con distintos argumentos, incluyendo el carácter argumentativo, la técnica que consiste en azuzar al testigo o en impedirle que complete una respuesta, y/o señalando que la táctica del abogado es evitar que dispongamos de tiempo suficiente para objetar.

4. Citar erróneamente a un testigo

Mencionar el testimonio precedente como introducción a una pregunta es una técnica útil. Cuando nuestro adversario procede así, conviene que verifiquemos qué cita exactamente el testimonio. Por ejemplo, supongamos que en el interrogatorio directo un testigo declaró: "Estuve mirándolo por la ventana abierta por lo menos cinco segundos". En la repregunta, el adversario formula esta pregunta:

P: Veamos, cuando usted consiguió mirarlo bien, usted quizá...

El abogado ha caracterizado la declaración precedente. "Mirar cinco segundos a través de una ventana abierta" puede o no ser "mirar bien" según el punto de vista de cada uno. Proteja tanto el registro como al testigo oponiéndose a que la pregunta cite falsamente las palabras del testigo.

CAPITULO V

ALEGATO FINAL

A. CONSIDERACIONES GENERALES

1. La mística del alegato final

El alegato final cede poco ante la repregunta como vehículo de la mística. A juicio de muchos, el alegato final se asemeja a un juego de básquetbol profesional: todo representa el prejuicio de los últimos momentos, cuando se gana o se pierde el encuentro o el juicio. Sea cual fuere la evidencia, el abogado que puede despachar al juzgador a la sala de deliberaciones cuando en sus oídos todavía resuena el solloquio más vibrante y elocuente, obtendrá la victoria en el juicio.

La mística puede no carecer totalmente de fundamento. El principio de la "novedad" sugiere que el influjo del alegato final puede ser mayor que el efecto del interrogatorio directo o las repreguntas, pues ese alegato es nuestra última palabra. Pero es típico que este posible significado se vea compensado por otros factores. En primer lugar, aunque las reglas pretendan lo contrario, es típico que los juzgadores evalúen la evidencia a medida que se desarrolla. Por ejemplo, supongamos que un testigo declara en un caso de accidente de tránsito y afirma que el conductor de un vehículo llegaba tarde a una cita. En el caso típico, el juzgador no almacenará la información como una ardilla almacena nueces, y más bien combinará insintivamente la información acerca del "retraso para la cita" con otra evidencia, y formulará una hipótesis provisoria acerca de la velocidad que desarrollaba el conductor. Como este proceso de evaluación continúa a lo largo de un juicio, el juzgador generalmente ha pensado un poco en el asunto antes de que uno empiece a

hablar, y a menudo por lo menos ha llegado a una conclusión provisional.

Más aún, para evitar lo que los psicólogos denominan "disonancia cognitiva", la "disposición mental" creada por una decisión provisional puede inducir al juzgador a subestimar o desechar la información contradictoria. La disonancia cognitiva es un proceso conocido en virtud del cual evitamos la incomodidad psicológica desechando mediante la racionalización la evidencia que contraría nuestras creencias. El fumador que ignora los argumentos contrarios al consumo de tabaco procede así en parte para evitar la disonancia cognitiva. De manera semejante, el juzgador que provisionalmente decidió que un conductor no estaba acelerando puede evitar la disonancia cognitiva desechando mediante la racionalización el hecho de que el conductor estaba llegando tarde a una cita. El juzgador puede descreer de la evidencia, o descubrir que el conductor no estaba tan retrasado que necesitara acelerar.

La "disposición mental" y la disonancia cognitiva se combinan para atenuar el posible impacto del alegato final. Además, la investigación indica que los jurados tienden a analizar la evidencia cuando deliberan, en lugar de dedicarse a los argumentos de los abogados. Sin duda, la argumentación que el abogado formula puede producir cierto efecto en un juzgador, pero si uno se basa en la hipótesis y las invocaciones emocionales para superar las opiniones provisionales desfavorables, con mucha frecuencia se decepcionará.

2. Objetivos del alegato final

El principal objetivo del alegato final es convencer al juzgador de que nuestras proposiciones fácticas son exactas. Como un juzgador generalmente desea sentir que una decisión no sólo es legalmente válida, sino moralmente justa, una meta afín y concurrente del alegato final es formular razones en el sentido de que la exactitud de nuestras proposiciones fácticas concuerda con las consideraciones de la justicia.

Con respecto al primer objetivo, nuestro argumento debe ser una continuación de los mismos temas que uno intenta destacar en el curso de un juicio. Algunas autoridades incluso aconsejan que uno comience a planear el alegato final apenas alguien entra por la puerta del estudio. Tal vez eso implique anticiparse

un poco; ¿por qué necesitamos planear la argumentación en beneficio de alguien que quizá viene a vender libros de derecho? Pero como lo sugiere la imagen, lo que uno planea argumentar depende esencialmente de la evidencia que obtiene, y no a la inversa. Uno para crear una disposición mental favorable.

Por ejemplo, supongamos que uno representa al demandado en un problema por despido impropio. Al afirmar que el demandante fue despedido con causa justificada, una de las proposiciones fácticas que uno intenta demostrar es que se lo despidió porque formuló comentarios despectivos acerca de la mercancía de la empresa en presencia de clientes minoristas. Por lo tanto, uno obtendrá el testimonio directo (acerca de los comentarios despectivos) de los testigos de la demandada y preguntará acerca del mismo asunto a los testigos del demandante. Por lo tanto, antes de hacer lo mismo durante la argumentación, el eje de la evidencia consistirá en declarar ante el juzgador que uno sostiene que el demandante fue despedido por haber formulado comentarios despectivos.

Si a diferencia de lo que sucede conmigo, usted es una persona aficionada a los deportes, reconocerá que el alegato final se asemeja a los planes de juego trazados por los entrenadores de fútbol. Un plan de juego determina las maniobras del equipo. Después del encuentro, el entrenador puede analizar el plan, pero en general el plan es evidente en el juego mismo. De manera análoga, nuestra argumentación es el plan de juego, y uno abriga la esperanza de que el juzgador lo comprenda a medida que se desarrolla el testimonio. Uno incluso tiene dos ventajas comparado con un entrenador de fútbol. En el curso de la argumentación uno puede revelar explícitamente su plan de juego antes de que se resuelvan las cuestiones. Además, no necesita usar suéters de aspecto cómico.

En la persecución de la segunda meta, uno argumenta que su posición legal concuerda con los conceptos de justicia y moral. Por ejemplo, si uno representa al demandante en un juicio por injurias, puede arguir que la indemnización reclamada por angustia emocional o muerte dolosa desde el punto de vista legal se justifica sobradamente, que son moralmente necesarias para impedir que el demandado perjudique a otros sin recibir su castigo. O bien, si uno representa a un demandado cuyo libreto llevado a una pantalla no ha respetado los derechos de autor de

un tercero, puede arguir no sólo que las obras son demasiado diferentes y no permiten formular el reclamo, sino también que el público se vería privado de un conjunto de ideas creadoras si todas las semejanzas observadas en los relatos constituyesen delito. Al representar a un acusado a quien se atribuyen violaciones de las leyes acerca de los bonos y los valores, uno puede arguir que no sólo la conducta del acusado no implicó maniobras dolosas, sino que él practica el tipo de supervisión contable que debería reclamarse a todos los corredores de bolsa.

Tales argumentos no invitan al juzgador a ignorar las leyes. En cambio, explican por qué un veredicto favorable es equitativo y justo. Sin duda, la parte de un argumento referida a la "promoción de la justicia" debe estar vinculada con la evidencia. Pero es una fase del argumento en que uno puede utilizar una o dos maniobras oratorias, si así le place.

3. Limite la argumentación al registro

Escribir "hechos ajenos al registro" es impropio. Una formulación errónea puede consistir en una afirmación completamente desprovista de apoyo en la evidencia: "¿Qué? ¿La inquilina no confesó que había asesinado a tres con un hacha al mismo tiempo que se abstenía de pagar el alquiler? Retiro esa formulación". Una formulación errónea de esta magnitud puede determinar la anulación del juicio. Pero en general la formulación errónea es más sutil. Por ejemplo, uno puede afirmar la verdad de una formulación extrajudicial que fue aceptada sólo si no se la usaba como testimonio recogido de oídas. Cuando la declaración de un testigo difiere en cierto modo de lo que uno esperaba que él dijese, uno puede referirse erróneamente a lo que creyó que debía ser el testimonio.

A menudo, una formulación errónea consiste en extraer una inferencia infundada de la evidencia circunstancial. Por ejemplo, supongamos que a partir de la evidencia de que Carrie llegó tarde a una reunión uno pide al juzgador que infiera que la reunión fue decisiva. Esa inferencia probablemente no se justifica. Uno puede pedir al juzgador que infiera que Carrie tenía prisa, al pensar en la reunión, o que estaba presionada. Pero la experiencia no apoya una relación entre llegar tarde a una reunión y que ésta sea importante. Por lo tanto, la inferencia carece

de justificación, y afirmarla equivale a afirmar un hecho fuera del registro.

Si se apoya la objeción de que uno formuló erróneamente lo actuado, podemos disculparnos, asegurar al juzgador que uno trata de ser preciso, y recordarle que en todo caso él es el juez definitivo de la evidencia.

Si nuestro adversario cita erróneamente el registro, nuestra respuesta puede depender de que uno tenga o no la oportunidad de replicar. Si uno no dispondrá de otra oportunidad para argumentar, objetar es el único modo de corregir el registro. Más aún, al combinarse con nuestra objeción un recordatorio del verdadero estado del registro, uno puede aprovechar una formulación errónea para exponer un breve miniargumento. Por ejemplo, uno puede objetar del siguiente modo:

"Objeción, Su Señoría. No hubo evidencia en el sentido de que Jack acompañase a Jill al ascender la montaña. El testigo declaró solamente que ambos escalaron la montaña. El abogado de la parte contraria nunca preguntó si lo hicieron simultáneamente. Además Hansel, amigo de ambos, declaró que Jack salió de la casa por lo menos veinte minutos antes que Jill, de modo que es probable que no escalaran juntos la montaña. Solicito que se instruya al jurado en el sentido de que ignore esa observación."

Si el abogado tendrá otra oportunidad de argumentar, puede contemplar la posibilidad de desechar la objeción. Si la formulación errónea es bastante importante o está repetida, el abogado puede desarrollar una argumentación de acuerdo con estos lineamientos: "El abogado de la parte contraria desarrolló una espléndida argumentación. Lástima que no se basara en la evidencia de este caso". Asimismo, muchos jueces interpretan laxamente la norma que impide esgrimir hechos que no están en el registro, con el argumento de que cierto exceso de celo es comprensible y que, de todos modos, "es nada más que un argumento". Por lo tanto, al desechar una objeción, uno se protege contra los jurados que razonan que, como el juez desechó nuestra objeción, la afirmación del oponente debe haber sido exacta. La inquietud contraria es que la falta de objeción puede implicar que se renuncia a plantear el asunto en apelación.

Quando se considera la posibilidad de que el argumento se encuentre "fuera del registro", recuerde que usted puede referirse a la información extraída de la experiencia cotidiana que no fue materia de testimonio. Por ejemplo, si un testigo ha declarado que él no salió de su casa porque temía ser víctima de un delito, usted puede destacar que "el índice cada vez más alto de delitos ha determinado que mucha gente tema salir sola de noche". Los juicios se alargarían demasiado y serían muy costosos si cada afirmación general formulada durante la argumentación debiera apoyarse en la evidencia. Por otra parte, cuanto más específico es un argumento, más probable es que resulte impropio a menos que se apoye en la evidencia contenida en el registro. Por ejemplo, si uno hubiese arguido, sobre la base de su conocimiento personal de un estudio reciente, que "el índice de delitos en este vecindario ha aumentado el 23% los últimos tres años", su argumento probablemente habría sido impropio.

4. Exageración

La "exageración" es una técnica de venta en virtud de la cual un anunciador formula afirmaciones generalizadas y exageradas acerca de un producto. En parte se tolera esta técnica a partir de la teoría de que pocos crearán seriamente que "el uso de nuestro zapato de yeso consigue que usted sienta que está flotando en el aire". Un juicio no es una empresa comercial, y la exageración suele ser menos eficaz como promotora de inferencias que como promotora de zapatos de yeso. Dentro de ciertos límites, uno puede exagerar durante el alegato final. Por ejemplo, el abogado puede afirmar que "la credibilidad de Nelson está por encima de toda sospecha", incluso si el adversario orientó la parte principal de su crítica basada en evidencia contra la credibilidad de Nelson. Se tolera la exageración porque un exceso ocasional de celo es comprensible y porque la línea divisoria entre las inferencias propias y las impropias a menudo es muy clara. Más aún, los juzgadores suelen tener experiencia suficiente para reconocer la exageración y no permitir que los induzca a error.

Pero advierta que un juzgador puede tomar en serio la exageración que usted formuló. En el ejemplo mencionado más arriba, un juzgador que tenía ciertas dudas acerca de la credibi-

lidad de Nelson pudo dictaminar contra nuestra posición, por lo que el argumento que esgrimimos vinculó implícitamente un dictamen en nuestro favor con la observación de que la credibilidad de Nelson estaba por encima de todo reproche. Comparemos la exagerada insistencia en que una persona razonable no puede dudar de Nelson con este argumento:

"Por supuesto, Nelson desea que su cónyuge tenga éxito en este juicio. Eso es comprensible. Ustedes considerarían que él es una persona extraña si afirmase lo contrario. Pero esa actitud no afectó su testimonio. Recuerden que reconoció haber dejado sola a Jezabel en el patio. Allí no había nadie; si él hubiese estado inventando una historia, fácilmente podría haber dicho que estaba con Jezabel. Además..."

Este argumento sugiere que si bien el juzgador puede cuestionar la credibilidad de Nelson, su testimonio era veraz y sincero para un juzgador que se esfuerza por evaluar la evidencia, que la insistencia hiperbólica en la pureza del testigo.

La exageración puede cruzar la línea divisoria e ingresar en el terreno del argumento impropio, sobre todo en los argumentos que esgrimen los acusadores en los casos penales. Por ejemplo, la referencia de un fiscal a un acusado como "un animal salvaje, una bestia inmunda" probablemente cruza el límite y se interna en el área de la argumentación impropia.

Un argumento no tiene por qué ser una formulación "lisa y pulida". Aunque la mera exageración de épocas anteriores ha sido eliminada, el abogado puede mostrarse enfático, enérgico e incluso agresivo, según convenga a su estilo personal y a la naturaleza de un caso. Pero es típico el hecho de que uno debe apoyar los ataques con la evidencia para persuadir a un juzgador de que el caso que defiende consiste no sólo en energía sino también en sustancia.

5. Formulación de opiniones personales

Una norma aparentemente estable advierte que el abogado no debe aludir a sus creencias personales durante la argumenta-

ción. Pero esa norma general es inviable, pues cualquier argumento es, en cierto sentido, la opinión del abogado acerca del valor esencial de la evidencia. Por consiguiente, en general se permite que el abogado formule su creencia acerca del modo en que un juzgador debe resolver una cuestión, mientras su enunciado de la creencia esté unido directamente a la evidencia. Por ejemplo, supongamos que uno arguye del siguiente modo:

"Jack quiere hacernos creer que subió a la montaña para obtener una jarra de agua. Pero como lo declaró Jill, y como uno puede esperar, el pozo estaba al pie de la montaña. Creo que la evidencia de Jill demuestra que Jack subió a la montaña absolutamente con otra finalidad. Creo que esa finalidad será percibida claramente si uno considera el testimonio de Hansel..."

El argumento es adecuado; uno limitó la formulación de su propia creencia al estado de la evidencia. En general, si uno puede reemplazar mentalmente la frase "Yo creo..." por "Señalo que la evidencia demuestra...", el argumento está sólidamente basado en la evidencia.

En cambio, un enunciado de la creencia personal en general es impropio si presenta ante los ojos del juzgador la integridad personal o la credibilidad del abogado, o la de otro letrado. Por ejemplo, consideremos estos argumentos:

1. "En mis treinta y dos años de práctica jamás he representado a un cliente que que haya puesto tanto cuidado en corregir prontamente los errores cometidos en los despachos.
2. "Su defensa es absurda. Ni siquiera el propio abogado defensor cree en ella."
3. "Nunca repregunté a un testigo que dijese tantas mentiras como Derian".

Cada uno de estos argumentos pide al juzgador que formule un dictamen basado en parte en sus sentimientos acerca de la honestidad y la integridad del abogado. Si bien no hay reglas que puedan impedir que un juzgador extraiga inferencias basadas en el carácter, la conducta o la apariencia del abogado, no podemos pedir explícitamente al juzgador que proceda de ese modo. Por consiguiente, los tres argumentos mencionados más arriba son impropios.

6. Técnicas de comunicación

La capacidad persuasiva de un argumento es producto no sólo de lo que usted dice, sino del modo de decirlo. Recuerde a los oradores que lo impresionaron. Probablemente mantienen el contacto ocular, hablan extemporáneamente, varían el tono de voz, utilizan oraciones sencillas y palabras comunes, explican términos complejos, utilizan un poco de humor si tal cosa es adecuada, parecen confiar en ellos mismos, y utilizan otras técnicas análogas. (Vestir una toga e instalarse de pie sobre el déspota masacrado frente al Foro romano es otra técnica eficaz, pero no es fácil utilizarla). Uno no necesita recibir lecciones de teatro o ser un orador dotado para desarrollar una argumentación eficaz. Uno puede arreglarse bastante bien con las técnicas usuales de oratoria pública.

Entre esas técnicas una es hablar más lentamente que lo que uno podría hacer en la conversación cotidiana. En general, uno arguirá en presencia del juzgador separado del mismo por cierta distancia, y quizá con la ayuda de un micrófono. Ambos factores exigen que uno disminuya la velocidad de su expresión si quiere ser entendido y recordado. Más aún, si uno habla lentamente, tal vez no se sienta intimidado cuando hace una pausa para ordenar sus pensamientos.

Aunque en general uno no debe leer un argumento, de tanto en tanto puede remitirse a las notas. Ciertamente, referirse a las notas puede demostrar a un juzgador que uno está realizando referencias exactas y cuidadosas a la evidencia. Las notas pueden consistir en un boceto, quizá con citas exactas del testimonio decisivo y las instrucciones fundamentales destinadas al jurado.

B. LAS COSAS QUE DEBEN DECIRSE DURANTE LA ARGUMENTACION

El alegato final no incluye una contraparte al formato típicamente cronológico del interrogatorio directo, o al formato temático de las repreguntas. Porque el número de reglas que controlan el alegato final es más reducido que el de otras fases del juicio, la argumentación es esencialmente una cuestión de estilo personal. Las transcripciones del juicio, las recopilaciones

de argumentos y las visitas a la sala del tribunal son fuentes adecuadas para comprender el paisaje variado de los estilos argumentales.

Lo que uno dice y cómo lo dice en esencia es producto de la dinámica original de cada juicio. Piense en el alegato final como una cosa de la cual no existen planos. El siguiente análisis determina las habitaciones que pueden formar esta "casa". Pero qué habitaciones elige uno, y cómo las distribuye es, en definitiva, una cuestión del criterio que cada uno aplica. Pero un solo argumento probablemente no incluirá todas las "habitaciones", salvo el caso en que la carrera entera del abogado esté formada por este único caso.

1. Repaso de la evidencia

El repaso de la evidencia es una repetición de la misma sin argumentar explícitamente su credibilidad o su conexión con las proposiciones fácticas. Uno querrá revisar la evidencia cuando la historia es (a) compleja (por ejemplo, el testimonio cuando (dos días de testimonio distribuidos en ocho días de juicio a causa de las festividades anuales "Días Vasco de Gama"); (c) confusa (cronología incierta porque se distribuye sobre el interrogatorio directo y la pregunta de distintos testigos); o (d) el efecto emocional y moral.

La revisión de la evidencia puede parecer un tedioso esfuerzo "no adversativo" para fijar un concepto probatorio común con un juzgador. Sin embargo, consideremos una revisión de la evidencia a partir de la misma perspectiva que Lewellyn aplicó a la formulación de los hechos de las presentaciones en apelación: el modo como uno relata la historia puede impresionar al juzgador. Al elegir la evidencia que uno relatará y resaltar la prueba mediante técnicas como el énfasis vocal y la repetición, una revisión de la evidencia puede aportar al juzgador una intensa impresión de la justicia de la causa de nuestro cliente.

Un modo de revisar la evidencia es *relatar la historia completa*. Como sabemos, los relatos narrados suelen aportar elementos interesantes y significativos. Sin embargo, cuando nuestra historia general aparece fragmentada a través de diferentes

testigos, es posible que el juzgador no perciba "lo que sucedió realmente". Por lo tanto, uno puede mezclar la evidencia de todos sus testigos para formar una sola historia general. Este tipo de revisión puede ser útil cuando una historia abarca un lapso prolongado, o contiene elementos que pueden conducir a un juzgador a mostrar una reacción emocional favorable. Asimismo, uno se preocupa por la credibilidad de uno o dos testigos específicos, este método puede ayudarle a enfocar la atención del juzgador en la historia general, y no en los detalles de las historias individuales.

Uno puede relatar una historia general adoptando el siguiente formato:

"Comprendo que, a causa del modo en que los abogados a veces debemos presentar la evidencia ante el tribunal, es posible que usted no tenga total claridad acerca de lo que realmente sucedió. Como usted sabe, al 30 de junio la señora Jones estaba recibiendo ayuda federal para ella misma y para su hijo Jack. En esa fecha, le enviaron por error una carta, informando a la señora Jones que se le había suspendido la ayuda. Dominada por el pánico, ordenó a Jack que vendiese una vaca, el único valor que la familia poseía. Jack partió para cumplir la orden, pero en el camino se detuvo frente a un vivero. Sabemos que en cierto momento compró habas en esa tienda..."

Aunque es posible que la historia se base en el testimonio de la señora Jones, de Jack y el empleado del vivero, uno la relata como una sola historia general.

Un segundo método consiste en repetir la prueba *testigo por testigo*. Este método subraya los relatos de los testigos individuales en el bloque de una historia general del grupo. Uno puede usar este método cuando sus testigos gozan de elevada credibilidad, o cuando la tecnología tiene importancia secundaria. Por ejemplo, si la historia que uno narra en general se superpone con la del adversario, excepto unos pocos episodios, lo que los testigos individuales digan acerca de estos hechos puede ser mucho más importante que la historia general.

Una revisión testigo por testigo puede adoptar la siguiente forma:

"Permitaseme revisar brevemente la declaración de los testigos que declararon por el demandante. Fueron Sonny Boulevard, Max Avenue Y, Della Street y Rocky Road, cuyos nombres son todos sinónimos de muchas de las vías utilizadas por nuestra comunidad. Sonny declaró... Max asistió a la misma reunión, y dijo que... Della se reunió al día siguiente con el acusado. Describió ese encuentro diciéndonos que... Finalmente, Rocky el mayorista que es el principal proveedor del acusado nos dijo que..."

La corrección táctica de cualquier tipo de revisión de la evidencia depende de una serie de consideraciones. Una implica el alcance de la atención del juzgador. Quizá uno no desee someter una porción específica del argumento a la revisión de la evidencia si poco después se remitirá de nuevo a la misma, al agrupar la evidencia relacionada con los elementos jurídicos. Un segundo aspecto implica con cuánta amplitud uno revisa la prueba. Es evidente que necesita resumir, pero que debe hacerlo de tal modo que no permita que el adversario afirme que uno deformó la prueba. Un adversario puede afirmar que, si uno elige ignorar unos pocos detalles, y no incluye la información perjudicial que el adversario aportó en las repreguntas, está exponiendo una historia inexacta. (Por supuesto, la misma argumentación está a nuestro alcance si un oponente suministra un resumen incompleto.)

2. Analice los principios legales pertinentes

Todos los juicios engloban por lo menos dos conjuntos de principios legales. Un conjunto consiste en normas sustanciales, el otro está formado por reglas que orientan el proceso de dilucidación de los hechos. Las típicas reglas de procedimiento incluyen la carga de la prueba, los factores que gravitan sobre la credibilidad, y la evaluación de la evidencia circunstancial. Como la facultad de derecho sin duda le demostró, los procesos que usamos para resolver las disputas a menudo son por lo menos tan importantes como las normas que aplicamos a la resolución. Por lo tanto, nuestra discusión de las normas procesales a menudo no son menos explícitas que la discusión de las normas sustanciales. Más aún, si una norma de cualquiera de estos tipos probablemente es poco conocida por un juzgador, usted puede

explicarla en el idioma cotidiano. Después, puede agrupar la evidencia relacionada con una norma, lo cual es frecuentemente la función decisiva de un argumento.

Aunque el análisis de los principios legales a menudo es fundamental en los juicios por jurado, uno debe remitirse a ellos incluso en los juicios presididos por el juez. Uno puede pensar que los años de práctica, así como los informes previos al juicio y las discusiones orientadas hacia un arreglo, habrán familiarizado de tal modo a un juez con los principios jurídicos pertinentes que la repetición de los mismos amenaza someter a dura prueba la paciencia del juez. De todos modos, los jueces a menudo aprecian que se les recuerden las cuestiones controvertidas precisas. Incluso un juez que ha estado atendiendo casos penales durante treinta años no se molestará si el abogado defensor le recuerda que es necesario demostrar la culpabilidad del acusado fuera de toda duda razonable. Por supuesto, si el abogado se enfrasca en una disertación abstracta acerca del significado de una duda razonable, es posible que el juez reaccione negativamente.

En los juicios por jurado, uno basa una discusión de los principios legales en las instrucciones del jurado. En casi todas las jurisdicciones, en cierto momento anterior a la argumentación, el abogado y el juez se reúnen para decidir cuáles son las instrucciones que se impartirán al jurado. Sin embargo, no debemos basarnos en la formulación que hace el juez de esas instrucciones para orientar el razonamiento legal de los jurados. Durante la argumentación uno desea destacar las normas que cree más fundamentales para lograr que los jurados resuelvan las cuestiones en favor del caso que está defendiendo. En su forma típica, las instrucciones son enunciados de principios abstractos. En el alegato final, uno posee la oportunidad decisiva de reformular los principios abstractos en la forma de proposiciones fácticas, y de proponer explicaciones, en términos cotidianos de lo que significan las reglas. Por ejemplo, en un juicio referido a la venta de mercancías, uno puede analizar del siguiente modo una instrucción referida a los daños y perjuicios:

"El juez les explicará enseguida que el incumplimiento de la garantía por el acusado GlueAll provocó la pérdida sufrida por el señor Letvin, si ese incumplimiento fue un factor sustancial en la determinación de la pérdida. En términos concretos, debemos demostrar que el hecho de que

GlueAll equivocadamente llenase el tubo con crema helada y no con adhesivo, fue un factor fundamental que llevó al derrumbe del edificio del señor Lewin. La expresión 'factor fundamental' es decisiva. Significa que paralograr que ustedes otorguen daños y perjuicios al señor Lewin, no necesitamos demostrar que el error de GlueAll fue la causa única del derrumbe del edificio, o incluso que fue la causa más importante. Mientras el error de GlueAll fue una razón más portante del derrumbe, mientras haya sido más que una causa secundaria, más que un factor insustancial, la ley obliga a ustedes a conceder daños y perjuicios al señor Lewin".

Un jurado que escucha cómo el juez recita las instrucciones puede parecerse a una persona que nada sabe de arte y que in- ción, ni el jurado ni la persona ansiosa de cultura tal vez pueda decimos cuáles son las normas o los cuadros más importantes. Consideremos entonces que nuestro análisis de la ley es una suerte de guía oral acerca de las normas específicas en las cuales un jurado debe concentrar la atención durante las deliberaciones. Por ejemplo, aquí uno concentra la atención del juzgador en el elemento individual disputado en un caso de fraude:

"El juez les explicará los cinco elementos del fraude. Hemos demostrado la totalidad de los mismos. El acusado no ofreció ningún testimonio acerca de cuatro de dichos elementos. El acusado reconoció haber dicho que el cielo se desplomaba, que sabía que esa declaración era falsa, que formuló la declaración con la intención de engañar a mi cliente, el señor Little, y que el señor Little ha necesitado tratamiento psiquiátrico como resultado de haber escuchado esa declaración. Todos esos hechos son indudables. La única cuestión se refiere al quinto elemento, a saber, que el señor Little en efecto creyó en la declaración. La confianza razonable en la declaración es la única cuestión que el jurado necesita tener en cuenta al momento de deliberar. Cuando uno considera la evidencia, no cabe duda de que debe decidir el caso en favor del señor Little. En primer lugar, consideramos lo que significa 'confianza razonable' en la vida cotidiana."

Concentrar la atención de un juzgador en una cuestión legal discreta puede ser decisivo cuando uno quiere alejar al cliente de los aspectos emocionales de un caso. Por ejemplo, si pongamos que se acusa a su cliente de que ha incurrido en múltiples actos de abuso de menores. El alegato de "no culpable" sugeriría que el cliente es indiferente al abuso en perjuicio de los niños. Al concentrar la atención del juzgador en la cuestión de controversia limitada, uno puede salvar la distancia emocional entre el juzgador y el cliente:

"Ustedes escucharon el testimonio de los niños que fueron víctimas de actos brutales y repulsivos. Para mi cliente, ha sido por lo menos tan difícil y doloroso escuchar esto como seguramente lo fue para ustedes. De ningún modo minimizamos la severidad de las lesiones sufridas por los niños. Solamente formulamos una afirmación ante ustedes: a saber, que el señor Atla sencillamente no fue la persona responsable de esos actos terribles".

Tanto si uno es juez como si pertenece al jurado siempre debe dedicar un momento a examinar la carga de la prueba. Recordemos que los estudios realizados sugieren que no es probable que los juzgadores resuelvan las cuestiones fácticas de acuerdo con las probabilidades. Es decir, en general un juzgador no razonará así: "Hay un 60% de posibilidades de que él pueda identificar al ladrón, y eso deja en pie una duda razonable". Pero el argumento referido a la carga de la prueba puede recordar al juzgador las normas sociales, y en un caso con poco margen puede ser determinante. Otorga al juzgador que desea dictaminar en nuestro favor un conjunto de términos y un proceso de razonamiento que justificará su posición.

Con respecto a la carga de la prueba, recuerde que el conocimiento de los juicios en la mayoría de los jurados proviene de la televisión y el cine. En las obras dramáticas, los juicios generalmente implican acusaciones criminales. Por consiguiente, en representación del demandante y en el típico juicio civil por jurado, uno debe destacar que, a diferencia de los juicios penales, sólo se necesita demostrar la responsabilidad (no la culpa) mediante cierta preponderancia de la evidencia. Como el acusado en el mismo caso, uno debe subrayar que el demandante asume la carga de la prueba. Como fiscal en un caso pe-

nal, uno destaca el hecho de que debe superar sólo las dudas "razonables" no todos los vuelos de la fantasía concebidos por la mente. Y al representar al acusado, por supuesto uno subraya la pesada carga que corresponde a la acusación.

3. Agrupamiento de la evidencia

Reunir la evidencia es agrupar bajo el paraguas de un solo elemento (o proposición fáctica) toda la prueba que tiende a demostrarlo o a refutarlo. Quizá exactamente lo contrario de la narración, el agrupamiento de la evidencia extrae de distintos relatos los rubros específicos de la prueba correspondientes a un principio. Aunque uno puede realizar el interrogatorio directo y la repregunta de un modo que destaque las inferencias que uno desea que el juzgador extraiga, el argumento basado en el agrupamiento de la evidencia es generalmente la única oportunidad de organizar explícitamente la evidencia referida a proposiciones fácticas específicas.

Cualquier información presentada a la consideración de un juzgador puede ser el blanco de la argumentación basada en el agrupamiento de la evidencia. Con respecto a un elemento individual, uno puede referirse al testimonio de una de las partes o un testigo cualquiera, aportado por uno mismo o por un adversario. La evidencia que ha llegado por el camino de la estipulación, las pruebas materiales e incluso las observaciones del adversario durante la argumentación o la declaración inaugural, son fuentes adicionales de argumentos.

Por ejemplo, supongamos que usted está defendiendo a un empleador en un caso de despido sin causa, y afirma que un empleado administrativo (gerente de uno de los restaurantes de comidas rápidas de la empresa) fue despedido con causa justificada por recibir comisiones. El argumento basado en el agrupamiento de la evidencia puede adoptar la siguiente forma:

"Por consiguiente, la única cuestión que ustedes tienen que resolver es concreta: ¿Tenemos aquí evidencia en el sentido de que el señor McCarl aceptó pagos de la Aqueeduct Meat Co., a cambio de su promesa de comprar a la empresa Aqueeduct toda la carne servida en el restaurante? El juicio aportó sobradas pruebas en el sentido de que en efecto eso fue lo que hizo. Primero, está la evidencia sumi-

nistrada por Len Scap, el subgerente. El señor Scap declaró que cierto día, cuando el señor McCarl no estaba en el restaurante, un empleado de Aqueeduct entregó a Scap un sobre de papel madera y dijo: 'Esto es para McCarl. Dígame que corresponde a marzo...' Después, Anna Turney, que representa a Aqueeduct y fue la testigo del propio demandante, reconoció que Aqueeduct no ofrecía al restaurante mejores condiciones que lo que había sucedido con el anterior proveedor de carne... Tercero, observe de nuevo en la prueba C del acusado, la nota de puño y letra de McCarl pidiendo a Turney que 'resista un par de semanas, veré si puedo traer a otro gerente'. McCarl formuló algunas explicaciones acerca de los pedidos importantes, pero al mismo tiempo... Finalmente, recuerden que en su declaración inaugural la señorita King afirmó que ella demostraría por qué McCarl podía aumentar la eficiencia del restaurante cambiando a los proveedores de carne. ¿Ustedes escucharon siquiera un mínimo testimonio...?'

El lector tal vez compruebe que gravita naturalmente hacia la "narración de una historia" o hacia una forma argumental que implica el "agrupamiento de la evidencia". En abstracto, ninguna de estas formas es superior a la otra. Pero en un caso particular es posible que convenga la forma con la cual uno se siente menos cómodo, o incluso sean viables ambas formas de argumentación. Así, considere siempre las dos, de modo que la decisión se base en el criterio profesional, no en un acto reflejo.

4. Obtención de inferencias

Una de las funciones más importantes de la argumentación consiste en persuadir al juzgador de la conveniencia de extraer inferencias favorables para relacionar la evidencia con los elementos jurídicos. Ciertamente, una característica principal que distingue la argumentación de la declaración inaugural es nuestra capacidad para extraer inferencias durante la argumentación.

Como el lector recordará del Capítulo II la evidencia circunstancial no demuestra nada, excepto por vía de inferencia. Por ejemplo, que un acusado huya de la escena de un delito violento tiende a demostrar la culpa sólo si uno infiere, entre

otras cosas, que "Las personas culpables tienen más probabilidades de huir de la escena de un crimen violento que las personas que no son culpables."

Aunque uno puede organizar el testimonio de tal modo que induzca al juzgador a extraer inferencia favorable a medida que se desarrolla el testimonio, sólo durante la argumentación de la "fuga" mencionada más arriba, supongamos que en su condición de acusador usted está interrogando a un testigo que escuchó un disparo y vio al acusado huir alejándose del estacionamiento. Con la esperanza de que el juzgador extraiga una inferencia de culpabilidad a partir de la evidencia representada por la huida, uno continúa interrogando del siguiente modo:

P: ¿Cuánto tiempo transcurrió entre el momento en que usted oyó el disparo y el momento en que el acusado pasó a su lado?

R: No puede haber sido más que un par de segundos.

P: ¿Puede explicar con qué velocidad se desplazaba?

R: Bien, ciertamente no caminaba de prisa ni trotaba, ni nada por el estilo. Yo diría que estaba corriendo.

P: ¿Observó algo acerca del lugar hacia el cual miraba mientras corría?

R: Sí, un par de veces volvió la cabeza para mirar hacia atrás.

Pero, por muchas preguntas que usted formule, no puede decir al testigo: "¿Estaba huyendo porque fue la persona que disparó el tiro?" Y abandonado a sus propios procesos mentales, es posible que el juzgador no extraiga dicha inferencia. Por ejemplo, un juzgador puede inferir que la persona estaba huyendo para evitar que la alcantara una bala. Durante el desarrollo del argumento, como la inferencia de culpabilidad sería apropiada, uno puede pedir explícitamente al juzgador que la formule:

"Como usted recordará, Bess declaró que apenas un par de segundos después de escuchar el disparo, vio al acusado que, al huir, pasaba a su lado. El acusado no estaba

caminando ni trotando. De acuerdo con Bess estaba corriendo, y mientras corría volviendo la cabeza en dirección al disparo. Unida a la restante evidencia que ustedes escucharon, la que aporta Bess demuestra la culpabilidad más allá de toda duda razonable. ¿Quién tiene más probabilidades de huir de un tiroteo que la persona que disparó un tiro? ¿No es esa la primera idea de un criminal... 'huir'? Es-taba mirando alrededor para comprobar si alguien lo perseguía. La evidencia de Bess es la prueba clara que demuestra la culpabilidad".

A menudo, uno identifica las inferencias que desea que el juzgador extraiga como parte de un argumento basado en el agrupamiento de la evidencia. Remítimos al ejemplo del des-pido incausado, más arriba. Allí, usted observó que Len Scap recibió un sobre de papel madera de manos de un empleado de Aqueeduct, pero dejó a cargo del juzgador contemplar la posibilidad de que la evidencia se relacionara con el pago de comisiones. La formulación de inferencias destaca explícitamente la importancia de la evidencia, y puede inducir al juzgador a extraer precisamente aquéllas:

"... y declaró: 'Esto es para McCarl. Dígame que corresponde a marzo'. ¿No le parece que eso tiene el aspecto de una transacción comercial común? Podemos inferir que en el sobre había dinero. Tenemos un sobre de papel madera, sin marcas, y la declaración: 'esto corresponde a marzo'. No se trata de la típica transacción comercial. Podemos inferir que el dinero era una comisión. Como el restaurante compraba carne a Aqueeduct, cabe presumir que McCarl debía realizar pagos a Aqueeduct, y no a la inversa".

Los ejemplos mencionados más arriba describen un argumento inferencial que vincula un elemento o dos de evidencia (por ejemplo, "un sobre sin marcas y una declaración") con una proposición fáctica discreta (por ejemplo, "recibió comisiones"). La formulación de inferencias también nos permite formular una "teoría - más general - del caso". Una teoría general del caso postula inferencias basadas en distintos elementos de la evidencia, y los relaciona con una teoría jurídica completa, y no

sólo con una proposición fáctica. Por ejemplo, un argumento basado en la "teoría del caso" puede sugerir a un juzgador "lo que sucedió realmente" o "de qué modo la Amalgamated de pronto afrontó una súbita crisis del flujo de fondos". Mientras nuestras observaciones estén basadas en la evidencia, dicho argumento en general es adecuado. Consideremos el siguiente fragmento:

"La evidencia demuestra que McCarl cambió de compañía específicamente porque deseaba llegar a un contrato que le ofreciese la oportunidad de obtener un porcentaje de las ganancias. Pero la evidencia también demuestra que después de tres meses de operación, las utilidades netas provenientes del funcionamiento del restaurante estaban estancadas. Y entonces, durante el cuarto mes, un miembro de Aqeduct se acerca y dice: "Eh, ¿cómo van los negocios?" ¿Qué pasa por la mente de McCarl en este momento? No puede tratar de cambiar tan rápidamente de empleo, sobre todo cuando aún no ha conseguido nada con la nueva empresa. Percibe pocas posibilidades de mejorar las utilidades netas, sobre todo, como lo demostró también la evidencia, porque existía el proyecto de inaugurar en frente un restaurante competidor, dedicado también a las comidas rápidas. Seguramente se desesperó, y consideró que el ofrecimiento de Aqeduct era su última esperanza. Probablemente imaginó que no podía perder. Si todo salía bien, obtendría un pequeño suplemento de Aqeduct todos los meses. Si se llegaba a descubrir el asunto, afirmaría que había sido despedido injustamente, y trataría de obtener mediante un juicio lo que no podía recibir legalmente."

Esta argumentación incorpora varios elementos de la evidencia para estructurar una teoría que organiza la motivación de McCarl. Aunque es posible que no exista ninguna evidencia acerca del auténtico estado mental de McCarl, las inferencias están suficientemente afirmadas en la evidencia como para que las consideremos apropiadas.

Sin embargo, la línea que separa las inferencias adecuadas de las impropias puede ser muy delgada. Por ejemplo, qué habría sucedido si en el argumento reseñado más arriba el abo-

gado decía: "¿Para qué necesitaba McCarl ese dinero extra? ¿Un nuevo automóvil deportivo? ¿La compra ilegal de drogas?" Si suponemos que no hay pruebas acerca de ninguna de las dos cosas, la sugerencia referida a las drogas es ofensiva, y sin duda impropia. Muchos jueces también considerarán que la sugerencia acerca del auto deportivo es una conjetura impropia, la cual quizá depende de que se trate de un juicio presidido por un juez o de un juicio por jurado. Los jueces tienden a tolerar más amplias formulaciones teóricas ante el estrado que en los juicios por jurado. Otros jueces, utilizando la justificación racional que dice que "es sólo un argumento", tienden a confiar en las calidades de los jurados para identificar la conjetura, y pueden permitir el comentario acerca del automóvil incluso en un juicio por jurado.

5. Desarrollo a partir del proceso de razonamiento

En esencia, uno trata de imponer las conclusiones a un juzgador. Por ejemplo, uno pide al juzgador que crea en un testigo cierto resultado. Sin embargo, usted también puede identificar el *proceso* al que desea que se atenga el juzgador para llegar a esas conclusiones. Por consiguiente, usted indica al juzgador lo que debe decidir, y cómo llegar a la decisión.

Por ejemplo, usted puede atenerse al proceso mediante el cual un juzgador puede usar la experiencia cotidiana para evaluar la historia de un testigo. Suponga que usted desea que un juzgador descrea de George, basado en el comportamiento de George mientras declara. Usted puede arguir:

"Al evaluar la evidencia de George, piense en el comportamiento de las personas cuando se muestran francas y sinceras con usted. Lo miran a los ojos, y hablan con seguridad y claramente. Usted puede evaluar la sinceridad de la vida cotidiana. Aquí, George no acepta mirarme a los ojos, o hacer lo propio con mi cliente o con usted, y vaciló constantemente mientras declaraba. Usted no debe creer en su testimonio."

Asimismo, si usted arguye que la historia de un testigo no es plausible, puede ilustrar del siguiente modo ese proceso de razonamiento:

"El señor Wolfe declaró que si bien se agitó y jadeó durante más de una hora, no estaba cansado. No podemos creer en ese testimonio. Un modo de decidir si lo que alararlo nos está diciendo es la verdad, consiste en compararlo con nuestras propias experiencias, y con lo que uno sabe acerca de la gente. Por ejemplo, si alguien le dijo que perdió 1,000 dólares en una carrera de caballos, pero que no se sintió decepcionado, usted probablemente no creerá en la palabra de esa persona. Lo mismo se aplica a la historia del señor Wolfe. Sabemos que después de una hora de agitarse y jadedear una persona está fatigada. Juzgue la historia del señor Wolfe de acuerdo con su propia experiencia, y comprobará que es inverosímil".

Observe que el segundo ejemplo ilustra la inverosimilitud mediante una analogía; la pérdida de dinero en una carrera de caballos. Las analogías conocidas a menudo determinan que un argumento sea más persuasivo. Cuando usted ilustra el proceso de razonamiento con una analogía, no es necesario que ésta se encuentre atada a los hechos del caso. Por ejemplo, la analogía de la carrera de caballos no tiene nada que ver con la historia de Wolfe. Por lo tanto, uno puede preparar ejemplos "usuales" a los que atribuye especial eficacia. Si la analogía de la carrera de caballos no hace nada por usted, conciba otra mejor, y úsela siempre que pida a un juzgador que descrea de un relato inverosímil. Por supuesto, evite usar nuevamente una analogía en presencia del mismo juzgador; es desalentador que después del juicio el juzgador nos recuerde que uno "esta vez omitió una palabra en la analogía de la cucaracha".

6. Refutación al adversario

Es típico que un argumento eficaz nos lleve a enredarnos en dura lucha con la posición del adversario. Incluso si nuestra investigación formal se ha limitado a tratar de determinar cuál es el niño que está diciendo la verdad cuando ambos afirman "él

me castigó primero", uno comprende que resolver las controversias fáciles puede ser difícil. Por lo tanto, un enfoque persuasivo es argumentar no sólo que uno debe vencer, sino también que el adversario no debe imponerse.

Por ejemplo, supongamos que usted representa al demandante en un juicio por lesiones personales. El acusado declaró: "Unos pocos momentos antes de la colisión, vi que en la esquina suroeste había tres niños que esperaban para cruzar la calle. El abogado defensor sostiene que la declaración confirma una intención en el sentido de que el acusado conocía muy bien cuáles eran las condiciones del manejo, y por consiguiente es probable que haya prestado mucha atención al tránsito, y por lo tanto no manjase con negligencia. Uno puede refutar mediante:

a. *La denegación.* Uno puede arguir que el juzgador no debe creer que el acusado vio a tres niños, porque, por ejemplo, otros detalles, el acusado había formulado previamente declaraciones contradictorias, etcétera.

b. *La aceptación de la evidencia, pero extrayendo una inferencia distinta.* Uno reconoce que el acusado advirtió la presencia de tres niños, pero arguye que la evidencia demuestra, por ejemplo, que el acusado no estaba prestando mucha atención al tránsito en la calle porque había fijado la atención en los niños, y por lo tanto exhibió una actitud negligente.

Cuando el adversario arguye antes que nosotros, podemos refutar los argumentos que el adversario formula realmente. Pero cuando uno arguye primero, es posible que se vea obligado a presentar una argumentación "de dos facetas". Es decir, uno debe formular primero el argumento que el adversario probablemente esgrimirá, y después refutarlo. En el contexto del ejemplo mencionado más arriba, nuestro argumento de dos caras puede adoptar la siguiente forma:

"Ahora bien, en un esfuerzo por convencer a ustedes de que él estaba manejando con cuidado, el acusado probablemente señalará que él vio a tres niños de pie en la esquina. Pero no importa lo que ustedes puedan pensar de esa evidencia, no es prueba de manejo cuidadoso. Sugiero en primer término que la evidencia desafía la credulidad. El acusado también declaró que no podía recordar en qué momento la luz que tenía enfrente viró al verde; pero afir-

ma recordar a tres niños al costado de la calle. Segundo, si ustedes creen en ese testimonio, el mismo contribuye a demostrar nuestra afirmación de que el acusado se mostró negligente. En lugar de prestar atención al tránsito..."

Obsérvese que este argumento refuta mediante la negación y también extrayendo una inferencia contradictoria. Por consiguiente, ofrece al juzgador dos modos de manifestarse en favor de nuestro cliente.

En general, las declaraciones de un adversario durante las conferencias previas al juicio, así como el énfasis del testimonio indican cuáles son los argumentos que el adversario probablemente formulará. Sin embargo, uno desea ser cuidadoso, ante la posibilidad de elaborar argumentos convincentes en los que no habrían pensado ni el adversario ni el juzgador.

7. Argumentos en relación con la credibilidad

Como es típico que las partes aporten versiones fácticas competidoras en relación con los hechos, la argumentación que viene a apoyar y a atacar la credibilidad es usual. A esta altura del desarrollo seguramente ya estamos familiarizados con los factores que influyen sobre la credibilidad. Más abajo incluiremos algunos conceptos acerca del manejo de estos factores durante el desarrollo de la argumentación.

a. ¿Mentiroso, erróneo o desconfiable?

Durante una encantadora repregunta de Whittington, uno obtiene un testimonio en el sentido de que, si bien el testigo insiste en que el demandante cruzó con luz roja, el testigo es el cónyuge del acusado, formuló dos declaraciones anteriores in consecuentes, ha mencionado un hecho poco plausible, y no puede recordar muchos detalles del hecho. Pero, ¿cuál es nuestra "conclusión final" durante la argumentación? ¿El testigo está cometiendo perjurio, o sólo se equivoca? ¿O uno sencillamente argumentará que el testimonio no merece confianza, sin especificar la causa fundamental de ello? La línea de ataque que uno adopte puede ser decisiva. Así como los juzgadores pueden abolver antes que hallar al acusado culpable de un delito excesivamente severo, también pueden creer en un testigo en lugar de

aceptar nuestra argumentación en el sentido de que el testigo es un mentiroso. Por lo tanto, a menos que uno tenga suprema confianza en que un juzgador considera mentiroso a un testigo, generalmente se beneficia con un argumento menos agresivo que destaca que el testigo está equivocado, o que el testimonio es indigno de confianza: (después de señalar la evidencia mencionada más arriba) "Por lo tanto, uno no puede confiar en el testimonio de Whittington. Su incapacidad para recordar lo que sucedió antes de viajar a Manchester, y sus declaraciones contradictorias ante el agente de policía, determinan que su testimonio sea evidentemente no confiable. Con respecto a su afirmación de que la luz que el acusado tenía ante los ojos era verde, uno debe recordar que en su condición de esposo de la acusada, tiene una actitud naturalmente tendenciosa. Cuando tenemos cierta tendencia, recordamos las cosas como deseamos que sean, no como sucedieron realmente. Compárese el testimonio de Whittington con el de la señorita Stockport..."

Como el argumento está acuñado en términos de la falta de confianza y el error, permite que el juzgador descrea de Whittington sin obligarle a creer que mintió intencionalmente.

b. Los factores "emocionales"

Como nos sucede a todos, en el caso del juzgador la confianza en un testigo a menudo está influida por los sentimientos y los estereotipos. Por ejemplo, la apariencia personal de un testigo, su empleo, su situación económica o su sentido del humor pueden afectar la credibilidad del testigo. Sin embargo, como esos factores tienden a actuar en el nivel subconsciente, una argumentación explícita acerca de la credibilidad sobre la base de los mismos puede ser bastante embarazosa. Por ejemplo, es difícil sostener que "Uno debe creer en Bryan, pues estaba vestido impecablemente", o que "El sentido del humor de Edward es análogo al de John Candy, y por lo tanto no puede creerse en la palabra de Edward". (¡Quizá uno podría creer en este argumentador!) Tales argumentos incluso pueden conseguir que los juzgadores se sientan incómodos acerca de sus reacciones subjetivas, y los induzcan a repensar éstas.

Por lo tanto, si uno cree que un juzgador tendrá sentimientos positivos acerca de un testigo basado en los factores emocionales, tal vez prefiera abstenerse de hablar durante la discusión

acerca de dichos sentimientos: Por otra parte, uno puede tratar de desencadenar esos sentimientos con un recordatorio implícito de los factores en que es probable que a su vez estén basados dichos factores. Por ejemplo, uno puede argüir: "Recuerde el testimonio franco de la señora Relpth". Un poco más explícitamente, uno puede afirmar: "Recuerde el testimonio de la señora Relpth, que resó tiempo a sus tareas como arquitecta...".

Por otra parte, si uno cree que un juzgador tendrá una reacción negativa acerca de la credibilidad sobre la base de los factores emocionales, es posible que desee llamar explícitamente la atención sobre dichos sentimientos, para contrarrestarlos. Por ejemplo, uno puede argüir: "El demandante intentará hacernos creer que el testimonio de Sam es inverosímil, porque Sam no utiliza palabras complicadas ni usa ropas muy elegantes. Pero todos conocemos el antiguo proverbio: 'Uno no puede juzgar un libro por las tapas.' Si uno analiza lo que Sam dijo, no las palabras que usó o las prendas que vistió, comprenderá que su testimonio es un 100% exacto". Observe que además de contrarrestar los sentimientos emocionales del juzgador, el argumento sugiere que el malvado oponente es quien se basa explícitamente en una argumentación tan inadecuada.

c. Medida en que una parte del testimonio infecta o inmuniza otras partes

A veces la prueba de la credibilidad conduce naturalmente a un argumento en el sentido de que la declaración global de un testigo es creíble o increíble. Por ejemplo, la "neutralidad" o el conocimiento experto de un testigo puede apoyar un argumento en el sentido de que todo lo que el testigo ha dicho es creíble; en cambio, la tendencia o el medocre comportamiento de un testigo puede confirmar un argumento contrario.

Pero en otras ocasiones la evidencia de la credibilidad puede afectar sólo un aspecto particular del testimonio. Por ejemplo, es posible que un testigo muestre mala memoria en relación con ciertos hechos, pero no con otros. O bien un testigo tal vez formuló una declaración previa contradictoria acerca de una faceta de un episodio. A partir de la perspectiva positiva, un testigo puede poseer un conocimiento experto acerca de ciertas partes de su propio testimonio, pero no de otras.

Por lo tanto, durante la argumentación uno a menudo roza la medida en que la credibilidad de un testigo con respecto a un hecho afecta otras partes de la declaración del testigo. Es típico que cuanto más importante es un hecho, más eficazmente uno puede demostrar su efecto sobre el conjunto del testimonio. Compárense estos posibles argumentos que atacan la credibilidad:

1. "Recuerden la historia de Sossin, acerca de los tres años y las seiscientas trece reuniones que llevaron al acuerdo orientado hacia una paz mundial duradera. Aquí, en el tribunal, Sossin dijo que el delegado inglés había acudido a la trigésimo segunda reunión con zapatos de lazo. Después, reusamos a Sossin, al demostrar que él había dicho a un periodista que el delegado inglés usaba mocasines. La contradicción determinó la inverosimilitud de la versión de Sossin acerca de la trigésimo segunda reunión, y proyecta graves dudas sobre su testimonio acerca de los restantes eventos".
2. "Sossin declaró aquí, ante el tribunal, que las reuniones se celebraron en las Naciones Unidas. Entonces, reusamos a Sossin demostrando que él había dicho a un periodista que las reuniones se celebraron en un gran hotel. Esa contradicción sugiere que Sossin no sabe dónde se celebraron las reuniones, y proyecta graves dudas sobre la totalidad del testimonio de Sossin acerca de lo que ocurrió en los encuentros".

El argumento de que la evidencia relacionada con la credibilidad afecta el testimonio global, es más plausible en el segundo ejemplo que en el primero. La mayoría de la gente considera que el lugar en que se celebra una reunión es importante. Si alguien asistió realmente y recuerda bien el encuentro, esperamos que esa persona recuerde dónde se celebró el encuentro. No puede decirse lo mismo de los lazos usados para atar los zapatos.

Son aplicables consideraciones análogas cuando uno insiste en el efecto afirmativo de la evidencia acerca de la credibilidad. Compárense estos breves ejemplos:

1. "Jones nos habló de la amplia investigación y las muchas pruebas que precedieron a la comercialización del jabón líquido Zapclean. El testimonio de Jones es suma-

mente verosímil. No sólo tiene un diploma de ingeniero, sino que ya no es empleado de Zapclean, y por lo tanto no tiene absolutamente nada que ganar con su testimonio.

2. "Jones es ingeniero, y por lo tanto su testimonio acerca de los rasgos faciales del ladrón es sumamente verosímil".

En el primer ejemplo, la "neutralidad" del testigo ciertamente refuerza la credibilidad de toda su historia. En el segundo, que el testigo sea ingeniero puede elevar su jerarquía a los ojos del juzgador, pero agrega poco a la verosimilitud de su identificación.

8. El resultado

En general, indique a un juzgador cuál es el resultado al que usted desea llegar. Si usted representa a un acusado penal, cliente, o culpable sólo de homicidio involuntario. Si uno representa al demandante en una acción por daños y perjuicios, diga al juzgador que conceda, por ejemplo, 785,000 dólares en general y 2,000,000 de dólares como punitivos. En esencia, un juicio es el reclamo de que otra persona, el juzgador, adopte medidas. Por lo tanto, en su forma típica uno debe decir al juzgador qué medidas desea que adopte.

Aunque esto puede parecer evidente por sí mismo, quizá a causa de diferentes razones usted evite formular explícitamente el resultado exacto que desea que el juzgador alcance. En primer lugar, usted puede temer la posibilidad de argüir en favor del juzgador que no es tan bueno como el resultado que \$ 500,000? Pensaba otorgarle el doble de esa suma." Segundo, uno puede creer que el juzgador mirará con malos ojos el resultado que deseamos. Por ejemplo, si en un caso de muerte ilícita uno subrayó la pérdida irreparable de una vida humana, puede preguntarse si el jurado mirará con malos ojos que uno asigne cierto precio al asunto. Finalmente, en lo más profundo de nuestra psiquis puede acechar el sentimiento de que las apelaciones directas son peligrosas. Es mejor que la motivación provenga del juzgador. "Me siento tan mal por ese cliente. ¿Qué puedo hacer? Ya lo sé... le otorgaré una suma de dinero, mucho dinero".

Pero en general uno sirve mejor a un cliente aportando al juzgador cierta orientación específica con respecto al resultado. Si no se procede así, la reacción del juzgador puede ser: "La argumentación fue extraordinaria. Pero, ¿qué es lo que se pretende que yo haga?". La argumentación no necesariamente ataca por completo las manos del juzgador. Por ejemplo, uno puede pedir "no menos de \$ 50,000", o "la absolución lisa y llana, o nada más que homicidio involuntario". Pero sea cual fuere el enfoque que uno adopte, un enunciado explícito del resultado transforma el discurso jurídico abstracto en un pedido de acción.

Más aún, consideremos la posibilidad de informar al juzgador en una etapa temprana acerca de cuál es el resultado que uno espera, en lugar de revelarlo dramáticamente al final de la argumentación. Si uno sigue este último curso, el juzgador puede estar medio escuchando y medio preguntándose qué es lo que uno pedirá. Además, consideremos nuestro propio aprieto que uno pedirá. Además, consideremos nuestro propio aprieto si un juzgador sobrestima nuestro pedido. Suponiendo que uno finalmente pedirá la absolución lisa y llana, o una restricción que no contempla en absoluto el pago de daños, y creyendo que esos pedidos son injustos, un juzgador puede reaccionar con hostilidad ante nuestra argumentación. En cambio, si uno finalmente formuló un resultado que el juzgador contempló de manera provisional, "como de pasada", aquel puede prestar más atención a lo que uno dice. Un "resultado de la argumentación inicial" puede ser el siguiente:

"Se acusa a mi cliente, la señora Borden, de asesinato en primer grado. Analizaré la evidencia desde nuestro punto de vista, y cuando haya terminado pediré que se dicte un veredicto de absolución lisa y llana o de homicidio involuntario. Primero repasaré la evidencia con usted, atribuyendo especial importancia a la condición de la señora Borden como huérfano. Después..."

C. TECNICAS ARGUMENTALES

1. Analogías

Los relatos fácticos de las partes a menudo son originales, complejos, y extraños a los ojos del juez o el jurado; para este úl-

timo, los propios principios legales pueden ser complejos y extraños. Tales características bien pueden confundir el proceso de decisión, pues los juzgadores tienden a apoyarse en sus experiencias cuando evalúan los relatos e interpretan las normas.

La falta de familiaridad con las cuestiones jurídicas o fácticas confieren a las analogías un poder persuasivo especial. Las analogías pueden transformar lo extraño en lo conocido. Cuando un juzgador acepta que una situación poco conocida es bastante semejante a otra conocida, a una situación cotidiana, es probable que el propio juzgador evalúe del mismo modo ambas situaciones. Por lo tanto, una analogía eficaz es conocida por el juzgador, y por consiguiente es probable que origine un eco previsible.

Un proceso de dos pasos puede ayudarnos a desarrollar las analogías. Primero, trate de reformular su situación específica como ejemplo de una situación general. Después, identifique un ejemplo más conocido de la situación general.

Por ejemplo, suponga que usted persigue la obtención de reparación por daños en representación de un demandante que a causa de un defecto congénito en la espalda sufrió lesiones graves en una colisión poco importante. Uno reclama daños en función del principio jurídico que determina "aceptar al demandante tal como uno lo encuentra", pero teme que en un plano abstracto los jurados creen que ese principio castiga injustamente al demandado. En general, la regla específica es un ejemplo de un principio más amplio en el sentido de que somos responsables de las lesiones que provocamos a causa de nuestra negligencia. Como ejemplo conocido de este principio más amplio, uno puede argüir:

"¿Qué significa que usted toma al demandante tal como lo encuentra? Supongamos que usted tenía tres muñecas, todas del mismo tamaño, y todas vestidas exactamente igual. Pero una muñeca es de acero, la otra de madera y la tercera de cristal. Si viene alguien y por negligencia voltea y rompe la muñeca de cristal, usted le hará pagar el costo. Usted no debe permitir que la persona evite el pago afirmando que no habría infligido ningún daño si hubiese derribado a la muñeca de acero. El pago por el daño infligido realmente - tal es el significado del principio que afirma que usted toma al demandante como lo encuentra".

Uno también puede concebir analogías para las normas legales que influyen sobre la credibilidad. Supongamos que en el mismo caso el acusado declaró: "Apenas estaba moviéndome dijo a un agente de policía: "Yo avanzaba a sólo 40 kilómetros por hora cuando lo toqué". Uno abriga la esperanza de que una analogía conocida destacará de qué modo esta discrepancia perjudica la credibilidad del acusado. Al generalizar diremos que la situación específica es un ejemplo de un principio más amplio que nos induce a desconfiar de las historias que varían al ser relatadas. Como ejemplo conocido de este principio más general, uno puede argüir lo siguiente:

"Esta contradicción significa que uno no puede confiar en la historia del acusado. Por ejemplo, supongamos que usted estaba planeando la visita a un museo, y deseaba saber si abriría los domingos. Llama al museo, y deseaba asegurarse que el museo estará abierto. Al día siguiente uno vuelve a llamar, y la telefonista le dice que estará cerrado. La contradicción destruirá nuestra confianza en la telefonista. En el mismo sentido, señalo que uno no puede confiar en el relato del acusado".

La analogía -visitar un museo- probablemente halagará al juzgador. Así, un juzgador puede aceptarla más prontamente que aquella en que uno dice que "está planeando divertirse un rato, y quiere saber si la sala de billares local estará abierta hasta las 3:00 de la madrugada". Y nunca utilice analogía que muestre al juzgador bajo una luz desfavorable: "Todos hemos realizado la experiencia de robar golosinas a un niño pequeño".

Por supuesto, uno puede modificar una generalización de acuerdo con la idea que desea demostrar. Sobre la base del mismo conjunto de declaraciones, uno también puede generalizar diciendo: "Cuanto más cerca está de un incidente una afirmación, más probable es que sea cierta", y después presentar una analogía completamente distinta. (Este argumento sería admisible en jurisdicciones que aceptan una declaración contradictoria a causa de su verdad).

Finalmente, uno puede trazar analogías correspondientes a situaciones fácticas con las cuales el juzgador quizás no esté familiarizado. Por ejemplo, supongamos que en el mismo caso

uno representa al acusado. El acusado declaró: "Yo estaba manejando con muchísimo cuidado y lentamente, porque soy contratista, y transportaba muebles de cocina muy caros, para entregarlos en un edificio en construcción". Generalizando, uno puede interpretar esta afirmación como un ejemplo de la fórmula: "La gente maneja con cuidado cuando transporta objetos valiosos". Como ejemplo conocido uno puede argüir:

"Es posible comprender muy bien con cuánto cuidado mi cliente manejaba. Quizás usted no es contratista, y nunca transportó muebles de cocina en un camión. Pero sin duda llevó a un niño pequeño en su automóvil, o quizás transportó una costosa figura de cristal que acababa de recibir como regalo. Sabe que instintivamente uno maneja con más cuidado cuando transporta niños u objetos valiosos".

Este argumento incluye dos ejemplos. Si uno no influye sobre el juzgador, quizás lo haga el otro.

Obsérvese que las analogías son breves. Cuanto más extensa una analogía - por ejemplo, una descripción de los trabajos de Hércules - más probable es que tanto uno mismo como el juzgador se absorban de tal modo en ella que olviden la idea que inicialmente uno intentó ilustrar. Asimismo, son analogías conocidas. Pocos juzgadores considerarán que una analogía con "los sentimientos de Pip, cuando se enfrentó con la señorita Havisham, en *Great Expectations*" de Dickens es terriblemente emotiva. Tampoco la analogía con "la sensación de una piedra lunar entre los dedos del pie" tiende a provocar cierta reacción. Así, si bien uno puede hallar analogías en la Biblia, la página de los deportes o la televisión, el requerimiento básico es que sean conocidas.

La fuerza persuasiva de una analogía "exacta" se vio ilustrada con particular eficacia durante la Convención Republicana de 1976, transmitida por la televisión nacional norteamericana. Los delegados ante la Convención que apoyaban la candidatura de Ronald Reagan deseaban que los delegados aprobasen una norma que exigía que los posibles candidatos presidenciales identificaran a quienes preferían como candidatos a vicepresidente antes de que comenzara la votación. Los delegados que apoyaban la candidatura de Gerald Ford se oponían a la

idea. Durante el debate, una delegada ante la Convención utilizó la siguiente analogía para ilustrar su argumento en el sentido de que era injusto modificar las normas en medio de la Convención:

"En Carolina del Sur tenemos dos conjuntos de reglas en el juego de las damas. De acuerdo con una regla, uno debe comer al contrario si se le ofrece la oportunidad. Según la otra, comer al contrario es opcional. Sin embargo, hay otra regla que siempre aplicamos, sin que importe cuál de las dos primeras se utiliza. Uno no puede cambiar en mitad del juego la norma acerca de la obligación o no de comer al contrario".

Quizás con la ayuda de esta analogía, los partidarios de Ford derrotaron la propuesta.

Invertir una analogía en la argumentación del adversario puede ser una técnica dramática y eficaz de refutación. Es típico que uno invierta una analogía demostrando que no concuerda con las circunstancias fácticas fundamentales. Por ejemplo, si uno representa al acusado en el "caso de las tres muñecas", puede utilizar la misma analogía para demostrar que su defensa principal es la negligencia del propio demandante:

"El abogado utilizó el ejemplo de las tres muñecas en un intento de convencerte de que el señor Kuperberg debía pagar por las lesiones sufridas por el demandante. Aceptamos que si una persona arroja una piedra contra una pieza de cristal, debe pagar el daño. Pero eso no es lo que sucedió aquí. En este caso, una pieza de cristal fue arrojada contra la piedra, y la persona que sostiene ésta no es responsable de lo que sucedió".

O bien, al elegir una generalización distinta uno puede elaborar una analogía contraria. Por ejemplo, en el caso de los "muebles de cocina", uno puede generalizar afirmando que "la gente que transporta objetos valiosos en su vehículo a menudo presta más atención a los objetos que al tránsito". Por lo tanto, uno puede invertir la analogía del oponente:

"El abogado nos pide que creamos que el acusado estaba manejando con especial cuidado a causa de ciertos muebles de cocina. Uno debe pensar todo lo contrario. A veces, si tenemos un niño o un hermoso objeto de cristal en el automóvil, lo cuidamos tanto que prestamos menos atención que la necesaria al tránsito. Afirmando que eso fue lo que sucedió aquí..."

2. Las guías

Una guía es un breve esbozo con el cual uno puede iniciar una argumentación, quizás después de algunas fórmulas trilladas, como el hecho de agradecer a los jurados su atención. Una guía tiende a conferir cierto sentido de coherencia y organización a una argumentación. Más aún, puede ayudar a superar el limitado alcance de la atención de un juzgador. Si usted se refiere firmemente a la guía a medida que desarrolla la argumentación, el juzgador comprenderá que se está encaminando hacia una meta definida.

Uno puede frasear la guía del siguiente modo:

"Afirmamos que la evidencia demuestra claramente que la señorita Revness estaba fuera de la ciudad en el momento del tiroteo, y que por consiguiente es evidente en el momento del tiroteo, y que por consiguiente es evidente en el momento del tiroteo. En primer lugar, revisaré algunas de las instrucciones que el juez les impartirá, destacando la que asigna a la acusación la carga de demostrar la culpabilidad de la señorita Revness más allá de toda duda razonable. Después, examinaré brevemente el testimonio de la señorita Revness, y de los dos testigos que declararon que la acompañaron fuera de la ciudad cuando sucedió el tiroteo, y demostraré la elevada credibilidad de ese testimonio. Más tarde, destacaré los muchos elementos inverosímiles y las contradicciones contenidas en los relatos de los testigos de la acusación. Al finalizar mi argumentación, pediré que ustedes pronuncien un veredicto de no culpabilidad".

Por otra parte, una guía puede ordenar las teorías jurídicas que uno utilizará. Por ejemplo, uno puede decir a un juzgador que primero analizará el incumplimiento de contrato, después la

violación de la garantía, y después el incumplimiento provocado por una promesa anterior.

Como es evidente, incluso una guía breve aumenta la longitud de un argumento. Por lo tanto, no comience con una guía si el argumento será breve. Asimismo, si uno espera a partir de la experiencia anterior que en un juicio sin jurado es probable que el juez repita las preguntas, puede desechar la guía en lugar de verse obligado a manipularla en los dos primeros minutos de la argumentación.

3. Orden de la argumentación

Una ojeada a cualquier recopilación de argumentos demostrará fácilmente que la argumentación es el área más idiosincrática de los juicios. Nuestro sentido de los temas que más preocupan a la mente de un juzgador supera a cualquier concepto de un orden ideal. De todos modos, es posible que el lector considere útiles los siguientes comentarios. Por otra parte, tal vez opine lo contrario.

Tanto si escribimos como si hablamos, muchos exhibimos el síndrome que se expresa en las palabras "tercer, y lo que es más importante"... Es decir, asignamos a lo que creemos es nuestro argumento más sólido como si fuera un postre, y lo re- de persuasión sugieren que nuestros argumentos más sólidos deben ocupar el primer lugar. Si uno tiene tres teorías distintas acerca de las razones por las cuales nuestro cliente debe vencer, más vale que enuncie en primer lugar la más sólida. Si dos razones sugieren que nuestro testigo es más verosímil que el de la parte contraria, sostenga primero la razón más sólida. Tercero, y lo que es más importante...

Es típico que incluso si uno representa a un acusado, aporte evidencia en apoyo de las proposiciones fácticas. Pero durante la argumentación uno puede esgrimir automáticamente cualidades de nuestra propia argumentación. Si nuestras razones se apoyan principalmente en la incapacidad del adversario para afrontar la carga de la prueba, es natural seguir este orden. Pero cuando uno afronta la carga, o cuando ha presentado un sólido caso afirmativo en representación de la defensa, uno debe defender generalmente la exactitud de sus proposicio-

nes fáciles antes de explorar las debilidades de la evidencia del adversario.

Finalmente, librese temprano de las cuestiones que no están siendo controvertidas, para poder atacar con su posición en los puntos controvertidos y críticos. Por ejemplo, si su adversario reconoce que violó un contrato, pero afirma que la violación no fue material, en el caso típico uno destacará el reconocimiento del adversario antes de explorar la evidencia relacionada con la materialidad.

4. Argumentación explícita versus argumentación implícita

Compare los siguientes argumentos acerca de la credibilidad:

a. "Recuerde el testimonio de Jeanie McCalla, lo que ella dijo en el tribunal y lo que dijo a su hermana. ¿Es la clase de testimonio en que usted puede confiar?"

b. "Jeanie McCalla afirmó que identificó a Larry Richard como la persona que cometió el robo. Sin embargo, cuando ella habló con su hermana Jane, unos cinco minutos después del robo, casi las primeras palabras que pronunció fueron: "No pude verlo bien. ¿Y tú?" Estas palabras, pronunciadas por la propia señorita McCalla, no como respuesta a una repregunta, sino por propia iniciativa, seguramente suscitan en su espíritu una duda razonable acerca de la culpabilidad del señor Richard. Ahora bien, la señorita McCalla trató de explicar que estaba nerviosa y asustada cuando habló con su hermana. Sin duda fue una experiencia temible, y todos podemos simpatizar con ella. Pero el robo había terminado, el ladrón ya no estaba, y la señorita McCalla no estaba obligada a decir nada. Decidió hablar, y lo que dijo fue: "No pude verlo bien". Deberíamos desear la supuesta identificación de la señorita McCalla."

El primer argumento es casi totalmente implícito. No se refiere a un testimonio específico, no identifica las razones que deben mover al juzgador a desconfiar del testigo, ni afirma que el juzgador no debe creer que en la declaración del testigo. El segundo argumento cubre explícitamente estos temas. (Por supuesto, en un caso concreto uno puede ser incluso más explícito. Por ejemplo, uno debe suministrar detalles adicionales de la evidencia, formular explícitamente y ofrecer un ejemplo del pro-

ceso de razonamiento que según uno desea debe desarrollar el juzgador, suministrar una analogía, etc.).

El carácter más o menos explícito no es necesariamente la medida del éxito de un argumento. Por una parte, el argumento explícito no siempre es más persuasivo que el implícito. Algunos estudios sugieren que la gente se aferra más firmemente a las conclusiones cuando las obtienen mediante su propio razonamiento. Más aún, no hay una clara línea divisoria que separe la argumentación explícita de la implícita. Por ejemplo, uno puede conferir cierto carácter implícito al argumento "b", más arriba, reemplazando la afirmación explícita del rechazo por una pregunta como "¿Esa es la clase de testimonio en que usted puede confiar?" Tercero, el carácter explícito alarga los argumentos, y los jueces a veces pueden mostrarse muy explícitos acerca de nuestra necesidad de finalizar la argumentación.

Finalmente, recuerde que ciertas cuestiones pueden desafiarse la explicitación. La afirmación explícita en el sentido de que "Usted debe creer en Sydney porque tenía muy buena apariencia mientras declaraba" es difícil. Por lo tanto, uno puede verse obligado a referirse implícitamente al "testimonio sincero" de Sydney. Asimismo, quizás uno recusó a la testigo contraria a Ruth proponiendo la evidencia de su actitud tendenciosa y sus declaraciones contradictorias. Una conclusión completament explícita probablemente nos obligue a argumentar que Ruth está mintiendo o que se equivocó. Una referencia más implícita al hecho de que la declaración de Ruth es indigna de confianza evita lo que puede ser una elección desagradable.

De todos modos, a menos que uno intente conscientemente la presentación de argumentos explícitos, puede manifestar la tendencia a mostrarse excesivamente implícito. La socialización tiende a promover lo que es implícito. Después de todo, tenemos una palabra que reservamos para las personas que nos inducen a realizar análisis detallados y lógicos de los filmes que hemos visto o el trabajo dental que soportamos. Por lo tanto, muchos hablamos en una especie de taquigrafía que se adapta mejor que la argumentación a la relación social. Para mostrar persuasivo, es típico que uno deba estructurar las razones por las cuales nuestro cliente debe imponerse, y apoyar las mismas con elementos específicos de la evidencia. Para for-

mular dicha argumentación, es posible que uno deba superar arraigados hábitos sociales.

Asimismo, nuestra familiaridad con un caso también tiende a promover el enfoque implícito. Así como un profesor de cálculo infinitesimal tal vez no recuerde qué difíciles le parecieron otros las fracciones, la convivencia con un caso a lo largo de meses o años nos lleva a olvidar hasta qué punto esas historias inicialmente parecieron complejas. Así, uno puede omitir detalles importantes o ciertas inferencias porque le parecen obvios. Sin embargo, tal vez un juzgador no los crea tan obvios.

Así, en la medida en que nuestro argumento es implícito, este rasgo debe ser nuestra preferencia consciente, no un reflejo socializado inconsciente.

5. Responda a los comentarios y las preguntas de los jueces

El lector probablemente sabe, gracias a los ensayos realizados en los cursos de seminario, que tanto la cortesía como el sentido común lo inducen a responder a las preguntas y los comentarios del tribunal de apelación. Las mismas consideraciones son válidas en el caso del juicio. Los comentarios de un juez durante la discusión o las conferencias, así como las preguntas que él formula a los testigos, generalmente son indicios acerca de las conclusiones provisionales del juez. Por lo tanto, corresponsables o para intentar la superación de las desventajas, así como uno podría haberse sentido halagado en una clase de facultad de derecho cuando un profesor recordó en el aula de la punto que uno formuló en una clase anterior, también un juez a menudo se sentirá halagado cuando la argumentación del abogado se refiere específicamente al punto que el juez formuló antes.

A veces, un juez formula un comentario que sugiere que comprendió mal una parte de nuestra argumentación. Por ejemplo, un juez pregunta: "Usted no discute las afirmaciones de la parte contraria, ¿verdad?" poco después que usted dedicó diez minutos a hacer precisamente eso. En tales ocasiones, puede ser difícil en un medio oral. Uno no está incurriendo en adulación servil si asume la responsabilidad del malentendido: "Al parecer, me expresé mal (o "lo induje a error") hace unos

momentos, Su Señoría. Nuestra posición en las declaraciones anteriores de la otra parte es la siguiente..."

Por supuesto, los jurados no pueden formular comentarios durante el juicio — por lo menos, comentarios que uno pueda escuchar —. Sin embargo, los jurados a menudo se orientan respecto de lo que es importante a partir de lo que un juez ha dicho. Asimismo, si mantiene contacto ocular estable con los diferentes jurados, uno puede extraer inferencias de sus expresiones faciales y el lenguaje corporal acerca de los elementos de la evidencia que les impresionan.

6. Definición de las cuestiones

Un aspecto rutinario de una argumentación es la revisión de las cuestiones que el juzgador debe resolver. En su forma típica, uno define francamente las cuestiones, de acuerdo con los principios legales. Formula las cuestiones asignándoles formas como estas: "¿Hubo una promesa implícita de KevHill Co. en el sentido de despedir a Andrea sólo con verdadera justificación?" O "¿La omisión de Goldilocks, que no cerró bien la puerta, es la causa legal de las heridas del señor Ursa?"

De todos modos, nuestra formulación de las cuestiones puede ser un esfuerzo persuasivo. Por ejemplo, si uno estuviera representando a Andrea en un juicio por despido ilícito, podría formular del siguiente modo la cuestión: "¿Una compañía puede despedir a un empleado valioso y antiguo por mero capricho?" Este fraseo asigna menos importancia al factor legal de la "promesa implícita". Uno no puede disimular definitivamente ese factor; cabe presumir que en el caso de Andrea el juzgador tendrá que comprobar que la compañía formuló una promesa implícita. Pero la formulación de la cuestión sin atender al factor legal puede ayudar a concentrar la atención del juzgador en consideraciones relacionadas con la justicia, y a plasmar su actitud en relación con el factor legal.

Por supuesto, las dos partes pueden utilizar la misma táctica. Por ejemplo, supongamos que un caso ventilado en un condado rural, Snider alega la existencia de lesiones personales provocadas por el manejo negligente de Mantle. Mantle afirma que él no se mostró negligente, y que la causa del problema fue que él tuvo que virar repentinamente para esquivar a un grupo de gallinas que de pronto irrumpió en el camino. El abogado de

Snider puede formular del siguiente modo la cuestión: "El problema que ustedes deben decidir consiste en determinar si las gallinas tienen una prioridad más elevada que los seres humanos". El acusado puede contestar: "La verdadera cuestión de este caso consiste en determinar si todos los agricultores de este estado están obligados a levantar alrededor de toda su propiedad barreras para evitar el paso de las gallinas". Por supuesto, el juzgador no resolverá ninguna de las dos cuestiones. Pero el eje moral generalizado puede influir sobre la consideración del problema legal por el juzgador.

También podemos definir las cuestiones en términos de la evidencia más que de las cuestiones legales. Es decir, uno puede subrayar el significado de los rubros discretos de la evidencia. Por ejemplo, consideremos el comienzo de un argumento que uno puede formular en defensa de Andrea, en el caso del des-pido impropio:

"El hecho decisivo en este caso, atestiguado por Andrea y reconocido por todos los ejecutivos de KevHill que declararon, es que en más de cinco años no se realizó una evaluación de Andrea como empleada. Veamos entre todos por qué este hecho tiene importancia tan fundamental..."

Nuestro argumento selecciona un hecho que el adversario parece admitir, y defiende su carácter fundamental. Si el juzgador acepta nuestra formulación de la cuestión, puede desechar otros elementos desfavorables de la evidencia.

D. ILUSTRACIONES DE LA VIDA REAL

Nuestra comprensión del contenido y las técnicas de la argumentación pueden verse realizadas por fragmentos extraídos de un argumento real. Como el número de fragmentos es reducido, y se los dispone de distinto modo que como se lo hizo en la argumentación misma, uno tendrá que referirse al propio argumento para tener un sentido exacto de su estilo y su contenido. Las ilustraciones provienen de una argumentación de J. B.

Spence. El caso fue un juicio por muerte dolosa. Los padres promovieron juicio a un anestésista y un cirujano que provocaron por negligencia la muerte de una niña durante una amigdalectomía rutinaria. Los demandantes afirmaron que el anestésista diagnosticó impropiamente las dificultades respiratorias de la niña como un "espasmo bronquial", cuando en realidad la niña simplemente no estaba bastante dormida. De modo que cuando el anestésista ventiloó con excesiva presión los pulmones, se lesionaron las paredes de estos órganos y la paciente falleció. La defensa fue que la muerte tuvo carácter accidental. Las dos partes llamaron en su ayuda a testigos expertos. Dos de los objetivos de Spence fueron persuadir a los jurados de que los expertos de los demandantes eran los que merecían más confianza, y asegurarse de que los jurados comprendían los complejos problemas médicos que estaban en juego.

1. Revisión de la evidencia

"Debo realizar una última tarea en este caso, y mi obligación es repasar parte de la evidencia... mi tarea es ayudarles... he recogido notas a lo largo de la semana entera... porque yo sabía que debía presentar hoy ese material..."

"Ahora bien, el doctor Davis practicó la autopsia en este caso... Dice que esta niña tenía los pulmones excesivamente insuflados, los pulmones lesionados, como estallados; que se había introducido el aire en los pulmones con un exceso de presión... Habló de la capa de aire en todo el cuerpo... El otro patólogo, el doctor Winter, preparó un informe, y éste fue a manos del doctor Davis... También dijeron que no encontraban evidencia de inflamación, ni de enfermedad angioneurótica, y ambos informaron que no tenían nada que ver con este asunto..."

"Ahora, hablemos de los anestésistas... El doctor McDermott declaró que no creía que hubiera broncoespasmo; lo que sucedió realmente aquí..."

"Consideramos la declaración del doctor Morales... Entre otras cosas aquí, el doctor Morales afirma..."

El argumento repasa la evidencia basándose en un testigo tras otro. Sin embargo, en la argumentación real estas ilustraciones aparecen intercaladas con análisis de los principios legales, la credibilidad y otros aspectos semejantes. Spence no revela de un solo golpe la historia general de cada parte, y más bien ofrece una revisión fragmentada de la evidencia. Así, en general el argumento se parece más a un "agrupamiento" de argumentos.

2. Referencias a la opinión personal

"Uno entra en la sala del tribunal equipado con un caudal de vulgar sentido común, y no creo que uno esté dispuesto a aceptar gato por liebre..."

"Ahora bien, no sé en qué momento el doctor Morales realizó su análisis y se lo ignoró al omitir el juicio acerca del broncoespasmo... pero así son las cosas. Creo que formuló un diagnóstico errado".

Las expresiones de la opinión personal en general parecen basarse en la evidencia, y probablemente no cuestionan la credibilidad personal de Spence. La declaración: "No sé... se omitió la parte correspondiente al broncoespasmo", puede ser una exageración admisible, o un intento impropio de sugerir hechos que no están aceptados.

3. La exageración

"Esa mañana no estaba en sus cabales... Apenas llegó, y ya partimos. No aplicó ningún plan..."

"Esta es absolutamente una parte de la coartada de la defensa..."

"Tómese su tiempo y formule un veredicto que diga la verdad, y eso perdurará para siempre..."

En rigor, estos enunciados no se apoyan en la evidencia. Por ejemplo, es probable que hubiese evidencia de cierto planeamiento realizado por el médico acusado, y la palabra "coartada" se utiliza generalmente en un contexto criminal. Pero cierta exageración es admisible.

4. La discusión de los principios legales

"La cuestión que se les formula es la de negligencia, el descuido, el manejo impropio de este caso por el doctor Morales..."

"En un juicio civil, sólo tenemos que demostrar que nuestra formulación del caso es más probable que lo contrario, más probable que improbable. No necesitamos hacer lo que vemos en la televisión, que es demostrar el caso más allá de toda duda razonable."

"El juez Crawford les explicará que estos padres tenían derecho a saber, de labios del doctor Morales... los peligros y los riesgos implícitos, de modo que pudieran decidir si querían aplicar ese procedimiento".

Los fragmentos corresponden a dos principios fundamentales (negligencia; consentimiento informado) y uno de procedimiento (la carga de la prueba).

5. Agrupamiento de la evidencia

"Hablemos de los anestesiistas que... dijeron que creían que él había manejado mal este caso, que había mostrado descuido, que era negligente... el doctor McDermott atestiguó que él no creía que hubiese broncoespasmo... cuando intentaron introducir a presión el aire en el cuerpo de la niña, ésta aún no estaba preparada, y él declaró que ése era el modo equivocado de manejar un caso infantil de ese estilo."

"Después de explicar el consentimiento informado. El no cumplió su (obligación). No hablé con ninguno de los padres antes o después. No obtuve la autorización necesaria para ejecutar esa operación, y es suficiente esa razón, además del descuido y la negligencia, para considerarlo responsable".

Estos fragmentos reúnen evidencia relacionada con los principios de la negligencia y el consentimiento informado.

6. Obtención de inferencias

"Ahora, hablemos de la radiografía faltante. Se tomó una radiografía que, si los médicos la hubiésemos tenido

oportunamente, podría habernos revelado algo. Y él dijo: 'Supe que hubo un juicio. La radiografía que estaba sobre mi escritorio desapareció'. Si yo hubiese contado con un elemento de evidencia fundamental de este lado de la mesa, y dijese algo por el estilo al jurado, todos me arrojarían sin más trámite de la sala del tribunal!'

De un modo más bien implícito, se pide a los jurados que inferan que los acusados destruyeron la radiografía desaparecida.

7. Desarrollo del proceso de razonamiento

"Uno recoge todo el testimonio... y lo deposita de un lado, como si se tratara del platillo de la balanza, en beneficio del demandante. Uno pone todo el testimonio de los acusados del otro lado, y procede a pesar... ¿Dónde está la verdad? ¿Cuál de las dos partes tiene más sentido? ¿Quién tiene motivos para mostrarse hostil?... Uno trajo consigo un gran caudal de vulgar sentido común cuando entró en esta sala del tribunal..."

Aquí, se dice a los jurados que adopten su decisión. Tienen que sopesar los relatos competidores y determinar cuál es más verosímil, utilizando el sentido común cotidiano.

8. Refutación de la versión del adversario

"Les repetiré algunas de las cosas absurdas que ustedes escucharon en este caso. Ante todo, sostiene que esto es un accidente... podía haber sido el efecto del polvo, quizás hubo una reacción alérgica... No creo que ustedes se dejen convencer por... cierto fantasma..."

"El doctor Moya dice que esto es raro, que jamás vio nada parecido. Lo cual hasta cierto punto, demuestra nuestra posición: saber, que si la anestesia se aplica bien, esto no sucede".

Estos fragmentos ilustran la "refutación por vía de la denegación". Spence afirma que el testimonio de la defensa es falso. Spence también ofrece un argumento del tipo "reconoce y explica":

"(Ellos) llamaron a Moya y dijeron: 'Moya, tenemos un problema. Baje aquí y hagamos de nuevo la tarea, de nuevo, de nuevo, y de nuevo, y de nuevo'. La reputación nacional... El anestésista pierde a una niña sobre la mesa de operaciones, ¿y quién da la cara? Moya".

Spence reconoce que Moya es un experto de jerarquía nacional, pero pide (implícitamente) a los jurados que inferan de la evidencia de la reputación, que Moya fue convocado con el fin de encubrir la negligencia.

En otro fragmento, Spence refuta el argumento del abogado de la defensa, más que la evidencia:

"El señor Lanza empujea nuestro reclamo de indemnización monetaria... Bien, si usted tuviese en sus manos el poder de ir allí y devolver la vida a esta niña, daríamos todo lo que tenemos... pero usted carece de ese poder".

9. Argumento acerca de la credibilidad

"Bien, doctor Davis, la autopsia en este caso... El es el patólogo oficial en esta comunidad... no alimenta sentimientos hostiles..."

"¿Recuerda al doctor McDermott? Viene de Washington, es un hombre tranquilo, sereno, dueño de sí mismo, un anestésista que posee elevadas calificaciones... Eso significa que se lo sometió a prueba en escala nacional y aprobó el examen, y le recordaré que el doctor Morales se sometió a esa prueba y falló."

"¿Recuerdan al doctor Bradley, de Nueva York? Era un hombre alto, simpático, de cabellos oscuros... tenía un diploma de la Junta..."

"Una palabra acerca del doctor Lazar. Es un blanco móvil. Redactó un certificado de defunción... Después, redactó otro certificado que es distinto del primero... cuando entra en la sala del tribunal, necesita treinta minutos para decirnos que de nuevo cambió de opinión..."

Dada la importancia de la credibilidad desde el punto de vista del resultado, es comprensible que los fragmentos se rela-

cionen con diferentes factores de credibilidad, incluso el conocimiento experto, el comportamiento, la apariencia personal, la falta de prejuicio, y las declaraciones contradictorias.

10. El resultado

"Estoy pidiendo, en representación de mis clientes, que se les conceda un millón de dólares en este caso... \$ 500,000 a la señora Bell y \$500,000 al esposo... Ustedes son libres de conceder esa suma de dinero... si creen que debe ser más elevada, si creen que deben ser menor, a ustedes les toca decidir... tienen que resolver esta cuestión poniendo en juego su sentido común".

Se indica una figura específica a los jurados, pero también se les dice que no están atados a esa suma.

11. Analogías

"Les pedí (durante el *voir dire* - examen preliminar -) si ustedes podían representar en este caso el papel de un ábrito honesto.

"(Es más probable que esto) sea como poner a dos niños en los dos brazos de una balanza. Uno pesa 26 kilogramos y el otro 25, y los platillos se inclinan un poco en el lugar en que está el niño más pesado. Y eso es todo lo que tenemos que hacer.

"Si yo me apoderase de su automóvil y lo destrozara, y el automóvil valía 5,000 dólares, tendría que pagarle 5,000 dólares. Pero si yo... le destrozo el corazón y mato a su hijo, ... después, ¿tengo que soportar eso el resto de la vida? Esperamos que con arreglo a la ley de Florida se pague el total de nuestra pérdida".

Las analogías se refieren al estado mental de los jurados, la carga de la prueba y el monto de los daños.

12. Argumentación explícita versus argumentación implícita

"Pregúntese qué sucedió con esa radiografía. ¿Dónde está hoy?"

"El doctor Moya llega aquí... un testigo culto... suave como la seda... relató su versión como un actor que trabajaba en Broadway... todo lo que él hizo fue perfecto... desapareció la radiografía, y se la toman con Moya. ¿Comprenden? Quiero decir: ¿Entienden lo que está sucediendo aquí? Son un grupo de personas muy unidas que se cuidan unas a otras".

Sin mencionar la evidencia total, ni extraer explícitamente las conclusiones, la argumentación sugiere que la radiografía fue destruida intencionadamente, y que el doctor Moya está protegiendo a propósito a sus amigos. Compárese el contenido de este fragmento:

"Hemos intentado sugerir que gran parte de este aire que estaba en el cuerpo de la niña entró allí como consecuencia del masaje cardíaco que comenzó unos diez minutos después. Bien, el doctor Adriani dice: 'No entiendo cómo ustedes pudieron provocar un enfisema intersticial mediante la realización de un masaje cardíaco'. En otras palabras, afirma que no bombardearon aire al tejido de la niña con el masaje aplicado al pecho... Los otros médicos han dicho lo mismo... El aire provino de la bolsa negra. De allí vino el aire".

El fragmento es muy explícito. Identifica la posición que el demandante refutará, cita la evidencia de refutación, consolida esa refutación con el testimonio de otros testigos, y formula una conclusión específica.

13. Definición de las cuestiones

"El problema que se les propone es la negligencia, el descuido, el manejo impropio de este caso por el doctor Morales".

El fragmento define sencillamente las cuestiones por referencia al principio de negligencia, y reformula el término legal de "negligencia" en el habla común.

14. El veredicto favorable no sólo corresponde legalmente, sino que es justo y moral

"Creo que todos estamos preparados para perder... a los ancianos que han tenido una vida plena; pero recibir el llamado telefónico que recibió el señor Bell e ir al hospital y enterarse... de que ella ha fallecido, no hay modo de presentar el dolor y el sufrimiento..."

"Habrá momentos en la vida de esta gente en que se sentarán a la mesa, y será el cumpleaños de esa niña. Todos pensarán en Palmer... y cuando vean por doquiera a niñas pequeñas, pensarán, y pensarán y volverán a pensar en alguien que se fue".

El fragmento recuerda al juzgador que los padres soportaron una tragedia terrible, e implícitamente sugiere que la justicia exige un veredicto favorable a los demandantes. Obsérvese el empleo de la imaginaria explícita y concreta —el progenitor yendo en automóvil al hospital, todos sentados alrededor de la mesa—. Los detalles vívidos ayudan a crear un efecto emocional.

DECLARACION INAUGURAL

CAPITULO VI

4. EN GENERAL

Juntas, la declaración inaugural y el alegato final encuadran nuestra presentación de la evidencia. Aunque cada uno de estos episodios nos suministran la oportunidad de hablar directamente al juzgador, uno expone la declaración inaugural antes de ofrecer la evidencia. Por consiguiente, la declaración inaugural es una reseña previa más que un análisis, un panorama verbal que uno propone para ayudar al juzgador a entender el significado de la evidencia que llegará después.

De todos modos, la filosofía del gran escultor Rodin es un recordatorio de que la declaración inaugural y el alegato final tienen muchos elementos en común. Afirmase que Rodin consideraba sencilla la tarea de esculpir un elefante. Todo lo que uno tenía que hacer era empezar con un gran bloque de mármol, y como ese gran bloque de mármol, y para convertirlo en la declaración inaugural elimine todo lo que no está permitido durante la formulación inicial. De ese modo, la declaración inaugural ya no será un blando recitado de la evidencia esperada, y se convertirá en un persuasivo panorama general de nuestro caso. Como las primeras impresiones a menudo persisten, la imagen nos recuerda que debemos tratar de mostrarnos tan persuasivos como lo permiten las reglas.

Por consiguiente, durante la declaración inaugural uno puede usar muchas de las técnicas del alegato final exploradas en el Capítulo V. Por ejemplo, tanto al comenzar como al terminar uno puede:

3. combinar en una historia general la evidencia que uno espera presentar por intermedio de una serie de testigos.

- b. resumir la historia de cada testigo individual; o
- c. agrupar la evidencia esperada en relación con teorías jurídicas o proposiciones fácticas discretas. (Si bien en general uno no puede referirse a las instrucciones al jurado, que uno es mentalmente aplicables y presentar la evidencia esperada en el contexto de tales principios).

Durante la declaración inaugural uno puede referirse también a la evidencia que espera que el adversario presente, mostrar auxiliares visuales que uno se propone ofrecer, usar analogías y explicar al juzgador la decisión que se espera que él formule. Más aún, uno puede pronunciar su declaración inicial con cierta empatía, que sugiera que la equidad y la justicia exigen un veredicto favorable.

Por ejemplo, en el contexto de un caso en que un ciclista fue lesionado cuando el mecanismo de liberación rápida de la rueda delantera de la bicicleta supuestamente funcionó mal y determinó que el artefacto se desplomase, conviene comparar estos posibles fragmentos de una declaración inaugural:

Fragmento A: "Aunque les recuerdo que lo que digo no es evidencia, espero que la evidencia demostrará que mi cliente avanzaba en su bicicleta a velocidad normal al cruzar las vías del ferrocarril. La evidencia demostrará además que la bicicleta se elevó y cayó al cruzar las vías, lo que determinó que se aflojase la rueda delantera. La bicicleta de pronto cedió bajo el peso de mi cliente, y éste cayó al suelo".

Fragmento B: "Joey salió a pasear en bicicleta un típico día de fines del verano. Se aproximaba el comienzo de las clases, pero él y sus dos amigos aún tenían unos pocos días para descansar y divertirse. Decidieron ir a ver una función vespertina del cine, y enfilaron por la calle Bolas en dirección a la avenida Beloit. Pedaleaban a velocidad normal, pues disponían de mucho tiempo para llegar al cine. Michael atravesó las vías, y después lo hizo David. Por supuesto, saltaron un poco sobre sus bicicletas, pero en realidad no tuvieron ningún problema. Y entonces comenzó a cruzar Joey. De pronto, su bicicleta comenzó a sacudirse y a brincar. En el momento mismo en que Joey cruzaba las

vías, la rueda delantera se soltó por completo, la bicicleta cayó y él fue arrojado al suelo".

El fragmento A contribuye poco a originar empatía o drama. Se menciona abstractamente al ciclista lesionado asignándole el rótulo de "cliente"; el uso obsesivo de frases como "lo que digo no es evidencia" y "la evidencia demostrará" alejan al juzgador y al abogado del incidente; y el lenguaje es liso y legalista. En cambio, el fragmento B llama por su nombre a "Joey", y ayuda al juzgador a verlo como una persona, no como una abstracción legal. El lenguaje es coloquial y vivido, y la historia se desarrolla como podría hacerlo fuera del tribunal.

Sin faltar a las reglas, ni suscitar una falsa simpatía, la segunda declaración tiene más probabilidades de lograr que el juzgador desee fallar en favor de Joey.

Si la declaración inicial tiene muchos elementos en común con el alegato final, ¿qué es lo que uno debe eliminar para convertir a la segunda en la primera? En general, lo que uno debe eliminar son las apelaciones argumentativas al proceso de razonamiento que uno desea que el juzgador aplique cuando evalúa la evidencia. Si bien la apertura adecuada de un juez puede ser el argumento inadecuado de otro, ésta es una buena regla práctica: "Si un testigo no declara acerca de cierto asunto, uno probablemente no podrá mencionarlo durante la declaración inaugural". Por ejemplo, la obtención de inferencias, el análisis de la credibilidad, la refutación de la probable evidencia del adversario, y la formulación de opiniones generalmente son enunciados inaugurales impropios. Compare estas afirmaciones:

1. "El pequeño Jimmy estaba de pie a unos tres metros del lugar en que sucedió el choque, y tenía una visión despejada de lo que ocurrió".
2. "El pequeño Jimmy, que estaba a sólo tres metros de distancia del lugar en que ocurrió el choque, tuvo mejor oportunidad que los restantes testigos de observar lo que sucedió, y por consiguiente su testimonio es especialmente verosímil".
3. "El acusado probablemente aportará evidencia en el sentido de que el pequeño Jimmy acababa de fracasar en su prueba de ortografía, de modo que estaba distraído

mientras regresaba a su hogar y no prestaba atención a lo que sucedía alrededor de su persona. Pero como ustedes llegarán a saber, el pequeño Jimmy nunca tuvo buena ortografía, y se le había dicho que podía estudiar el tema un par de días más y luego repetir la prueba. No estaba en absoluto preocupado”.

La primera afirmación es completamente fáctica, y adecuada en el caso de la declaración inaugural. Pero con respecto a la número dos, ningún testigo declarará que Jimmy tuvo “la mejor oportunidad... para observar”. La afirmación es una infuencia que se reclama al juzgador. Asimismo, la afirmación de la credibilidad se refiere a una conclusión que el juzgador debe alcanzar. Tales comentarios se refieren a los procesos de razonamiento del juzgador, y son impropios en una declaración inaugural. La afirmación número tres propone un argumento que refuta la evidencia del adversario. La referencia que incluye las palabras “como ustedes llegarán a saber” en la afirmación número tres recuerda la formulación inaugural, pero el eje de la afirmación es que después de sopesar la evidencia, el juzgador debe llegar a la conclusión de que el pequeño Jimmy no estaba preocupado. Nuevamente, esa formulación es un argumento, y representa un elemento impropio para la declaración inaugural.

Al margen de la exactitud de la terminología, conviene recordar que la declaración inaugural apropiada a menudo está en el oído tanto como en el ojo del observador. La utilización de un método argumentativo de exposición aumenta la probabilidad de que un juez apoye una objeción acerca de “la declaración inaugural impropia”.

B. “LA EVIDENCIA DEMOSTRARÁ...”

Como se dijo más arriba, las palabras “la evidencia demostrará” es una de una serie de frases trilladas que los abogados a veces utilizan para demostrar que saben que la declaración inaugural no constituye evidencia.

Pero uno puede desenvolverse perfectamente sin ella. Por ejemplo, puede relatar su historia sencillamente de forma que no implique argumentación:

“Gracias, Su Señoría. Damas y caballeros, este juicio se origina en hechos que sucedieron en septiembre, hace tres años. Ese mes, la *Consolidated Integrated Associated Amalgamated*, una empresa de familia dedicada a la fabricación de artículos de aluminio por extrusión, advirtió que no disponía de suficiente cantidad de desechos metálicos...”

Incluso sin la frase mágica, “la evidencia demostrará”, esta declaración inaugural casi siempre es permisible. Si uno lo duda, puede recordar al juzgador una vez, al principio, que uno está describiendo lo que la evidencia demostrará, y después enviar la frase al tacho de la basura.

C. DECLARACIONES INAUGURALES DE LOS ACUSADOS

En la mayoría de las jurisdicciones, el abogado defensor puede realizar su declaración inaugural inmediatamente después de la que corresponde al demandante, o esperar hasta poco antes del momento en que ella presenta su prueba principal. Esta última táctica tiene ventajas. Al esperar, uno puede mantener al demandante hasta cierto punto en la ignorancia de la evidencia y los argumentos que uno propondrá. Más aún, puede perfeccionar su declaración de modo que refleje la evidencia que ha surgido, efectivamente, durante la presentación de la prueba principal por el demandante. Y en la medida en que la apertura nos permita ofrecer un cuadro general que ayude al juzgador a interpretar el testimonio fragmentario, esa imagen puede enturbiarse si el tiempo y los testigos del demandante se paran la declaración inaugural de la defensa y la evidencia.

Por otra parte, la formulación de una declaración inaugural en la primera oportunidad también tiene ventajas. Si la investigación y las negociaciones previas al juicio han aclarado exhaustivamente al demandante cuál es nuestra posición, la espera no aporta ningún elemento sorpresivo. Asimismo, una apertura inmediata puede acrecentar la ventaja de la “primacía” del demandante, al recordar a un juzgador que nuestro lado todavía no presentó su evidencia. Finalmente, la historia que uno narra durante la apertura puede acrecentar el significado y el efecto del testimonio que uno tiene al preguntar a los testigos del demandante.

Uno debe equilibrar estos factores de acuerdo con las circunstancias individuales. En ocasiones, desearios de recordar su presencia al juzgador, pero poco desearios o incapaces de reseñar previamente su evidencia, algunos abogados realizan una "declaración inaugural fingida", como esta:

"Formularé observaciones muy breves. A medida que escuchan a los testigos presentados por el demandante, recuerden que cuando tengamos la oportunidad de ofrecer una evidencia, ustedes escucharán una versión muy distinta de los hechos. De acuerdo con las normas, el demandante puede presentar primero su evidencia. Escuchen cuidadosamente dicha evidencia, pero mantengan la mente abierta de modo que puedan escuchar con el mismo cuidado nuestra evidencia. Confío en que encontrarán que nuestra versión es más verosímil, y emitirán un veredicto favorable al acusado".

Aunque en general concluyente y desprovisto de referencia a cualquier testimonio concreto, su brevedad puede inducir al juez a permitirlo. Pero si a uno se le permite realizar el interrogatorio *voir dire* (averiguación previa), puede cubrir durante el mismo gran parte de ese terreno. Uno solamente puede realizar una declaración de apertura, y la postergación de la misma hasta después del momento en que el demandante termine de hablar, generalmente es preferible a la realización de una apertura ficticia.

D. LAS DESVENTAJAS DE LOS DETALLES

Sujeto a la discreción judicial en relación con el tiempo, uno generalmente está en libertad de incluir tantos o tan escasos detalles como lo prefiera en una declaración inaugural. Pero las consideraciones tácticas sugieren que es mejor dejar muchos detalles de manera que los propios testigos los revelen. Cuanto más elevado el número de detalles que uno incluye en una declaración, más probable es que el juzgador nos limite el uso de la palabra. Al margen del posible hastío, una apertura excesivamente detallada puede inducir al juzgador a prestar escasa atención al propio testimonio, o a llegar a la conclusión de que el

testigo se atiene al libreto bien ensayado que el abogado le suministró. Consideremos este posible fragmento de apertura:

"Red se sentó en una silla, aproximadamente a un metro y medio de la cabecera de la cama. No podía ver claramente a la persona que según creía era su abuela, porque había olvidado los anteojos, las cortinas estaban corridas, y habían extendido las mantas de modo que casi cubrían la cara de la persona. Al pensar que la abuela tenía un aspecto extraño, dijo: 'Abuela, tus cabellos parecen tan cortos'. En ese momento, Wolfe apartó las mantas con tanta fuerza que aterrizaron cerca de la puerta del dormitorio, a unos 5 metros de distancia. Wolfe se incorporó rápidamente, gritó 'Te engañé' y se arrojó sobre Red. Le aferró el brazo derecho con la mano izquierda. Lo sostuvo unos diez segundos, y Red se retorció y se movía tratando de soltarse. Ella extendió la mano hacia el canasto, que estaba lleno de..."

Este fragmento de declaración se ajusta a las normas de la apertura. Pero, ¿es eficaz? Después de escucharlo, es posible que el juzgador no preste mucha atención al testimonio de Red. Así como un comentario previo excesivamente detallado puede destruir cualquier interés que uno tenga en ver un filme, también una declaración excesivamente detallada anula el incentivo del juzgador para escuchar atentamente el testimonio. O bien el juzgador puede llegar a la conclusión de que como la declaración del testigo sigue tan de cerca la formulación inaugural, ella está declarando de acuerdo con un libreto preparado por su abogado. Conviene reservar algunos detalles importantes para el testimonio, de modo que el juzgador no piense que ya antes lo escuchó todo.

E. EVITE LA EXAGERACION DURANTE LA DECLARACION INAUGURAL

La referencia a la evidencia que uno no atina a presentar permite que un adversario destaque esa falla durante el alegato final, y puede inducir al juzgador a dudar de la credibilidad de nuestro caso. Una formulación equivocada incluso puede de-

terminar la anulación del juicio. Por consiguiente, remítase sólo a la evidencia que usted está seguro que podrá presentar.

Las promesas referidas a la evidencia que uno no puede cumplir típicamente corresponden a una de tres categorías. Uno puede referirse erróneamente a la evidencia que espera obtener de un testigo amistoso, a la que espera que el adversario presente, o a la que más tarde el juez declara inadmisibile. Consideremos brevemente cada una de estas categorías.

Con respecto a los testigos que uno se propone convocar, conviene tratar con cuidado la inclusión de información acerca de la cual un testigo ya habló. Los testigos pueden parlotear relatando una historia de diferente modo cada vez que uno habla con ellos, o incluyendo preámbulos como "creo, aunque no estoy un 100 % seguro" en pasajes de su relato. El testigo que parlotea en la comodidad de nuestro estudio, puede tener un comportamiento desastroso cuando está bajo juramento. La referencia a la información acerca de la cual un testigo ha charlado, puede dejarlo a uno en situación lamentable.

Asimismo, vacile ante la posibilidad de remitirse a la evidencia aportada por testigos que no pueden ser convocados para declarar. Suponga que el pequeño Jimmy, un posible testigo, sufre ataques de sarampión catorce veces distintas durante las semanas que precedieron al juicio, y que usted se entera, en vista de que usted desee omitir cualquier referencia a la evidencia que sólo el pequeño Jimmy puede suministrar. En caso contrario, el alegato final del abogado de la parte contraria puede incluir una declaración como ésta:

"Cuando comenzó este caso, la señorita Cardozo prometió en su declaración inaugural que demostraría que mi cliente, el señor Palsgraf, cruzó con luz roja.

"Prometió presentar un testigo neutral, una persona que no tenía ningún tipo de parentesco con su cliente, y que diría precisamente eso. Bien, ustedes ya escucharon la evidencia que ella aportó... la totalidad de la misma. ¿Dónde estaba ese testigo que ella nos prometió? Lo único que vimos fue un niño pequeño con la cara tan hinchada que no pudo decir una palabra. No se dejen engañar por la historia que la señorita Cardozo les prometió durante su declara-

ción inaugural. Examinen la evidencia, y descubrirán una historia muy distinta".

Este argumento puede inducir al juzgador a equiparar la exageración con el intento de engañar. Por consiguiente, es necesario adoptar una actitud muy prudente cuando en la declaración inaugural se formulan promesas acerca de la evidencia. También debe mostrar cierta vacilación al referirse a la evidencia que espera obtener de los testigos del adversario.

Aludir a la evidencia que uno espera obtener de los testigos de la parte contraria no es necesariamente un argumento de refutación impropio, pues los testigos contrarios a menudo son una fuente de evidencia afirmativa. Pero uno corre riesgos tácticos al proceder así. Si el adversario no convoca a un testigo, o bien obtiene un testimonio distinto del que uno esperaba, es posible que las promesas que uno realizó durante la declaración inaugural nunca se realicen.

Finalmente, no aluda a la evidencia de dudosa aceptabilidad. Si uno tiene cierta duda acerca del aporte de un fundamento adecuado a un elemento de evidencia, la referencia durante la declaración inaugural implica el riesgo de exageración. Por ejemplo, un fiscal que planea presentar evidencia acerca del delito precedente de un acusado para demostrar el "motivo", debe reconocer que el juez puede dictaminar que se trata de una evidencia de carácter inadmisibile, y debe resistirse a mencionar el acto precedente durante la declaración inaugural. Como alternativa a esta actitud, la de omitir la mención de la evidencia dudosa, en el curso de una moción *in limine*, uno puede buscar un dictamen previo al juicio en el sentido de que la evidencia es admisible.

Otra forma de exageración implica la falta de enunciado más que el enunciado erróneo. Si durante la declaración inaugural uno ignora las fallas conocidas de su propia versión, de nuevo se expone a la acusación de que intentó engañar al juzgador. Por ejemplo, si uno alude a la evidencia de que Simon suministrará recursos, pero no incluye la información adicional de que Simon estaba influido por las drogas en ese momento, probablemente está exagerando su argumento. Así como a menudo uno revela fallas en el interrogatorio directo para "suavizar" la repregunta, puede hacer lo mismo durante la declaración inaugural.

F. APERTURAS EN LOS CASOS FALLADOS POR EL JUEZ

La medida en que uno modifica estas sugerencias ante el juez depende en parte de que el caso esté a cargo de un "juez de carácter general". Un juez de carácter general suele atender un caso desde la presentación inicial hasta el final. Por consiguiente, es probable que dicho juez esté familiarizado con las cuestiones concretas pertinentes, y que pueda sugerir enérgicamente al abogado que suprima por completo la declaración inaugural. Uno puede modificar una declaración para reflejar el conocimiento de las cuestiones importantes por el juez.

Pero la apertura nos ofrece la oportunidad de fijar el tono de un juicio, y uno no debe renunciar a la ligera a la declaración inaugural.

Uno debe tender menos a renunciar a la declaración inaugural cuando un juez tiene escaso conocimiento preprocesal de las cuestiones fácticas. Una historia probablemente sea tan nueva para el juez como para un jurado, y por consiguiente la declaración inaugural puede cumplir muchas funciones semejantes en los juicios por jurado y los que están precedidos por el juez.

CAPÍTULO VII

CABOS SUELTOS

Con el testimonio, la declaración y la argumentación se entretejen muchísimos procedimientos que conforman los rios del juicio. Este capítulo describe los procedimientos que están relacionados más estrechamente con la presentación de la evidencia.

Algunos procedimientos, por ejemplo el *voir dire* (investigación previa) y la presentación del testimonio experto, tienden a regularse mediante normas y/o reglas del tribunal. Otros, por ejemplo cuándo y dónde uno está, y cómo se dirige al tribunal y al abogado de la parte contraria, son, en general, producto de la costumbre y la práctica. Sobre todo estos últimos procedimientos probablemente variarán de un tribunal a otro. Por ejemplo, entre la mesa de los abogados y el estrado del juez) es perfectamente aceptable; en otros, la entrada provoca una exclamación de angustia y un llamado de atención del ujier. Así, uno puede pedir consejo a casi todos los que parezcan estar al tanto, incluso al auxiliar sentado en la última fila de butacas, al momento de ingresar en un tribunal nuevo. Si en cambio uno intenta imponer su presencia, puede terminar como el invitado que aparece en una fiesta y se pregunta por qué nadie más se disfrazó.

Algunas de las sugerencias contenidas en este capítulo pueden parecernos excesivamente formalistas. Pero así como un veterano beisbolista puede beneficiarse con cierto grado de tolerancia, también los jueces cierran los ojos a las prácticas un tanto laxas de los litigantes veteranos, aunque no las toleran en los novicios. Por lo tanto, si uno es un novicio, o incluso un veterano que comparece por primera vez ante un juez, comience ajustándose a las formalidades acostumbradas.

Este capítulo no revelará al lector la identidad exacta de los "cabos sueltos". ¡Es conveniente que en la vida haya cierto misterio!

A. LOS PROCEDIMIENTOS REGLAMENTADOS CON FRECUENCIA POR LAS NORMAS O LAS REGLAS DEL TRIBUNAL

1. Exclusión (apartamiento) de testigos

A menudo uno no desea que un testigo de la parte contraria goce del beneficio de escuchar a otros testigos antes de declarar. Uno puede proponer una "orden que excluya a los testigos en espera de su testimonio". La orden aparta a los testigos de la sala del tribunal hasta después de que hayan declarado, y es típico que también les ordene abstenerse de discutir el caso con otros testigos. Antes de celebrar la aceptación de la moción, recuérde que también sus testigos serán excluidos.

¿Adónde van los testigos excluidos? En los juicios breves, al corredor o, a lo sumo, a la cafetería. En los juicios más largos, la mayoría de las jurisdicciones aplica procedimientos "de llave" que permiten que los testigos abandonen el edificio del tribunal para continuar atendiendo sus asuntos, con la única condición de comparecer ante el tribunal apenas se los convoca. Las propias partes no están excluidas. Es posible que estén pagando caro el día de asistencia al tribunal, y no quieren perderse ni siquiera un segundo del episodio. Una parte incluso puede obtener cierto beneficio de este privilegio. Si elige atestiguar en último término, puede ser el primero lo que los restantes testigos tienen que decir. El gobierno, cuyo cliente nominal puede ser la población de todo el estado, generalmente puede designar un representante, por ejemplo un funcionario investigador, que permanece en la sala del tribunal durante el testimonio.

2. Concertación de estipulaciones

Las estipulaciones son acuerdos que uno realiza con el abogado de la parte contraria, y que se refieren a cuestiones legales o de hecho. Aparte de asignar a un tribunal cierta jurisdicción que el mismo no posee ("estipulamos que si resulta con-

denado, el acusado puede ser alquitranado y emplumado"), uno puede concertar acuerdos con respecto a casi cualquier cuestión. Por ejemplo, uno puede estipular la aceptabilidad de la evidencia, las calificaciones de un experto, o la declaración de un testigo.

Normalmente, uno concierta una estipulación con el abogado de la parte contraria fuera del tribunal, y la asienta en el registro en el momento oportuno. Por ejemplo, si uno recibe como registro comercial, y que un testigo está en condiciones de aportar testimonio experto. Se asientan dichas estipulaciones cuando se presenta el documento y cuando se llama a declarar al testigo, respectivamente.

Las estipulaciones típicas incluyen:

a. Las calificaciones de un experto

Uno puede estipular que, por ejemplo, "el doctor Lipkis está calificado para aportar una opinión médica". Ciertamente, cuando un experto posee sobradas calificaciones, los abogados a menudo tratan de acordar acerca de las calificaciones de un experto, en lugar de permitir que el oponente organice el desfile de los honores y las realizaciones del experto frente al jurado. El juez, que tiene conciencia de la presión del tiempo, tal vez intente persuadirnos de que aceptemos dicha estipulación. Pero si uno puede presentar al juez un razonamiento sólido en el sentido de que los antecedentes de nuestro experto son de tal elevada calidad que demuestran no sólo sus calificaciones, sino que también refuerzan la credibilidad de su testimonio, es posible que el juez no nos obligue a estipular.

b. Exactitud de un hecho

Uno puede estipular que un hecho o grupo de hechos es verdadero. Por ejemplo, uno puede estipular que "todos los carros del rey estaban junto al muro", o que "las gallinas vinieron primero". Tales estipulaciones son concluyentes, y los hechos acordados después no pueden ser negados o recusados. Por supuesto, uno puede cuestionar la inferencia que el juzgador tal vez extraiga de un hecho estipulado: "En efecto, acordamos que todos los caballos del rey estaban junto a la pared. Pero eso de

ningún modo debilita nuestra afirmación de que el rey se mostró negligente. En primer término, consideremos..."

Como norma, formule por escrito las estipulaciones. A menudo los acuerdos imprecisos relacionados con una estipulación se derrumban ante el tribunal. Por ejemplo, un oponente puede decir: "Su Señoría, en efecto convine en acordar que en las instalaciones había un perro. Pero ciertamente no acepté acordar que el animal que estaba en las instalaciones tenía cuatro patas, una cola y ladra". Pocas ventajas pueden compararse con las que un litigante puede obtener en el calor del juicio.

c. Declaración del testigo

Uno puede estipular en relación con la declaración de un testigo, sea por referencia a ciertos temas o en lugar de la totalidad de la declaración. Por ejemplo, uno puede estipular que "si se lo convoca y presta juramento, Tolomeo atestiguará que "si y todos los planetas giran alrededor de la tierra". Esta estipulación simplemente acuerda con lo que un testigo diría, no con la exactitud de sus palabras. Cualquier abogado está en libertad de atacar la credibilidad de la evidencia.

Uno puede utilizar dicha estipulación como alternativa a la convocatoria de múltiples testigos, cuya declaración sería esencialmente la misma. O bien, uno puede usar este tipo de estipulación si la ausencia temporaria de un testigo requiere que el juicio continúe de otro modo. Sin embargo, si bien las estipulaciones son usuales y útiles, no se apresure a confiar en ellas como reemplazantes del testimonio oral. Un juezador puede comprobar que es difícil evaluar la credibilidad de la evidencia estipulada que uno presenta y comparada con la presentación en vivo del adversario.

d. Aceptabilidad de la evidencia

La definición de los fundamentos de la evidencia puede ser una actividad bastante onerosa desde el punto de vista del confundacional. O bien, tal vez el testigo fundacional nada sabe de los hechos básicos. Por ejemplo, el "custodio de los registros", cuyo testimonio puede demostrar que cierto documento es un registro comercial, a menudo nada sabe de los hechos concretos.

Por lo tanto, cuando el fundamento no es la cuestión debatida, uno puede ahorrar tiempo estipulando que, por ejemplo, "La prueba material 4 puede ser recibida sin objeción". A menudo uno y el abogado de la parte contraria pueden concertar una *quid pro quo*: "Yo acordaré con lo suyo si usted acuerda con lo mío".

3. Formular objeciones y responder a éstas

Una objeción debe ser el producto de que uno comprendió que se ha violado un principio de la evidencia, y por razones tácticas ha decidido oponerse. Como a menudo uno dispone, para objetar, de menos tiempo del que pasa entre el momento en que la luz del semáforo vira al verde y el taxista que está detrás toca bocina, puede suponerse que ésta es una tarea abrumadora. Sin embargo, debe consolarnos la idea de que el peligro de que uno pierda el caso porque no atinó a formular una objeción es desdenable. Cuando la posible evidencia es al mismo tiempo decisiva e inadmisibles, una rara vez afronta una decisión de último momento. Ciertamente, uno puede formular la objeción antes del juicio, en la forma de una moción *in limine*.

Uno asume la responsabilidad ética de objetar sólo de buena fe. No puede objetar simplemente para perturbar al adversario, desordenar los pensamientos del testigo, vengarse de un adversario que se ha opuesto con frecuencia, o demostrar conocimiento formulando una objeción que le permite citar una nota al pie en un oscuro caso jurídico paraguay del siglo XIX. Por otra parte, uno puede éticamente objetar (aunque desde un punto de vista táctico tal vez no desee hacerlo) si posee una base válida para proceder así, aunque crea que la evidencia en definitiva es admisible. Por ejemplo, mediante una objeción uno puede obligar a un adversario a aportar adecuada evidencia fundacional (vgr., que una formulación extrajudicial propuesta por su valor de verdad reúne las condiciones de una "manifestación en estado emocional").

a. Dos clases de objeciones

Las objeciones se refieren a la sustancia del testimonio o a la forma en que se lo presenta. Una objeción sustantiva sostiene que la información no puede ser sometida a la consideración del

juzgador. Una objeción acerca de la forma deja abierta la posibilidad de que sea posible presentar la información, pero no del modo en que el oponente desea hacerlo.

Algunas típicas objeciones sustantivas son:

1. Irrelevante.
2. La relevancia se ve superada por el efecto perjudicial o las consideraciones de tiempo. (Obsérvese que por sí solo el "perjuicio" no es argumento válido para formular una objeción. "¿Usted ve al asesino aquí en la sala del tribunal?", objetando que la respuesta podría perjudicar al cliente).
3. Conocimiento de oídas.
4. Falta de fundamento.
5. Evidencia impropia que menoscaba el carácter de la persona aludida.
6. Opinión impropia; conjetural.

Una incursión en las propias normas acerca de la evidencia excede el alcance de este libro. Sin embargo, conviene prestar especial atención a la "falta de fundamento". Todos los elementos de la evidencia están sujetos a los requerimientos fundacionales, aunque sea únicamente el fundamento del "mínimo común denominador" de la competencia del testigo y el conocimiento personal. Por consiguiente, si uno está buscando la expresión apropiada en el calor de la batalla, la "falta de fundamento" puede ser lo que busca.

Algunas típicas objeciones de "forma" son:

1. Ambiguo.
2. Complejo.
3. Obliga a responder con una narración.
4. Sugestivo.
5. Supone hechos que no están incluidos en la evidencia.
6. Preguntado y contestado.
7. Cita erróneamente a un testigo.
8. Argumentativo.

b. Uno objeta

1. CUÁNDO Y CÓMO OBJETAR

Una objeción consiste típicamente en la palabra "objeción" seguida por el argumento o los argumentos específicos en los cuales se basa. Por ejemplo, uno puede decir: "Objeción, conocimiento de oídas", u "Objeción, la pregunta exige como respuesta una narración". La mayoría de los jueces piensan acerca de las objeciones referidas a las "expresiones verbales" lo mismo que a los que dan largas al asunto con su verborrea: en una actitud despectiva. No se lance a una conferencia, por ejemplo acerca de la importancia de la norma sobre el conocimiento de oídas para el modo de vida democrático. Si un juez desea más detalles, generalmente los pedirá.

Uno debe especificar una base apropiada para la objeción. Desde el punto de vista técnico, un juez puede desechar una objeción que señala la base equivocada, o que no aporta una base adecuada. (Un ejemplo de este último caso sería: "Objeción, la pregunta exige una información inadmissible"). Pero en la práctica, un juez puede apoyar una objeción obvia antes de que hayamos terminado de formularla. Un juez incluso puede apoyar una objeción para la cual, en opinión del juez, uno eligió una base equivocada: "Bien, no creo que eso sea irrelevante, pero es conocimiento de oídas de acuerdo con el razonamiento de una oscura opinión paraguaya del siglo XIX. La apoyaré sobre esa base".

La regla general es que uno debe objetar apenas resulta evidente la base de la objeción. Es necesario objetar a una pregunta después que ésta ha sido formulada y antes de que se la haya contestado. Cuando un testigo incluye un contenido impropio como respuesta a una pregunta propia, interrumpe la respuesta para formular su objeción. Por ejemplo, considere la siguiente secuencia:

P: ¿Cuándo llegó Jenni?

R: A las 8:00, después que arrojé de la mesa todos los bizcochos que un grupo de niñas exploradoras intentaba vender.

Como la base de la objeción aparece por primera vez en la respuesta, uno puede interrumpir al testigo para objetar. En beneficio del cronista judicial, primero ocúpese de que el testigo cese de hablar (póngase de pie y diga: "Discúlpeme") y después formule su objeción.

2. SE APOYA LA OBJECCION

No diga "gracias". Cuando se apoya una objeción muchos abogados suelen agradecer a más personas que el ganador de un Oscar al "Mejor Filme". La palabra de agradecimiento implica que el juez está haciendo un favor, en lugar de dictar un fallo requerido por la ley.

Cuando un juez apoya nuestra objeción a la evidencia que un testigo acaba de presentar, recuerde la necesidad de "moción para la anulación" de la evidencia inadmisibles. A menos que el juez ordene su eliminación, es posible que el juzgador la considere.

3. SE DESECHA NUESTRA OBJECCION

Antes, uno habría necesitado preservar una objeción para la apelación señalando su "oposición" al fallo adverso de un juez. "Oponerse" era el equivalente legal de "¿De veras?". Ahora, las propias objeciones preservan puntos de la evidencia para la apelación; uno no necesita "objetar".

Si uno cree que un juez ha desechado imprópiamente su objeción, quizá aquél no juzgó bien la afirmación. Pida que "se lo escuche más detenidamente", y considere la posibilidad de pedir la aproximación al estrado si el juez otorga la solicitud.

4. CONTINUIDAD DE LAS OBJECCIONES

Hay un problema especial cuando uno se propone objetar una línea entera de indagación, y el juez anula la primera objeción. Por ejemplo, supongamos que usted afirma que todos los hechos que sucedieron después del 31 de marzo son irrelevantes. Asistimos a este diálogo:

P: Volviendo su atención al 1º de abril, ¿dónde estaba usted?

Usted: Objeción, irrelevante.

Juez: Desechada.

En lugar de verse obligado a objetar todas las preguntas referidas a los hechos que sucedieron después del 31 de marzo, uno puede solicitar una "objeción continua". Así, después del dictamen mencionado más arriba puede desarrollarse este diálogo:

Usted: Su Señoría, ¿puedo formular una objeción continua a todas las preguntas y todas las respuestas relacionadas con los hechos que sucedieron después del 1º de abril?

Juez: Si el autor no tiene inconveniente, puede proceder.

La objeción continua preserva nuestra objeción para la apelación, impide que uno renuncie a la objeción al abstenerse por inadvertencia a objetar una pregunta o dos después del 31 de marzo, y evita que uno parezca estridente frente al jurado.

c. El adversario objeta

1. CÓMO RESPONDER

Si uno acepta que su pregunta es impropia, puede proponer su retiro, y después formular otra. Pero esa actitud evita que el juez formule un dictamen, y anula el reclamo que uno podría formular en la apelación en el sentido de que la objeción del adversario fue impropia. Por consiguiente, no retire una pregunta sólo por mostrarse amable, o en la creencia quizá errónea de que su oponente comprende mejor que usted las normas de la evidencia.

Si usted cree que su pregunta es apropiada, no se enfrente automáticamente en una argumentación contraria. Si bien el comportamiento judicial varía, muchos jueces no desean es-

cuchar argumentos a menos que uno haya solicitado primero y después obtenido "el permiso para ser escuchado". Después de todo, es posible que el juez se prepare para rechazar la objeción.

A menudo, uno responde a una objeción afirmando que está proponiendo un testimonio "con un propósito limitado". Por ejemplo, uno puede responder a una objeción basada en el conocimiento "de oídas" afirmando que "la evidencia tiene que ver con el estado de ánimo del testigo". Cuando uno ofrece un testimonio con un propósito limitado, puede obviar una objeción incorporando el propósito a su pregunta: "Para los fines que se refieren exclusivamente a su estado mental, por favor díganos lo que usted dijo después que vio que el oso se dirigía a la montaña".

2. SE ANULA LA OBJECIÓN DEL ADVERSARIO

Tampoco en este caso diga "gracias". En cambio, recuerde que debe obtener respuesta a la pregunta que provocó la objeción: a veces el abogado se entusiasma tanto con la victoria en un punto de la evidencia, que olvida conseguir una respuesta. Si el testigo no recuerda la pregunta, fórmulela de nuevo o pida al juez que ordene al cronista judicial que la repita.

3. SE APOYA LA OBJECIÓN DEL ADVERSARIO

Ahora ciertamente usted no dice "gracias". Asimismo, después de un dictamen contrario, uno puede pedir que se lo escuche, o que se le preste más atención. A diferencia de los árbitros del béisbol, los jueces a veces cambian de actitud si uno puede demostrarles dónde se equivocaron.

Muchas objeciones, incluso de carácter "sustantivo", pueden resolverse quizá aportando fundamentos más sólidos. Por consiguiente, si uno no comprende la base del dictamen de un juez, debe solicitar aclaración: "Su Señoría ha afirmado la falta de objeción para el fundamento. ¿Puede preguntar al abogado cuál es exactamente el ingrediente fundacional faltante?" Al fra-
 sear hábilmente de este modo el pedido, uno salva del aprieto al juez, pues solicita al abogado de la parte contraria que suministre el fundamento faltante.

4. OFRECIMIENTO DE PRUEBA

A veces uno puede obtener un dictamen favorable respondiendo a la objeción de un adversario con un "ofrecimiento de prueba". Un ofrecimiento de prueba es un enunciado, en nuestras propias palabras, de lo que dirá un testigo si se le permite declarar. Formule un ofrecimiento de prueba cuando la respuesta de un juez a una objeción depende de la evidencia que el juez todavía no conoce. En ciertas circunstancias, cuando un juez dictamina que uno no puede ofrecer evidencia, mediante el ofrecimiento de la prueba debe asesorar al juez acerca de la declaración proyectada para preservar nuestro derecho a la apelación.

Una de las situaciones más comunes en que uno realiza un ofrecimiento de prueba es como respuesta a una objeción basada en la relevancia. Consideremos un ejemplo:

P: ¿A qué hora despertó esa mañana?

R: Alrededor de las 6:00 horas.

P: Y después, ¿qué hizo?

Abogado de la parte contraria: Objeción, irrelevante.
 Juez: Apoyada.

Usted: Su Señoría, ¿puedo realizar un ofrecimiento de prueba? El testigo declarará que al despertar tomó un desayuno "Especial de California" consistente en papaya seca, pan de centeno caliente y té de hierbas de arándano. Esta declaración es relevante para refutar la afirmación de la parte contraria en el sentido de que celebró un encuentro de sayunando con Crenshaw en un restaurante a las 6:45 horas.
 Juez: Está bien, se desecha la objeción. Puede preguntar.

A veces, el ofrecimiento de la prueba se refiere a la evidencia fundacional que uno espera obtener de un testigo futuro. Por ejemplo, quizá uno desee obtener una declaración acerca del contenido de un documento, sujeto a la declaración de un testigo ulterior que aporta un fundamento en el sentido de que el documento es un registro comercial. El juez puede aceptar el testimonio "condicionalmente", con la salvedad de que podrá

ser anulado si uno no presenta el testimonio que prometió en su ofrecimiento de prueba.

Cuando haya jurado, insista en que el abogado de la parte contraria realice un ofrecimiento de prueba junto al estrado, de tal modo que los jurados no lo escuchan. Si no procede así, el abogado puede esgrimir ante los jurados una información que tal vez el juez considere inadmisibles. A menudo, uno querrá también realizar ofrecimientos de prueba junto al estrado. Durante la repregunta, uno generalmente no desea que el testigo contrario sepa de antemano cuál es la evidencia que uno confía obtener, y cuál la que revelará en un ofrecimiento de prueba.

d. Mociónes "in limine"

Una moción *in limine* es una moción, a menudo apoyada en una presentación escrita, de una norma previa al juicio acerca de la evidencia. Si bien la moción puede ser formulada en apoyo de la aceptabilidad, es más típico que intente excluir del juicio la posible evidencia. Las mociónes *in limine* tienen una serie de ventajas. Si se autoriza una moción que excluye la evidencia, nuestro adversario en general ni siquiera puede aludir a que la necesidad de objetar durante el proceso, porque incluso si uno prevalece, es probable que los jurados se enteren de lo que era la evidencia antes de que se la haya excluido. Asimismo, la referencia a un elemento excluido antes del juicio puede determinar la anulación del proceso. Finalmente, incluso si la moción fracasa, el hecho de que uno la haya presentado puede inducir al juez a concederla cuando uno renueva la objeción en el curso del juicio.

e. Consideraciones tácticas

Las consideraciones tácticas orientadas hacia la eliminación de objeciones se refieren principalmente a los juicios por jurados. Así como los aficionados al béisbol tienden a suponer que se los priva de información importante cuando los administradores y los árbitros discuten, los jurados a menudo sienten que las objeciones son esfuerzos para ocultar información. Por lo tanto, la abundancia de objeciones puede sugerir a los jurados que uno teme lo que pueda llegar a conocerse. Los acusadores

se muestran particularmente cautelosos frente a estas inferencias adversas, y a menudo desechan las objeciones.

Las objeciones también pueden tener un efecto contraproducente cuando, como respuesta, el adversario ofrece una evidencia que en otras condiciones habría omitido. Por ejemplo, la evidencia fundacional puede demostrar no sólo que la evidencia es admisible, sino también acrecentar su credibilidad. Si uno se opone con razón a la falta de fundamento cuando sabe que su oponente puede corregir fácilmente el fundamento faltante, permite que el oponente presente un caso más convincente. Asimismo, la objeción a las preguntas como "sugestivas", puede obligar al adversario a formular preguntas francas, que permiten que los testigos relaten historias más verosímiles.

Sin embargo, no todas las consideraciones tácticas se oponen a la formulación de objeciones. Uno puede objetar ciertos puntos no cruciales para confirmar las "reglas básicas" que rigen un juicio. Por ejemplo, si a lo largo de un juicio uno se mostró laxo con respecto a las objeciones ante las opiniones impropias que "no nos ofendieron", es posible que el juez no apoye dicha objeción en el caso de un elemento crítico de la evidencia.

4. Los testigos expertos

La cantidad de papel necesaria para anotar todas las palabras escritas acerca del testimonio experto sin duda ha determinado la destrucción de muchos bosques. Sin embargo, todas esas palabras equivalen esencialmente a lo siguiente: conozca bien la sustancia del testimonio de un experto, de modo que pueda obtener el testimonio de un modo tal que el juzgador tenga probabilidad de entenderlo.

Las formas cada vez más complejas de la vida, combinadas con una actitud más flexible de las modernas reglas de la evidencia frente a las opiniones de los expertos, acentúan la tendencia de los litigantes a depender del testimonio de los expertos. Al mismo tiempo, el resultado típico del frecuente escepticismo de los juzgadores frente al conocimiento experto y el empleo de la experiencia personal para comprender lo que un experto les dice, así como la tendencia a la situación en que un experto de un lado se ve contrarrestado por el experto del otro, es que los juzgadores evalúan el testimonio de los expertos más o menos del mismo modo que evalúan el testimonio de los legos.

a. Usted propone a un experto

Los expertos interpretan la información que está más allá de la experiencia usual de un juzgador. Se basan en el entrenamiento y la experiencia especializados para extraer inferencias, generalmente formuladas en la forma de opiniones. Para calificar a una persona de modo que emita tales opiniones, es típico que uno empiece aportando una declaración acerca del "saber, la habilidad, la experiencia, la formación o la educación" del experto (Regla de la Evidencia Federal 702). Estos términos fundacionales son necesariamente amplios, pues el espectro del conocimiento experto utilizable es muy amplio. Los expertos forman una amplia gama, desde los que poseen diplomas científicos (por ejemplo, un médico o un ingeniero) a aquellos cuya experiencia en determinada área es importante para una cuestión en disputa (por ejemplo, representante de profesionales o peón agrícola). El fundamento que uno obtiene varía de acuerdo con el tipo de conocimiento experto que la persona posee.

Por ejemplo, es típico que un hombre de ciencia reúna las calificaciones necesarias para declarar acerca de la educación que recibió después del colegio secundario, los diplomas, los honores (no cuestiones como los certificados de caligrafía) y la experiencia real. Asimismo, puede referirse a los libros o los artículos que escribió, el número de veces que declaró antes como experto, y describir el área general de su conocimiento experto. En cambio, el fundamento de un testigo calificado por la experiencia para suministrar una opinión experta generalmente se concentra en dicha experiencia. Mientras nuestro adversario puede ofrecer un acuerdo acerca de las calificaciones de un experto, uno puede negarse a acordar si tales calificaciones son especialmente destacadas.

Cuando un experto también es un testigo perceptivo (por ejemplo, el médico a cargo del tratamiento), el interrogatorio directo puede ser una cronología que se asemeja a la de un *testigo ordinario*. Uno utiliza la mayoría de las mismas técnicas; preguntas directas, detalles, el subrayado de la evidencia importante; las pruebas materiales. La evidencia explicativa en los casos típicos es decisiva: uno desea que el juzgador comprenda las bases de las opiniones de un experto. Finalmente, si bien algunos expertos se complacen en utilizar su jerga, recuerde que los mejores testigos expertos son generalmente los que pueden co-

municarse con los legos en un lenguaje sencillo, simple y vívido, y que pueden ilustrar conceptos poco familiares con ejemplos conocidos.

Es tradicional que los expertos no perceptivos aportasen opiniones sólo respondiendo a preguntas hipotéticas. Una pregunta hipotética pide a un experto que suministre una opinión basada en hechos supuestamente ciertos. Algunos abogados las prefieren porque son una oportunidad para resumir la evidencia en beneficio del juzgador antes del alegato final. Sin embargo, las preguntas pueden llegar a ser bastante complejas, porque deben incorporar gran parte de la evidencia. Si uno omite evidencia importante de una pregunta hipotética, un juez puede dictaminar que la opinión basada en los hechos supuestos debería ser irrelevante. Asimismo, el adversario puede traer a un experto que modifique una opinión en las repreguntas al agregar nueva evidencia "supuesta" a la hipotética. Las modernas reglas de la evidencia, por ejemplo la Regla Federal 703, permiten que uno evite las preguntas hipotéticas transmitiendo información a un experto no perceptivo antes del juicio.

Por importantes que sean las credenciales y la experiencia que posea un testigo convocado como experto, uno mismo adopta las decisiones definitivas acerca de su testimonio. Es posible que ésta no sea una tarea fácil. Muchos expertos consideran a los abogados del mismo modo que los abogados consideran a los testigos, obstáculos innecesarios que ocultan su verdadero brillo a los ojos del juzgador. Por consiguiente, los expertos a veces pueden ignorar la organización que el abogado planeó, porque confían en su capacidad superior para narrar una historia. Hay que recordar esta posibilidad cuando se selecciona al experto. Después de emplear a un experto, la familiaridad que uno tenga con el tema del experto y la cuidadosa preparación del testimonio son patrones de medida que nos permitirán ejercer cierto control sobre el alcance y el formato del testimonio.

b. Repreguntas de los expertos

Que el abogado presencie o no el testimonio del experto, la consulta que se le formula a éste generalmente será la mejor mitrinos indagar acerca de:

1. Los límites del saber de un área del conocimiento experto. Por ejemplo, en un caso de mala práctica médica, uno puede usar la repregunta para subrayar que no existe una prueba médica que pueda asignar la alergia de un paciente a determinada medicación. Asimismo, si nuestra jurisdicción permite una forma de testimonio experto que otra no tolera, los factores que han conducido a la otra jurisdicción a excluir el testimonio experto a menudo son relevantes para la credibilidad de una opinión. Por ejemplo, supongamos que nuestra jurisdicción permite el testimonio experto referido al "síndrome de adaptación al abuso en perjuicio de los niños". Es posible que otras jurisdicciones no acepten este área del conocimiento experto, y entren para actuar de ese modo.
2. Las pruebas que el experto puede haber realizado para fundamentar su opinión, pero que no fueron ejecutadas.
3. Si el experto es un testigo no perceptivo, el valor de la observación real para alcanzar una opinión fidedigna.
4. Si el experto es un técnico de cierta categoría, la falta de profundidad de la comprensión en el testigo. Por ejemplo, un agente de policía que administra un "análizador del aliento", tal vez no sea capaz de responder a una pregunta como: "¿Qué principios químicos son la base de esta prueba?".
5. El dinero que el experto recibió - ¡a menos que el nuestro haya recibido más!
6. Las contradicciones entre el testimonio de un experto y su informe. A menudo los informes se preparan de prisa, y antes de que aparezcan variaciones tácticas de último momento en la versión del adversario. Asimismo, el informe final de un experto puede chocar con borradores anteriores (los procesadores de palabras, con su capacidad para "ampliar el texto", pueden reducir nuestra oportunidad de enterarnos de los conflictos).

5. "Voir dire" (investigación previa)

La expresión *voir dire* se refiere a las preguntas formuladas a los posibles jurados, con el fin de examinar sus calificaciones para participar en la formulación del juicio, y las que se formulan a los posibles testigos con el fin de examinar sus calificaciones para atestiguar. En cualquiera de ambas situaciones,

será difícil que uno pueda cumplir la función para satisfacción de todos.

a "Voir dire" del jurado

El interrogatorio de los posibles jurados nos permite promover cuestionamientos "con causa", y desafíos perentorios. Los primeros, generalmente sin límite por lo que se refiere al número, son cuestiones basadas en respuestas que indican una actitud realmente tendenciosa. Los cuestionamientos perentorios, limitados en número, representan rechazos de posibles jurados sobre la base de nuestras reacciones y nuestros sentimientos subjetivos frente a sus reacciones, sus antecedentes, el lenguaje corporal, etcétera.

El propósito ostensible del *voir dire* es obtener un panel de jurados imparciales. En la práctica, uno busca jurados que probablemente considerarán verosímil la versión de los hechos aportada por nuestro cliente. Este objetivo concuerda con el modo en que los juzgadores tienden a evaluar la evidencia. Como es probable que los juzgadores se basen sobre todo en sus experiencias personales, a menudo uno quiere hallar jurados cuyas experiencias probablemente les suministrarán cierta comprensión de los acontecimientos importantes. Por lo tanto, cuando defendemos a una mujer contra una acusación de asesinato sobre la base del "síndrome del cónyuge golpeado", es posible que uno desee contar con jurados de sexo femenino; cuando representa a un médico acusado de mala práctica, uno querrá como jurados a profesionales. Como uno puede "seleccionar" a un jurado sólo eliminando a otros posibles jurados, y contar con un número limitado de casos posibles jurados, y la selección del jurado es típicamente una combinación de buen criterio, conocimiento de la composición del panel convocado y desarrollo de la información a partir de los posibles jurados indeseables, los cuales inducirán al juez a desecharlos "con causa".

Un juez comienza la investigación de los antecedentes (*voir dire*) recabando de cada jurado datos acerca de la familia, la ocupación y el servicio precedente en la condición de jurado. Es típico que un juez también explore los factores que sugieren que un jurado puede ser una persona tendenciosa. Por ejemplo, en un caso penal, un juez puede preguntar si los jurados o sus parientes cercanos alguna vez fueron víctimas del delito o se de-

sempañaron en funciones relacionadas con la aplicación de la ley. Antes, tales preguntas quedaban exclusivamente a cargo de los abogados. Pero como algunos consideran que los abogados abusan del *voir dire* e intentan "imponer" su interpretación de los casos durante esta interpretación previa, los jueces ahora tienden a explorar ampliamente las posibles actitudes tendenciosas, y en algunas jurisdicciones incluso relegan al abogado ahora ámbito de la sugerencia de preguntas por escrito.

Si a uno se le permite interrogar oralmente, tratará de comprometer a los jurados en un diálogo oral a través de las preguntas directas. Uno obtendrá pocas imágenes de los sentidos y las experiencias de un jurado si utiliza preguntas conductor supuestamente borracho. Aunque nuestro cliente conoce que bebió una cerveza poco antes de salir a manejar, el abogado sostiene sinceramente que no estaba bajo la influencia del alcohol. Compárense estas preguntas:

1. "¿Puede ofrecer un juicio justo al señor Chivas?"
2. "¿Cuál es su actitud frente a una persona que bebe una cerveza, y después se pone frente al volante de un automóvil?"

Seguramente la respuesta a la segunda pregunta nos dirá mucho más que la primera acerca de la actitud de una persona.

Algunas jurisdicciones limitan las preguntas del tipo *voir dire* a las que se realizan "con causa". Otras nos permiten explorar las bases de la recusación sin causa de los jurados. Por ejemplo, retornemos a la defensa del conductor supuestamente borracho. Uno pregunta: "Supongamos que la legislatura estuviese contemplando una legislación que rebaja a dieciséis años la edad para consumir alcohol. ¿Qué opinaría usted acerca de esa propuesta?" La pregunta puede ser suprimida en las jurisdicciones que adhieren a la norma de la recusación "sólo con causa", pero sin duda es relevante para el ejercicio de una recusación sin causa del jurado.

Las bases que nos permiten ejercer recusaciones sin causa del jurado son tema tanto de la ciencia social (por ejemplo, las encuestas pagas de las actitudes de la comunidad) como de la sabiduría popular (por ejemplo, "no incluya a gente pobre en el

jurado si quiere obtener elevadas sumas en concepto de daños"; "no incluya profesores de derecho en su jurado..."). Los abogados experimentados reconocen que a menudo se atienen a sus corazonadas cuando practican la recusación sin causa. Las decisiones que uno adopte por lo menos serán decisiones informadas si se basan en diálogos en los cuales los jurados expresan opiniones y sentimientos.

Una regla aplicada en casi todas las jurisdicciones es que si bien uno puede recabar los pensamientos de un jurado acerca de la evidencia posible, no puede pedirles que preiuzguen un caso. En el tema acerca de la "influencia", uno puede preguntar: "¿Usted cree posible que una persona beba una cerveza y no sufra la influencia del alcohol?" Pero la pregunta acerca de un resultado específico es impropia. Uno no puede preguntar "Si se le demostrase que el señor Chivas bebió una sola cerveza, ¿usted llegaría a la conclusión de que él no estaba bajo la influencia del alcohol?"

b. Interrogatorio fundacional de los testigos

Uno puede pedir que "se someta al testigo al *voir dire*" con el propósito de indagar acerca del fundamento de la declaración del testigo. El *voir dire* cuestiona la *aceptabilidad* de la evidencia. Para cuestionar su *valor probatorio* uno debe esperar la pregunta. La alternativa al *voir dire* es indagar en las cuestiones fundacionales durante la repregunta, mocionando la eliminación de la declaración de un testigo si uno demuestra que hay una falta de fundamentos. A esa altura de las cosas, el juzgador ya escuchó lo que supuestamente debería ignorar, de modo que el *voir dire* es preferible a la repregunta si uno cuenta con un desafiante fundacional realista.

Como toda la evidencia exige una demostración fundacional, aunque se trate sólo de los requerimientos esenciales acerca del conocimiento y la competencia de primera mano de un testigo lego, el *voir dire* siempre es una posibilidad. Interponga su objeción fundacional y pida que se someta al testigo al *voir dire* en el punto, sea éste el que fuere, en que el adversario finaliza su indagación fundacional y pasa a la evidencia. Si uno cuestiona la competencia de un testigo para declarar, formule su objeción y el pedido de *voir dire* (quedará junto al estrado) apenas el testigo termina de prestar juramento. Si cuestiona las califica-

ciones de un experto, formule su objeción y su pedido después que su adversario finaliza el interrogatorio acerca de los antecedentes. En otras ocasiones, objete y pida el *voir dire* cuando el adversario ofrece como evidencia un material de prueba o una declaración extrajudicial.

Un ejemplo puede ser útil. Suponga que usted representa al demandante en un caso por muerte dolosa que incluye la voladura de un camino supuestamente negligente. Uno cuestiona las calificaciones de un testigo convocado por el acusado para ofrecer testimonio experto acerca de los procedimientos de la voladura. De manera resumida, el testimonio puede desarrollarse del siguiente modo:

P: Bien, doctor Vesuvius, ¿dónde y cuándo obtuvo usted su diploma de ingeniero?

R: Obtuve mi doctorado en la voladura de paisajes montañosos en la Tecnológica de Fútbol, hace unos diez años.

P: ¿Qué hizo después de diplomarse?

R: Soy profesor de ingeniería en la Universidad del Sureste, y dicto cursos clínicos en las técnicas de voladura, el diseño de la dinamita y la mitología gitana.

P: ¿Puede describir sus publicaciones?

R: Sí, soy el autor de la obra *Análisis de la voladura en pocas palabras*. Hace poco publiqué un estudio encargado por el Cuerpo de Ingenieros Militares, para estudiar diferentes métodos de nivelación de las Montañas Rocallosas.

P: Gracias, doctor. Ahora, le formularé una pregunta hipotética. Supongamos...

Usted: Discúlpeme, abogado. Su Señoría, me opongo con el argumento de que el testigo no está suficientemente calificado para ofrecer testimonio experto en esta cuestión. ¿Puedo someter a *voir dire* al testigo?

Juez: ¿Limitará sus preguntas rigurosamente a las calificaciones?

Usted: Sí, Su Señoría.

Juez: Permitiré una breve indagación.

Usted: Doctor Vesuvius, ¿alguna vez dirigió una voladura real con dinamita?

R: No, aunque analicé muchas voladuras simuladas con estudiantes.

Usted: Su Señoría, objeto en vista de que el testigo carece de experiencia real en las técnicas de voladura, y por lo tanto no está en condiciones de presentar una opinión experta en esta cuestión.

El abogado de la parte contraria puede profundizar más en las calificaciones del testigo. Pero si el juez en definitiva condecora la objeción, el juzgador nunca escuchará la sustancia de la declaración del testigo.

6. Instrucciones al jurado

Las instrucciones al jurado informan a sus miembros acerca de los principios legales pertinentes, tanto sustantivos (vgr., los elementos de negligencia) como de procedimiento (vgr., la carga de la prueba). Además, las instrucciones indican a los jurados el modo de abordar el proceso de decisión. Por ejemplo, las instrucciones indican a los jurados que utilicen el sentido común, que se escuchen unos a otros pero definan su propia posición y que elijan a uno de sus miembros que los presidirá.

Los investigadores en ciencias sociales han observado que los jurados tienden a afrontar ciertas dificultades para comprender las instrucciones que se les imparten, y especialmente las que intentan reducir un curso de la facultad de derecho, por ejemplo acerca de los daños y perjuicios, a aproximadamente una hora de explicación oral. Una forma de respuesta judicial ha sido "instruir previamente" a los jurados. Es decir, un juez puede instruir parcialmente a los jurados antes de que uno comienza a ofrecer la evidencia. Otra respuesta ha sido redactar nuevamente las instrucciones utilizando una terminología común y corriente. Una tercera ha sido suministrar a los jurados copias de las instrucciones, de modo que puedan utilizarlas mientras deliberan. Sin embargo, algunos jueces se resisten a permitir que los jurados reciban por escrito las instrucciones. Temen que los jurados concentren la atención en determinada recomendación, ignorando la que está en otra página y que mo-

difica la anterior. Estos jueces consideran que es mejor volver a instruir oralmente a los jurados si éstos así lo solicitan. De ese modo, el juez puede repetir la instrucción solicitada, así como las que modifican ésta.

Desde la perspectiva de nuestro lector como abogado, uno a menudo desea que las instrucciones del jurado sean una extensión del alegato final. Un modo de lograrlo es remitirse a las instrucciones durante el alegato final, agrupando la evidencia relacionada con los temas en disputa. Cuando uno en efecto se refiere a las instrucciones, debe poner cuidado e incluir una frase por el estilo de "El juez les indicará que...". Esta precaución es un residuo de épocas anteriores, cuando la referencia a los principios legales era del dominio exclusivo del juez.

Un segundo método para lograr que las instrucciones sirvan como extensión de nuestro argumento es convertirlas en proposiciones fácticas. Como se recordará por la discusión presentada en el Capítulo II, los principios legales son típicamente abstractos. Las instrucciones del jurado generalmente no son menos abstractas. Incluso si parte de su jerga legal aparece reelaborada utilizando la terminología propia de los legos, siempre habrá cierta distancia entre las instrucciones y las afirmaciones fácticas. Para salvar esa distancia, uno puede presentar instrucciones que reflejen los hechos que es necesario demostrar.

Por ejemplo, una recomendación que puede formularse en un caso penal adopta la siguiente forma:

"Un individuo que porta oculta en su persona o disimulada en un vehículo que está sometido a su control o su dirección una pistola sin tener licencia para portar ese arma de fuego es culpable de una contravención."

Uno puede convertir esta recomendación abstracta en posiciones fácticas, por ejemplo:

"Con el fin de condenar al señor Dillinger, el Estado debe demostrar cada uno de los siguientes elementos fuera de toda duda razonable:

"1. Que el señor Dillinger portaba un revólver sobre su persona cuando fue al cine el día de mayoría

"2. Que el revólver que el señor Dillinger portaba estaba completamente oculto a la vista de los observadores;

"3. Que el señor Dillinger no tenía licencia para portar el revólver el 6 de mayo."

Por consiguiente, las instrucciones pueden referirse a la evidencia que uno subrayó en su propia historia. Es posible que los jueces se resistan a impartir instrucciones tan ajustadas al caso. Quizá en parte para evitar la revocación, muchos jueces prefieren impartir instrucciones aprobadas por las cortes legales. Pero si las instrucciones se adaptan al derecho y a la evidencia, el pedido que formulamos es apropiado.

Finalmente, uno puede proponer instrucciones basadas en fuentes más variadas. Un diccionario, un oscuro caso en apela- ción, un artículo de comentario legal, o incluso un "breviario" puede definir o remitir a un principio legal en un lenguaje que bien podemos suponer será atractivo para los jurados. Si uno se refiere a ese lenguaje durante su argumentación, la repetición en el curso de la instrucción puede ser una forma de validación judicial.

7. Órdenes de comparecencia

Una orden de comparecencia implica ordenar al testigo que se presente ante el tribunal. Si la orden impone al testigo también la presentación de documentos, es una *subpoena duces tecum*. Aunque las órdenes de comparecencia provienen del tribunal, muchas jurisdicciones las emiten en blanco, y uno las llena a medida de las necesidades.

Conviene impartir la orden de comparecencia incluso a los testigos más cordiales. Si el testigo con quien uno cuenta está enfermo o por cualquier otro motivo no puede concurrir el día fijado para el juicio, el éxito de nuestra moción referida a una continuación puede depender de la respuesta que uno suministre a la pregunta del juez: "¿El testigo recibió una orden de comparecencia?" El testigo puede pensar que la orden de comparecencia es una indicación en el sentido de que uno no confía en él. Sin embargo, asegure al testigo de que usted está ajustándose a su práctica profesional y que una orden de comparecencia también protege al testigo, al suministrar evidencia al

empleador o a otras personas acerca del paradero del propio testigo.

La mayoría de las jurisdicciones contemplan un procedimiento "a la vista", que permite que los testigos que recibieron órdenes de comparecencia continúen atendiendo sus asuntos cotidianos hasta que les llega el turno de declarar.

B. COSTUMBRES Y PRACTICAS

1. Sentarse y permanecer de pie

Quizá porque el demandante afronta la carga de la prueba, más cerca del jurado y el estrado de los testigos. (Estos lugares generalmente están del mismo lado de la sala del tribunal).

La mayoría de los abogados permanecen de pie (quizá detrás de un artil fijo) mientras hablan. Incluso si uno prefiere y le permiten sentarse mientras interroga a los testigos, permanezca siempre de pie cuando se dirige directamente a un juzgador. Por ejemplo, permanezca de pie durante el *voir dire* del jurado, la formulación de apertura y el alegato final, cuando formula una objeción, y cuando tiene que salir de la sala del tribunal.

Normalmente el abogado no puede acercarse a un testigo a menos que tenga motivos para actuar así, por ejemplo mostrar la parte importante de una prueba material. Solicite al juez la autorización para aproximarse, a menos que el magistrado le advierta que no necesita molestarse en pediría. Regrese a su "lugar" cuando desapareció la razón que lo inducía a aproximarse a un testigo.

2. Prontitud

Una de las leyes no escritas de Murphy es que el juez siempre asciende al estrado a la hora exacta cuando uno llega tarde. Si por cualquier razón usted espera llegar tarde, llámeme inmediatamente al empleado e indique una hora realista de llegada. Pero mejor todavía, sea puntual.

3. La aproximación al estrado

Pida aproximarse al estrado siempre que desee presentar una declaración o formular una objeción y no desea que lo escuches alrededor del estrado o los jurados. Los jueces prefieren las conferencias al juez, que implica más pérdida de tiempo. Si es probable que el juez formule una norma acerca de la evidencia durante una de estas conferencias alrededor del estrado, o usted o el abogado de la parte contraria probablemente formulará declaraciones que uno desea asentar en el registro, solicite la presencia del cronista judicial junto al estrado. Formule la esperanza de que el juez posea un estrado amplio.

Una objeción acerca de la "relevancia" puede conducir a una conferencia junto al estrado, sea cual fuere la posición que uno adopte en relación con la objeción. Si nosotros formulamos la objeción, oponernos a la respuesta del abogado acerca de la razón por la cual la evidencia es relevante, puede ser un anticipo del alegato final del abogado: "¿No es relevante? Su Señoría, considere nuestra posición en este juicio. Afirmamos que...". La explicación de los méritos de la objeción junto al estrado impide que el adversario presente una argumentación "libre" de cierre.

En el mismo sentido, quizá uno también desee aproximarse al estrado cuando afronta una objeción en el sentido de que la pregunta que formuló al repreguntar es "irrelevante". Para superar la objeción tal vez sea necesario que uno realice un "ofrecimiento de prueba", informando al juez de la respuesta que uno espera obtener. Como tal vez no deseamos advertir simultáneamente de la naturaleza de nuestro objetivo al testigo de la parte contraria, lo cual implica suministrar al testigo la oportunidad de idear una respuesta evasiva, corresponde realizar una conferencia junto al estrado.

4. Conversación triangular

Una de las costumbres más extrañas del juicio se refiere a la necesidad de evitar la formulación directa de declaraciones al abogado de la parte contraria cuando todo lo que se dice pasa al juez. En cambio, dirija todas las observaciones al juez. Así, uno puede afirmar: "Su Señoría, la señorita Boland me dijo hace tres días que ella aceptaría esta conversación. Ahora, a último mo-

mente, está tratando de retirarse del acuerdo, después que se ha excusado al testigo". No hable directamente al otro abogado: por ejemplo, en general se considera impropio preguntar "¿Qué sucedió con el acuerdo que usted concertó hace tres días?"

(Felizmente, la costumbre no llega a su conclusión lógica. El juez no fingirá que ninguno de los abogados puede escuchar lo que el otro dijo, y por lo tanto no repetirá las observaciones de cada uno).

Aténgase al esquema triangular, incluso si sus comentarios están destinados a un testigo o al personal del tribunal. Veamos algunos ejemplos:

a. Usted desea retirar una pregunta que ha formulado. No diga al cronista judicial: "Borre esa pregunta". Pregunte al juez: "¿Puedo retirar la pregunta?"

b. Usted desea que un testigo responda su pregunta. No diga al juez: "Por favor, conteste a mi pregunta". En cambio, pida al juez: "Por favor, recomende al testigo que conteste a mi pregunta".

5. Observe la etiqueta de la sala del tribunal

El comportamiento adecuado en un juicio se extiende más allá de las puertas de la sala del tribunal. Nunca comente un caso en un sector público del edificio del tribunal. Las áreas públicas incluyen los ascensores, los corredores y los cuartos de baño. Además, cualquier contacto con los jurados en el corredor, incluso en la forma de una sonrisa o el saludo de los "buenos días", puede constituir un intento de influir sobre el jurado. El juez informará a los jurados que usted no se muestra hostil, y que simplemente se atiene al procedimiento correcto.

Por supuesto, una vez formulado el veredicto, la mayoría de las jurisdicciones permiten que uno comente un caso con los jurados que están dispuestos a hablar. Y si es adecuado, también puede sonreír.

6. Recuerde a su cliente

Algunos abogados piensan en un cliente durante el juicio sólo cuando el cliente los distrae tironeándoles la manga en medio de un testimonio o del desarrollo de un argumento. Para evitar que le arranquen las mangas, el abogado puede suministrar a

su cliente un anotador y una lapicera. Diga al cliente que puede anotar los pensamientos que ha concebido ("Su portafolios está incendiándose") y revise lo que el cliente escribió antes de finalizar el testimonio o la argumentación. No se trata sólo de parecer atareado; los clientes a menudo conciben conceptos útiles. Los clientes pueden colaborar de diferentes modos. Si uno

trata de recoger notas completas de la declaración, se verá en dificultades para hacerlo mientras realiza el examen directo. Quizá nuestro cliente pueda hacerlo. Los clientes también pueden seguir la pista de las pruebas materiales, informar al abogado acerca de sus reacciones frente a los posibles jurados durante el *voir dire*, y así por el estilo. Tales actividades no sólo determinarán que un cliente se sienta comprometido en un caso, sino que también pueden contribuir a impresionar a un juzgador llamando su atención sobre la actitud y el comportamiento del cliente.

7. Recoger notas

Una tarea del juicio que traerá a nuestra mente felices recuerdos de los tiempos de estudiante es la recolección de notas. Al principio, la tarea puede parecer remble: "¿Tengo que evaluar el significado inferencial de la declaración, prestar atención a las posibles objeciones y recoger notas?" Sin embargo, en lugar de ser una tarea suplementaria, la recolección de notas puede "fijar nuestra atención en el juego" y ayudar al abogado a concentrarse.

La recolección de notas aporta beneficios no sólo psicológicos. Por ejemplo, durante el alegato final tal vez uno desea referirse a lo que un jurado dijo durante el interrogatorio del *voir dire*, o a lo que el abogado de la parte contraria prometió demostrar durante la declaración inaugural. Asimismo, las notas correspondientes a la declaración directa de un testigo contrario son necesarias en las preguntas, así como para apoyar los argumentos relacionados con la evidencia. Más aún, aunque la declaración en el juicio en general puede coincidir con las afirmaciones previas al juicio, rara vez los testigos dicen ante el tribunal exactamente lo que afirmaron fuera de la sala. La recolección de notas nos mantendrá atentos a los sutiles cambios de los relatos que pueden tener un significado inferencial. Por consiguiente, recoja notas incluso si usted puede darse el lujo de

una "transcripción diaria". Sin duda, uno ya adquirió útiles habilidades taquigráficas; el litigio puede elevarlas a mayor altura.

Sin embargo, no todas las consideraciones se inclinan en favor de la recolección de abundantes notas. Uno no desea hundir la cara en el papeleo legal al extremo de que le sea imposible prestar mucha atención al modo de declarar del testigo y a las reacciones de los juzgadores frente al testimonio. Uno puede obtener una información más valiosa observando la incomodidad visible pero desordenada del testigo o, el movimiento de la cabeza de un jurado al escuchar cierta declaración, que lo que podría hacer registrando las palabras del testigo. Más aún, cuanto más uno se basa en su memoria auditiva de la declaración más que en las notas, más puede comprender un caso situándose en la perspectiva de los jurados, que posiblemente recojan pocas notas, o ninguna. (En cambio, los jueces a menudo escriben notas detalladas).

En vista de los valores que cumplen unos con otros, tal vez uno desee concertar un compromiso. Recoja notas, pero no rivalizar con el cronista judicial intentando superar su trabajo. Quizá concentrar las notas en hechos importantes, frases repetidas y cosas por el estilo.

La tradición puede inducirnos a recoger las notas en anotadores amarillos con líneas verticales que corran la hoja por el medio. A la derecha de la línea central uno escribe el testimonio. A la izquierda, anota sus propias reacciones. Por ejemplo, uno puede anotar una proposición fáctica a la cual pertenece un rubro, indicar que la declaración contradice un enunciado anterior, aplicar un asterisco junto a una declaración que uno quiere mencionar durante el alegato final, o ilustrar la teoría de la fusión nuclear mientras el cronista judicial está cambiando la hoja de papel.

8. Prepare a los testigos para declarar

La "preparación con vistas al juicio" tiene una serie de dimensiones, incluso la revisión exhaustiva de las declaraciones, los resúmenes de las mismas y los enunciados de los testigos, presentación de informes acerca del juicio, la compilación y la organización de las pruebas materiales, y la preparación de un cuaderno de notas referido al juicio. Esta sección concentra los esfuerzos en las conferencias previas al juicio con los testigos,

una dimensión que puede influir directamente sobre la credibilidad del testigo.

A diferencia de lo que sucede en el sistema británico, es típico que las jurisdicciones norteamericanas nos permitan la reunión con los testigos antes de que éstos declaren. Si bien algunos testigos pueden creer que el propósito de dicha reunión es decirles lo que deben declarar, el propósito real es ayudar a los testigos a declarar plena y exactamente, y de un modo que trasunte sinceridad. Durante tales reuniones uno puede:

1. *Responder a las preguntas de un testigo.* Como el docente que olvida las necesidades de sus alumnos, uno puede sentirse tan ansioso de aconsejar que omite las inquietudes del testigo. "¿Está permitido que yo hable con usted?" "¿Cuánto tiempo durará esto?" "¿Qué tiene que ver mi testimonio con el resto del caso?" Permita a los testigos formular estas preguntas. Si uno ignora sus inquietudes, ellos de todos modos probablemente no consagrarán toda su atención al consejo que usted les suministre.

2. *Preparar el testimonio.* Los testigos pueden olvidar partes de sus respectivas historias. Las cuestiones de último momento pueden llevarnos o inducir a nuestro contrario a profundizar hechos o detalles que uno no analizó previamente. Es típico que las entrevistas informales en el estudio y las conversaciones telefónicas sean muy distintas del rito estilizado del juicio formado por las preguntas y las respuestas. Así, tal vez uno desee practicar con un testigo un interrogatorio directo y una serie de repreguntas, todas ellas maniobras ficticias. (Algunos litigantes invitan a un colega con el fin de que participe en las repreguntas.) Si uno ofrece pruebas materiales durante la declaración de un testigo, o pide al testigo que marque un diagrama, deberá incluir ese material en su examen ficticio. Al mismo tiempo, deberá cuidar que el testimonio que parece memorizado a menudo pierde credibilidad. Por lo tanto, no se ate usted mismo o al testigo a determinado lenguaje. Pero usted puede ayudar a los testigos a comprender por qué se muestran poco sensibles, cuándo suministran exceso o escasez de detalles, y otros aspectos por el cual. Asimismo, uno puede reparar las respuestas que no concuerdan con las que un testigo ofreció previamente.

3. *Aconsejar.* No intimide a los testigos con una lista impresa de "38 reglas que tendrá que respetar cuando declare". A

menos que nuestro testigo haya actuado en tres obras de Broadway, cuanto más específicas sean las instrucciones que usted impartirá a un testigo, mayores serán las probabilidades de que él se sienta nervioso. Pero unas pocas sugerencias generales pueden mejorar significativamente la credibilidad:

- a. Recuerde a los testigos que no necesitan preocuparse de formular las objeciones. Si ninguno de los abogados se opone, el testigo debe responder.
 - b. Recuerde a los testigos que no deben formular conjeturas, y que no se castiga el hecho de que el testigo olvide parte de la evidencia. Asegúreles que si olvidan algo, las reglas acerca de la memoria.
 - c. Recuerde que los testigos, como nos sucede a todos, muy bien; cuando sea adecuado, asegúreles que se desempeñarán "bien" o el modo de vestir es perfectamente apropiado para el tribunal. Los testigos que tienen confianza en ellos mismos pueden declarar con más seguridad, y eso mejora su credibilidad.
 - d. Aconseje a los testigos que digan la verdad, incluso si creen que la evidencia es "perjudicial". Los testigos a menudo originan contradicciones en su intento de ocultar información a la que creen perjudicial. Por ejemplo, en un problema de custodia de un niño un testigo excluido, en su intento de ayudar al padre, puede negar que jamás lo haya visto beber una copa. Pero mientras el testigo estuvo en el corredor, esperando el momento de declarar, el sacerdote que atiende al padre atestigüó mientras bebían unas pocas cervezas. La credibilidad del testigo se ha visto perjudicada en su imprudente intento de ayudar.
- Diga a los testigos que si les formulan en la repregunta la trillada pregunta: "¿Qué le dijo el abogado cuando se reunieron para revisar el testimonio?" que pueden contestar sinceramente: "Me dijo que dijese la verdad".

9. Maniobras de abogados

A esta altura de las cosas, quien abrigue la esperanza de encontrar en este libro una colección de "ardides" que le garantizarán un veredicto favorable, cualquiera sea la condición de la

evidencia, sin duda estará decepcionado. Como consuelo, le ofrezco unos pocos "recursos" que supuestamente han sido utilizados antes. Sean o no apócrifos, considérelos únicamente por el valor de entretenimiento que puedan tener.

- a. *El cigarro mágico.* Afírmase que Clarence Darrow trataba de apartar la atención de la evidencia presentada por el adversario introduciendo un hilo de alambre por el medio de un cigarro. Cuando encendía el cigarro, el alambre determinaba que las cenizas permanecieran fijas. Los jurados estaban tan fascinados por las misteriosas cenizas que no prestaban atención a la evidencia. (Un truco que consigue violar simultáneamente los códigos de la ética, la evidencia y la salud!).
- b. *Ripped van Winkle.* Mientras escucha el testimonio directo de un testigo contrario que está aportando una evidencia devastadora, el abogado se recuesta en su silla y parece dormido, con la esperanza de inducir al jurado a pensar que el testimonio carece de importancia.
- c. *El anciano novicio.* Después de rematar el alegato final con un llamado de carácter emocional, el abogado ruega humildemente que los jurados no tengan en cuenta los errores que él cometió en perjuicio de su cliente. Después de todo, un cliente no puede padecer a causa de los errores cometidos por un abogado en su primer juicio. Por supuesto, el astuto abogado es un veterano de muchos juicios.
- d. *La búsqueda del papel.* En medio de una repregunta agresiva, el abogado se detiene y busca entre sus notas un pedazo de papel, y lo estudia atentamente. Sosteniendo el papel en las manos y sonriendo pregunta: "¿No es verdad que...?" El testigo impresionado, supone que la pregunta se basa directamente en algo que está escrito en el papel, y consistente todos los hechos incluidos en la pregunta. Aquí, el abogado desecha la página grabatada.
- e. *El octogenario fértil.* Disculpen... me equivoqué de libro.
- f. *El informante indigno de confianza.* De nuevo en mitad de una repregunta agresiva, el socio del abogado irrumpe en la sala del tribunal y murmura al oído de su colega las últimas cotizaciones del mercado de valores. El abogado sonrío y se vuelve

hacia el testigo. El testigo confiesa todo lo que se le presenta en la pregunta siguiente.

g. *Quién está primero.* En la creencia de que un testigo ocular en un caso penal no está seguro de la identidad del acusado, el abogado sienta al acusado en las butacas destinadas a los espectadores. Alguien que se parece lejanamente al acusado se sienta frente a la mesa de los abogados, al lado del letrado en cuestión. Este abriga la esperanza de que el testigo ocular identificará como culpable a cualquier persona que esté sentada junto al abogado. La trampa tiene un efecto contrario cuando se pide al testigo que identifique al culpable, y pasa la mirada por la sala y exclama: "Oh, allí está, allí detrás".

10. Un dato acerca de la nutrición

Como todo el mundo, los litigantes deben consumir alimentos sanos. Uno de los principales enemigos de una dieta sana es la grasa. Los expertos en nutrición recomiendan que nuestra dieta no contenga más de un 20 a un 25% de grasa. Como pocas personas saben calcular el porcentaje de grasa en la comida, lo explico aquí con el propósito de difundir una información importante.

Usted puede calcular la grasa si lee con cuidado los rótulos. Observe cuáles son las calorías contenidas en una porción de alimento, y los gramos de grasa contenidos en dicha porción. Multiplique por "g" el número de gramos de grasa. Eso nos indica cuántas calorías de grasa hay en una porción. Al comparar las calorías de grasa con las calorías totales uno puede calcular el porcentaje de grasa en la porción.

Ejemplo: uno está consumiendo una porción de crema helada, supuestamente "libre de grasa en un 93%". Suena bien - sólo el 7% de grasa -, comparada con la recomendación del 20 al 25%. Pero al leer el rótulo uno aprende que una porción de la crema helada contiene 150 calorías. Además, esa porción contiene 9 gramos de grasa. Multiplicando los gramos de grasa por "g", uno advierte que las 81 calorías de una porción, es decir más de la mitad, están formadas por grasa. Eso ya no suena tan bien. (Observación: cualquier semejanza con una marca real de crema helada, viva o muerta, es mera coincidencia).

INDICE ALFABETICO

ABOGADOS DEFENSORES
 Argumentación de cierre de los, 219-220
 Declaración inaugural de los, 237-238
 Evidencia afirmativa, 24-25, 219
 Preguntas relacionadas con "su historia", 159

ACTITUD TENDENCIOSA
 Enunciados previos para comprobarla, 154-155
 Extracción de inferencias de la evidencia de la, 49, 86, 211
 La experiencia usual para evaluar la, 38
 Refutación de la evidencia de la, 47, 104-106
 "Suavizar el filo" a la, 50-52

ARGUMENTO DE CIERRE
 Agrupamiento de la evidencia durante el, 76, 200-201, 203, 227
 Analogías, su uso en el, 206, 213-218
 Argumentación bilateral, 207-208
 Argumento de refutación, 206-208, 228-229
 Carga de la prueba, 196, 199-200, Comentarios del juez, respuesta a los mismos, 222-223.
 Compatible con el testimonio, 137, 145-146, 186
 Comportamiento, discusión acerca del, 52

Credibilidad: discusión de la, 208-212, 229-230
 Declaración inaugural y, 233-235
 Definición de las cuestiones durante el, 223-224, 231
 Enunciados referidos a la creencia personal durante el, 191-192, 226

Estrutturación de las generalizaciones durante, 33
 Enajenación de la importancia durante el, 190-191, 226
 Explicito versus implícito, 54, 220-222, 230-231
 Factores socio-económicos, discusión, 54-55
 Formulación errónea durante el, 188-190, 204-205
 Guías: uso de las, 218-219
 Inferencias, formulación durante el, 201-205, 227
 Instrucciones al jurado como extensión del, 263-265
 Justicia: apelación a la, 186-188, 232
 Metas del, 186-188
 Mística del, 185
 Narración durante el, 194-196, 225
 Objeciones durante el, 189
 Ordenamiento de las cuestiones, 219-220
 Permanecer de pie durante el, 266
 Principios legales, articulación durante el, 196-200, 223, 227, 232

- Proceso de razonamiento, estructuración durante el, 205-206, 228
- Proposiciones fácticas: formulación, 24, 197
- Resultado, discusión en favor del, 212-213, 230
- Técnicas de comunicación, 193
- Teoría del caso, 203-205
- ANALOGÍAS
- Analogías "inusuales", 206
- Desarrollo, 214-216
- El razonamiento inferencial basado en las, 37
- Respuesta a las, 217-218
- Técnica argumental, 213-218, 230-231
- Técnica de la declaración inaugural, 234
- CARÁCTER PRINCIPAL Y PROXIMIDAD EN EL TIEMPO
- Véase, FENÓMENOS PSICOLÓGICOS
- COMPORTAMIENTO
- Argumentación basada en el, 53, 205-206, 220-222
- Credibilidad, efectos sobre el, 52
- Influencias sobre el, 52-54, 272
- La redacción de notas, que perjudica la observación del, 270
- Repreguntas: sugerencia acerca de los temas de las, 167
- CONOCIMIENTO EXPERTO
- Credibilidad, su efecto, 48-49
- Evidencia destacada acerca del carácter, 48-49
- Experiencia cotidiana, evaluada por, 37-38, 256
- Fundamento del, 256-257
- Orden de los testigos afectado por el, 68
- Preguntas hipotéticas, 257
- Repreguntas, 257-258
- CREDBILIDAD
- Actitud tendenciosa, efecto sobre la, 47-48, 49-52
- Analogías acerca de la, 215
- Antecedentes personales, efectos sobre la, 46-47, 97-99
- Argumentación, 205-206, 208-212, 215, 220-222, 229-230
- Conocimiento experto, efectos sobre la, 48-49
- Consecuencia interna, efectos sobre la, 40-41
- Definición, 28
- Detalles, efecto sobre la, 45-46, 168-171
- Efecto del comportamiento sobre la, 52-54
- Elementos de prueba, 115, 121
- Enunciado inaugural referido a la, 235-236
- Evidencia afirmativa o de refutación, 28
- Evidencia específica *versus* evidencia general de la, 47, 210-212
- Exageración: peligros de la, 190-191
- Experiencia común, concordancia con la, 36-40
- Hechos establecidos, efectos de los mismos sobre la, 44-45
- Identificar por separado los beneficios de, 36
- Influjos de toda la historia del testigo, 210-212
- Las generalizaciones como base de la, 31-33
- Modelo de, 36
- Nuevo interrogatorio directo al testigo que uno mismo propuso, 103-106
- Organización del interrogatorio directo para acentuar la, 47, 84-88
- Preguntas narrativas, efecto sobre la, 82

- Preguntas sugestivas en el interrogatorio directo, efecto sobre la, 80-81
- Relatos,
- Elemento persuasivo de la, 28
- Incorporados a la, 35
- Statu socio-económico, efecto sobre la, 54-55
- Testigos acumulativos, 113
- CRONOLOGÍA
- Aproximación, 74
- Carácter principal y proximidad temporal, consecuencia con estos dos aspectos, 74-76
- Preguntas acerca del punto de referencia que es necesario mantener, 113
- El blanco de las repreguntas, 133, 135, 145
- El interrogatorio directo basado en la, 70-76
- Innecesaria en las repreguntas, 134-136
- Minicronologías, 73
- Motivación de la, 49-51
- Narración, 20, 61
- Preguntas cerradas que deben ser mantenidas, 92-93
- Variación del interrogatorio directo, 76-80
- DECLARACIÓN INAUGURAL
- Alegato final comparado con la, 233-234
- Contenido de la, 234, 235
- Detalles en la, 238-239
- Enunciados erróneos durante la, 239-241
- Enunciados referidos a "como lo demostrará la evidencia", 233-237
- Evidencia negativa, eliminación del filo de la, 241
- Generalizaciones, realizadas durante el, 33
- Juicios judiciales, 242
- Proposiciones fácticas, formuladas durante la, 24
- DECLARACIONES
- Cuestionamiento exacto durante las, razones pertinentes, 43, 155-156
- Evidencia afirmativa, fuente de las, 152-155
- Reusación, con los enunciados contenidos en las, 42
- Repreguntas, sugerencia de temas relacionados con las, 167
- DETALLES
- Contexto que aporta significado a los, 68-69
- Credibilidad, efecto sobre los, 19-20, 38, 41, 45-46, 67, 169-170
- Declaración inaugural, minimización de los detalles durante el mismo, 238-239
- Diagramas, 126
- Dificultad para recordar, 41, 170-171
- En los relatos, 71-73
- Énfasis, método en relación con los, 82-84, 89, 91
- Formulación de preguntas abiertas, 83
- Formulación de preguntas cerradas, 89-92
- Incapacidad de los testigos para suministrarlos, 83, 89
- Interrogatorio acerca de "su historia", 158-159
- Memorización, sugerencia, 84
- Pesa, método de exploración, 168-171
- Preguntas relativas a puntos de referencia, 111
- Relleno, obtenido mediante los, 66-67
- Testigo inalcanzable: aporte de detalles acerca del, 160-162

DETERMINACIÓN FÁCTICA

Véase, RAZONAMIENTO INFERENCIAL

Objeciones, 247

EVIDENCIA AFIRMATIVA

"Antes y después", 26

Definición, 26

Evidencia de la credibilidad como, 28

La declaración previa como fuente de, 152-155

Las respuestas evasivas no constituyen, 174

Repreguntas en relación con "su historia", 158

DISPOSICIÓN MENTAL

Véase, FENÓMENOS PSICOLÓGICOS

ENUNCIADOS CONTRADICTORIOS

Admisibilidad de los, 41, 148-149

Argumentación, 220-221

Credibilidad: efecto sobre la, 41, 148

Especificidad: beneficios de la, 42-43

Las declaraciones como fuente de, 42

Las explicaciones después de una recusación con, 178-180

Recusación con, 40-43, 148-152

Renuencia a revelar, 272

Repreguntas: seguridad de las, 148

ESTIPULACIONES

Argumento de cierre, alusión al mismo durante las, 200

Declaración del testigo, 246

Definición, 244-245

Evidencia: aceptabilidad de la, 246-247

Experto: calificaciones del, 245

Hechos establecidos: fuente de los, 44, 245-246

Testigos acumulativos, 114, 246

ÉTICA

A la pesca, 168

La tentación de la polémica, 17

Maniobras, 272-274

Modificación de los relatos, 61-65

Efecto subconsciente de la, 29, 232

Evidencia afirmativa o de refutación, 29

Historias, ingrediente persuasivo de la, 29

Orden de los testigos, efecto sobre la, 68-69

EVIDENCIA EXPLICATIVA

Anticipación de la misma, 165-167, 179

Definición, 28

Enunciados previos contradictorios: refutación de los, 43

Estipulación, 245

Evidencia de refutación, tipo de, 27, 43

Evitación mediante el interrogatorio preciso, 155-156

Experiencia cotidiana, su uso para superar la, 39-40

Generalizaciones: refutación de las, 40

Historias: elemento persuasivo de las, 28-29

Interrogatorio directo, 61, 78-79

Prescindir de la recusación para evitar la, 151, 165-166

Respuesta a las repreguntas, 178-180

Voir dire: cuestionamiento del, 261-263

EXPERIENCIA

Véase, EXPERIENCIA COMÚN

EXPERIENCIA COMÚN

Comprobación de hechos, base de la, 16-17, 20, 213

Conocimiento experto, evaluado de acuerdo con, 37-38, 256

Credibilidad, fuente de, 36-40, 205-206

Cronología: efecto de la, 70-71

Explicación, uso para anticiparla, 166-167

Generalizaciones evaluadas mediante la, 31-33

Inconsecuencias, desarrolladas en el curso de las repreguntas, 172-173

Injusticia, provocada por el uso de la, 36, 39-40

Instrucciones al jurado acerca de la, 263

Inverosimilitud, uso para desarrollar la, 164-165

Referencias al argumento de cierre, 189-190, 205-206, 228, 230

FENÓMENOS PSICOLÓGICOS

Aprendizaje visual: preferencia por el, 58

Argumento de cierre, 186-187

Carácter principal y proximidad en el tiempo,

Conclusión del interrogatorio directo, 103

Declaración inaugural, 233, 237-238

Disonancia cognitiva, 186

Disposición mental,

Efecto de la, 57-58, 165-166

Limitado alcance de la atención de los juzgadores, 64

Material perjurial en el interrogatorio directo, 111

Narración de la historia, 73-75

Orden de los testigos, 67

Relleno, 66-67

Repreguntas, 130-139

Repreguntas con respecto a "su historia", 159

FOTOGRAFÍAS

Fundamentos de las, 120

"Publicidad" ante el jurado, 120

GENERALIZACIONES

Alegato final: formulación durante, 33
 Analogías, contribución al desarrollo de las, 214-216
 Estructuración: ventajas de la, 33-35
 Experiencia cotidiana, evaluada de acuerdo con las, 31-33
 Explicación negativa, 40
 Extracción de inferencias, sobre la base de, 31-35, 202

GESTOS FÍSICOS

De los testigos, aclaración, 108-110

HECHOS ESTABLECIDOS

Credibilidad: efectos sobre la, 44
 Discusión, 44-45

HISTORIAS

Argumento de cierre, inclusión en las, 194-196, 225

Contenido de las, 25-29

Declaración inaugural, formulación durante las, 233-234

Definición, 20

Derechos de reproducción gráfica, véanse mis

El interrogatorio directo como narración, 58-61

Evidencia acerca de la credibilidad incluida en las, 35

Imposibilidad de obtener una visión integral, 62

Inverosimilitud, examen de, 166-167

La cronología como elemento fundamental de las, 20, 61, 70

Los juzgadores se apoyan en las, 20-21

Proposiciones fácticas, contenido determinante de las, 23

Relatos sociales comparados con las, 61-62

Repreguntas, 134-136

Teorías jurídicas comparadas con las, 21-22
 Verdad de las, 61-65

INSTRUCCIONES AL JURADO

Declaración inaugural, referencia a las, durante, 233-234
 Disposición mental de los jurados, 58

Fraseo, 263-265

Referencia en la argumentación a las, 197-199

INTERROGATORIO DIRECTO

Agrupamiento de la evidencia durante el, 76-77, 99

Anticipación de las repreguntas, 50-52, 110-111

Atención durante, 107-108

Capacidad de persuasión: necesidad de la, 57-58

Conclusión, 103

Credibilidad, apartamiento de la cronología para realizarla, 47, 78-79

Cronología,

Aporte de los testigos enérgicos, 68-69

Uso de la, 70-76

Variación de la, 76-80

"Especialmente cuando" con el fin de identificar temas, 34

Formas del interrogatorio, 80-97

Formato del relato, 57, 58-61

Gestos, aclaración, 108-110

Interrogatorios oblicuos, evitar los mismos, 106-107

Jerga: evitación de la, 106

Materiales de prueba, ofrecimiento durante el, 114-116

Métodos para subrayar aspectos, 82-83, 89-93

Preguntas abiertas, 88-89

INDICE ALFABÉTICO

Preguntas acerca del punto de referencia, 83-84, 111-113, 182
 Preguntas cerradas, 89-93
 Preguntas narrativas,
 Objeciones de las, 87-88
 Riesgos de las, 84-85
 Ventajas de las, 81-83

Preguntas relacionadas con el escenario, 99-102

Preguntas relacionadas con los antecedentes personales, 97-99

Preguntas sugestivas,
 Riesgos de las, 80-81
 Uso de las, 93-97

Prejuicio socio-económico: su percepción del, 54-55
 Proposiciones fácticas como base del, 23-24

Relleno, 66-67

Testigos acumulativos, 113-114

Testigos: orden de los, 67-70

Variación de los relatos de los testigos, 61-65

LITERATURA LEGAL

Interrogatorio directo, tendencia a minimizarlo, 57

La defensa como arte, 13-14

Repreguntas: importancia de las, 130

MATERIAL DE PRUEBA

Argumento de cierre: alusión a las pruebas durante el, 200

Autenticación, 118-119

Cadena de custodia, 119

Declaración inaugural, referencia durante la presentación, 233-234

Diagramas, 121-127

Fundamentos, 120-121

Marceación, 116-118

Materiales exóticos, 127-128

Orden de los testigos, efecto, 70

Presentación ante el jurado, 120

Reales e ilustrativas, 114-115
 "Terceros más verosímiles", 157
 Testimonio, dependiente del significado, 17-18
 Ventajas del, 115-116

MOCIONES *IN LIMINE*

Objeciones a la evidencia, 242, 247, 254

NORMAS DE LA SALA DEL TRIBUNAL

Aproximación,

A los testigos, 266

Al estrado, 243, 267

Contactos con los jurados, 268

268

Objeciones de los clientes, 268-269

Rapidez de la reacción, 266

Redacción de notas, 267

Sentarse y permanecer de pie, 266

OBJECIONES

Aproximación al estrado para formularlas, 267

Argumento de cierre, 189-190

Continuación, 250-251

Diagramas, 123

Eliminación de las, 254-255

Ofrecimiento de pruebas, 253-254, 267

Preguntas narrativas, 86-88

Preocupaciones éticas, 247

Protección de los testigos frente a las, 181-183, 272

Pruebas exóticas, 127-128

Respuesta a las, 251-252

Técnicas para formularlas, 249-251, 266

Tipos de, 247-248

Voir dire con el fin de preparar la base de las, 261-263

ORDENAMIENTO DE PRUEBAS

Opciones: respuesta a las, 253-254, 267

ORDEN DE LOS TESTIGOS

Interrogatorio directo, 67-70

ORDENES DE COMPARACION

Ventajas de las, 265-266

PREGUNTAS ABIERTAS

Detalles, uso para obtener, 83-84
Examen directo, ventajas en el curso de las, 88-89

Experimentos, antecedentes de, 99
Repreguntas, uso durante las, 143-144

Voir dire, uso durante las, 261-263

PREGUNTAS ARGUMENTATIVAS

Definición, 181

Después de la recusación, 152

Las preguntas complejas como, 149

Las preguntas que implican cambios temáticos rápidos e inesperados, 171

La repregunta excesivamente agresiva, 174

PREGUNTAS CERRADAS

Cronología, su uso para mantener las, 92-93

Definición, 89

Desventajas durante el *voir dire* del jurado, 259-260

Detalles obtenidos a través de las, 89-90

En el segundo interrogatorio directo, 104

Interpretadas como preguntas sugeridas, 93

Preguntas acerca de los antecedentes personales, 99

Preguntas de "respuesta negativa", 91

Sus ventajas en el interrogatorio directo, 89-93

PREGUNTAS NARRATIVAS

Credibilidad: fortalecimiento de la, 82

Definición, desventajas de las, 81

Desventajas de las, 84-85

Enfasis: método para obtenerlo, 82-85

Objeciones a las, 86-89

Pseudonarraciones, 87

PREGUNTAS SUGESTIVAS

Credibilidad del examen directo, efecto sobre, 80-81, 93-94

Definición, 93-94

Facetas de la verdad: aprehensión, 142-143

Interrogatorio directo, exceso de uso durante el, 94-95

Permisibilidad durante el, 95-97

Peligros de la "presión excesiva", 173-174

Repreguntas, necesidad de usar las repreguntas durante, 130, 139

Respuestas negativas: formulación, 141-142

Segundo interrogatorio directo, 103

Técnicas para usar durante las repreguntas, 140-143, 152, 154

PROPOSICIONES FÁCTICAS

Argumento de cierre, agrupamiento de elementos en el caso

Definición, 200-201, 203

Definición, 23

Evidencia afirmativa "antes y después", 27

Formulación, 22-24

Interrogatorio directo: reunión de elementos orientados hacia el,

24, 76-77

Instrucciones al jurado, aplicación de las mismas, 264-265

Perspectiva de la defensa, 24-25, 219

Relación de las historias con las teorías legales, 21-22

Repreguntas basadas en, 24, 135, 145-146

RASGOS DE LA PERSONALIDAD

Argumentación implícita, razón de la misma, 221

Argumento de cierre, 188, 191, 193, 201, 221

Confianza en uno mismo, 15

Integridad, 17

Intereses variados, 14-15

Promitud, 266

Repreguntas, 173-174

Sentido común, 16-17

"Tics" verbales, 109-110

RAZONAMIENTO INFERENCIAL

Analogías para ilustrar, 37

Argumento de cierre, 189-190, 201-205, 227-228

Credibilidad, 32-33

Declaración inaugural, impropia durante, 235-236

Definición, 30

Desarrollo durante el juicio, 185

Detalles, 19-20

Evidencia circunstancial: capacidad de persuasión de la, 27, 30-33

Generalizaciones, dependientes de, 32

La narración como base de, 20-21

Predicibilidad del, 19, 33

Relleno: efecto del, 66-67

RECUSACIÓN

Alegato final, concordancia con la,

145-146

Bases de la, 144-145

Declaraciones como fuente de la,

42-43, 152-153

Eliminación previa del filo, 50-52, 110-111

Enunciados previos contradictorios, 41-43, 148-152

Evidencia de refutación: forma de la, 27

Generalizaciones: la capacidad de persuasión sobre la base de las,

32-33

La experiencia cotidiana, evaluada de acuerdo con, 38-39, 163-164

Los testigos sólidos no son susceptibles a la, 68

Memoria o error, 49, 208-209, 221

Segundo interrogatorio directo, respuesta al mismo durante la refutación, 105-106

Repreguntas, objetivo durante, 133

Técnicas de interrogación, 139-143

Relleno

Véase: FENÓMENOS PSICOLÓGICOS

REPREGUNTAS

Alegato final compatible con, 146

"Antes y después", uso durante, 173

Definición de temas, 134-136, 146

El testigo más verosímil: repreguntas basadas en el, 156-157

Enunciados previos, Evidencia afirmativa: fuente de la, 152-155

Supuesta disponibilidad de, 162

Técnicas de recusación, 40, 148-152

"Excepto cuando": uso de la expresión, 34

INDICE

<i>Prefacio</i>	9
<i>Reconocimientos</i>	11

CAPITULO I ENFOQUE DEL LITIGIO

A. Introducción.....	13
B. Características personales.....	14
1. Confianza en uno mismo.....	15
2. Las diferentes especialidades.....	15
3. Sentido común.....	15
4. Integridad.....	16
C. La verdad y el sistema adversativo.....	17

CAPITULO II ELEMENTOS DE NARRACION PERSUASIVA

A. En general.....	19
B. La narración de historias en el juicio.....	20
C. Propositiones fácticas: La confluencia de los relatos y las teorías jurídicas.....	21
1. La distancia entre las narraciones y las conclusiones legales.....	21
2. La división de las teorías jurídicas en los elementos componentes.....	22
3. Reformular los elementos como proposiciones fácticas.....	23
D. Elaboración de relatos que confirman las proposiciones fácticas.....	25
1. Evidencia afirmativa.....	26
2. Evidencia de refutación.....	27
3. Evidencia de credibilidad.....	28
4. La evidencia explicativa.....	28
5. La evidencia emocional.....	29

E. Análisis de la evidencia circunstancial.....

1. Evidencia directa y circunstancial..... 30
2. Generalizaciones: la base del razonamiento inferencial..... 30
3. Estructuración de las generalizaciones para relacionar la evidencia con las proposiciones fácticas..... 31

F. La narración de historias verosímiles en el juicio.....

1. Credibilidad del testimonio..... 33
 - a. Consecuencia con la experiencia común..... 35
 - b. Consecuencia interna..... 36
 - c. Consecuencia con los hechos establecidos..... 40
 - d. Detalle..... 44
2. Credibilidad de los testigos..... 44
 - a. En general..... 45
 - b. Evidencia acerca de la credibilidad específica versus la credibilidad general..... 46
 - c. Conocimiento experto..... 47
 - d. Motivo..... 48
 - e. Comportamiento..... 49
 - f. Status socio-económico..... 52

G. Conclusión..... 54

CAPITULO III
EL INTERROGATORIO DIRECTO

A. Consideraciones generales..... 57

1. La necesidad de interrogatorios directos persuasivos..... 57
2. El interrogatorio directo como narración de una historia..... 57
3. La verdad, y nada más que la verdad..... 58
4. ¿Toda la verdad?..... 61
5. Relleno..... 62

B. La organización de los interrogatorios directos..... 66

1. Orden de los testigos..... 67
2. Orden del testimonio..... 67
3. Apartándose de la cronología..... 70
 - a. Interrogatorio directo y agrupamiento de las pruebas..... 76
 - b. Fortalecer la credibilidad..... 76
 - c. Cronología sin importancia o incognoscible..... 78

C. Obtención del testimonio..... 79

1. Formas de las preguntas..... 79
 - a. Preguntas narrativas..... 80
 - b. Preguntas abiertas..... 80
 - c. Preguntas cerradas..... 81
 - d. Preguntas sugestivas..... 88

D. El comienzo de los interrogatorios directos..... 97

1. Preguntas acerca de los antecedentes personales..... 97
2. Preguntas definitivas de la escena..... 99

E. Conclusión de los interrogatorios directos..... 103

1. La presentación de la prueba..... 103
2. Segundo interrogatorio directo..... 103

F. Las técnicas relacionadas con las exposiciones claras y enfáticas..... 103

1. Aclarar utilizando la lengua vernácula dominante..... 106
2. La distancia más corta entre dos puntos..... 106
3. Observe al testigo..... 106
4. Mantenga un registro claro..... 107
5. ¿Vale la pena evocar elementos perjudiciales en el interrogatorio directo?..... 108
6. Puntos de referencia..... 110
7. Testigos acumulativos..... 111

G. Presentación de pruebas..... 111

1. Introducción..... 113
2. Marcarción de las pruebas..... 113
3. Autenticación de materiales de prueba..... 114
4. La presentación de pruebas: la creación de una base..... 116
5. Diagramas..... 118
6. Pruebas "exóticas"..... 120
7. Testigos acumulativos..... 121

CAPITULO IV
REPREGUNTAS

A. Consideraciones generales..... 129

1. Imagen y realidad..... 129
2. Cinco metas del interrogatorio mediante las preguntas..... 133
3. El testimonio orientado hacia un blanco..... 133
4. Tocar y correr..... 134
5. Desear la respuesta..... 136

B. El orden del testimonio..... 138

1. Técnicas de interrogación..... 138

C. Preguntas sugestivas..... 139

1. Preguntas abiertas..... 139

D. Planeamiento de las repreguntas..... 143

1. Planeamiento temático..... 143
2. Planeamiento de las repreguntas - Modelo de seguridad de un proceso de repreguntas..... 144

E. Preguntas muy seguras..... 146

- a. Preguntas de seguridad media..... 147
- b. Preguntas de seguridad media..... 147
- c. Preguntas mínimamente seguras..... 147

E. Técnicas aplicadas a las repreguntas

- 1. Preguntas muy seguras 148
 - a. Declaración previa del testigo 148
 - 1. Utilización de la declaración previa para recurrar 148
 - 2. Utilización de la declaración previa para aportar nueva evidencia 148
 - 3. La importancia de las declaraciones previas precisas 152
 - b. Refutación por un testigo más verosímil 155
 - 2. Preguntas de mediana seguridad 156
 - a. La refutación a partir de nuestra propia historia 157
 - b. Supuesta refutación por un testigo inalcanzable 157
 - c. Refutación por inverosimilitud 160
 - 1. Inverosimilitud en presencia del interrogatorio directo 162
 - 2. Utilización de la experiencia para desarrollar la inverosimilitud 163
 - 3. Preguntas mínimamente seguras - La pesca 164
 - 3. Problemas para obtener la declaración 167
 - 1. El examen basado en la "repregunta" 168
 - 2. Responde a las preguntas evasivas 171
 - a. Repetir la pregunta 173
 - b. "Yo no lo pregunté... yo le pregunté" 173
 - c. No estamos cuestionando su comportamiento 174
 - d. Pida al juez que ordene al testigo que conteste 175
 - e. "No recuerdo" 175
 - f. "Puede" y "podría" 176
 - 3. Respuesta a las explicaciones 176
 - 2. La protección de nuestro propio testigo durante la repregunta 177
 - 1. Preguntas argumentativas (preguntas que sugieren la respuesta) 178
 - 2. Preguntas múltiples 181
 - 3. Interrogatorio muy veloz 181
 - 4. Citar erróneamente a un testigo 182

CAPITULO V

ALEGATO FINAL

- A. Consideraciones generales 185

INDICE

- 1. La música del alegato final 185
- 2. Objetivos del alegato final 186
- 3. Limite la argumentación al registro 188
- 4. Exageración 188
- 5. Formulación de opiniones personales 190
- 6. Técnicas de comunicación 191
- B. Las cosas que deben decirse durante la argumentación 193
 - 1. Repaso de la evidencia 193
 - 2. Analice los principios legales pertinentes 193
 - 3. Agrupamiento de la evidencia 194
 - 4. Obtención de inferencias 196
 - 5. Desarrollo a partir del proceso de razonamiento 200
 - 6. Refutación al adversario 201
 - 7. Argumentos en relación con la credibilidad 205
 - a. ¿Mentroso, erróneo o descon fiable? 206
 - b. Los factores "emocionales" 208
 - c. Medidas en que una parte del testimonio infecta o inmuniza otras partes 209
- 8. El resultado 210
- C. Técnicas argumentales 212
 - 1. Analogías 212
 - 2. Las guías 213
 - 3. Orden de la argumentación 213
 - 4. Argumentación explícita versus argumentación implícita 218
 - 5. Responda a los comentarios y las preguntas de los jueces 219
 - 6. Definición de las cuestiones 220
- D. Ilustraciones de la vida real 222
 - 1. Revisión de las evidencias 223
 - 2. Referencias a la opinión personal 224
 - 3. La exageración 225
 - 4. La discusión de los principios legales 226
 - 5. Agrupamiento de los principios legales 226
 - 6. Obtención de inferencias 227
 - 7. Desarrollo del proceso de razonamiento 227
 - 8. Refutación de la versión del adversario 228
 - 9. Argumento de la credibilidad 228
 - 9. Argumento acerca de la credibilidad 229
 - 10. El resultado 229
 - 11. Analogías 229
 - 12. Argumentación explícita versus argumentación implícita 230
 - 13. Definición de las cuestiones 230
 - 14. El veredicto favorable no sólo corresponde legalmente, sino que es justo y moral 231

CAPITULO VI
DECLARACION INAUGURAL

A. En general.....	233
B. "La evidencia demostrará....."	236
C. Declaraciones inaugurales de los acusados.....	237
D. Las desventajas de los detalles.....	238
E. Evite la exageración durante la declaración inaugural.....	239
F. Aperturas en los casos fallados por el juez.....	242

CAPITULO VII
CABOS SUELTOS

A. Los procedimientos reglamentados con frecuencia por las normas o las reglas del tribunal.....	244
1. Exclusión (apartamiento) de testigos.....	244
2. Concertación de estipulaciones.....	244
a. Las calificaciones de un experto.....	245
b. Exacitud de un hecho.....	245
c. Declaración del testigo.....	245
d. Aceptabilidad de la evidencia.....	246
3. Formular objeciones y responder a éstas.....	247
a. Dos clases de objeciones.....	247
b. Uno objeto.....	249
1. Cuando y cómo objetar.....	249
2. Se apoya la objeción.....	249
3. Se desecha nuestra objeción.....	250
4. Continuidad de las objeciones.....	250
c. El adversario objetá.....	250
1. Como responder.....	251
2. Se anula la objeción del adversario.....	251
3. Se apoya la objeción del adversario.....	252
4. Ofrecimientos de prueba.....	252
d. Mociones <i>in limine</i>	253
e. Consideraciones tácticas.....	254
4. Los testigos expertos.....	254
a. Usted propone a un experto.....	255
b. Repreguntas de los expertos.....	256
5. <i>Voir dire</i> (investigación previa).....	257
a. <i>Voir dire</i> del jurado.....	258
b. Interrogatorio fundacional de los testigos.....	259
6. Instrucciones al jurado.....	261
7. Ordenes de comparecencia.....	263
	265

INDICE

B. Costumbres y prácticas.....	266
1. Sentarse y permanecer de pie.....	266
2. Pronitud.....	266
3. La aproximación al estrado.....	266
4. Conversación triangular.....	267
5. Observe la etiqueta de la sala del tribunal.....	267
6. Recuerde a su cliente.....	268
7. Recoger notas.....	268
8. Prepare a los testigos para declarar.....	269
9. Maniobras de abogados.....	270
10. Un dato acerca de la nutrición.....	272
<i>Indice alfabético</i>	274
	275