

1.

## Introducción

Uno de los aspectos más salientes en la transformación del juicio oral en América latina, ha sido la inclusión de un genuino contraexamen en la prueba testimonial, ya sean estos testigos legos, expertos<sup>2</sup> o peritos. La creación de un ámbito de confrontación de la información a través de un mecanismo diferente y diferenciado –para las partes– de interrogación, es lo que caracteriza al contraexamen, al que se lo ha calificado como el “escenario de la confrontación definitiva”<sup>3</sup>.

La justificación política del contrainterrogatorio, bajo una modalidad de ejecución distinta a la del examen directo, con cientos de años de experiencia teórico práctica en los sistemas anglosajones<sup>4</sup>, proviene de brindar a los litigantes un sitio de genuino contradictorio que les permita presentar aquella parte del relato que ha sido obviada o matizada por la contraparte y que puede ser relevante para la toma de decisiones. En palabras de Baytelman, no se trata de otra cosa que “poner a prueba” la informa-

---

<sup>2</sup> Nos referimos a aquéllos que al haber tomado conocimiento de un hecho a través de sus sentidos, detentan un saber técnico o especial que les permite emitir una opinión o conclusión sobre el tema de su experticia.

<sup>3</sup> Goldberg, Steven, *Mi primer juicio oral*, Heliasta, Bs. As, 1994, p. 183.

<sup>4</sup> De hecho son muchas las obras que se han escrito sobre la materia, desde un fin muy didáctico, graficando las dificultades que cada clase de contraexamen puede generar. Al respecto, sugerimos la lectura de una de las obras más completas sobre la materia. Ver Pozner, Larry y Dodd Roger, *Cross Examination: science and techniques*, Lexis Nexis, 2º ed., 2009. Cabe puntualizar que todas las citas que en esta obra se hagan sobre textos en inglés son traducciones personales hechas a este fin. En español, ver Vial Campos, Pelayo, *Técnicas y fundamentos del contraexamen en el proceso penal chileno*, Librotecnia, Santiago de Chile, 2007.

ción introducida en juicio<sup>5</sup>. En ese sentido, se trata de un mecanismo de control de una parte, sobre la información introducida por la contraria<sup>6</sup>. No se trata de investigar en juicio. Primero se investiga y luego, en juicio, se presenta la información ya conocida que evidencia contradicciones, déficits o aspectos débiles que queremos destacar<sup>7</sup>. De modo tal que, en definitiva, detrás de la decisión de presentar un contraexamen reposa la necesidad de adoptar una visión estratégica del caso, utilizando técnicas de litigación y persuasión adecuadas. Sobre qué puntos contraexaminar y cómo hacerlo será la base teórico práctica de la presente obra.

El contraexamen, que proviene de la práctica de los sistemas adversariales, guarda una estrecha relación con el principio constitucional del contradictorio, del que no es más que una manifestación. Este principio, junto con el de imparcialidad del Juez, es considerado como una “garantía de verdad”<sup>8</sup> en el sentido que facilita el conocimiento de los hechos y la aproximación a aquella. El contradictorio exige para su operatividad

<sup>5</sup> Baytelman, Andrés, “El juicio oral”, en AA.VV., *Nuevo Proceso Penal*, Editorial Conosur, Santiago de Chile, 2000, p. 247.

<sup>6</sup> Afirma Leticia Lorenzo que “El control de la información en juicio es la manifestación concreta del principio de contradicción” (*Manual de litigación*, ediciones Didot, Bs. As., 2012, p. 208). Con acierto afirma Lorenzo que el mecanismo de control de la información se presenta constantemente en nuestra vida cotidiana. Cada vez que hacemos una operación o nos informan algo, controlamos esa calidad de información. Así, verificamos el precio y la calidad de un producto antes de comprarlo. No nos quedamos con la primera información que nos dice el vendedor, sino que tendemos a verificarla con otra persona. Del mismo modo, funciona el contraexamen en juicio (*Manual de litigación*, op. cit., p. 209).

<sup>7</sup> En la mayoría de los códigos latinoamericanos modernos –nos referimos, en especial, a los promulgados en el presente siglo–, la posibilidad de confrontar la prueba surge desde la misma norma procesal. Así, el art. 330, 2º párrafo, del CPP Chileno establece: “Durante el contrainterrogatorio, las partes podrán confrontar al perito o testigo con sus propios dichos u otras versiones de los hechos presentados en el juicio”. Del mismo modo, y con una redacción bastante similar, ver art. 400 del CPP de Panamá, art. 378 del CPP Perú, art. 381 del CPP del estado de Nuevo León, México, art. 184 del Código Procesal Penal de la provincia de Neuquén, entre otros. Por otro lado, sin hacer referencia a la posibilidad de confrontar a un testigo, pero otorgando las herramientas de litigación para ello –a través de preguntas sugestivas–, ver 3º art. innominado posterior al 286 del CPP Ecuador, art. 325 del CPP de Chubut, entre otros. Para ver un estudio actualizado de la regulación normativa provincial en la materia de juicio oral, ver Gómez Urso, Juan Facundo, *El juicio oral*, Hammurabi, Bs. As., 2011.

<sup>8</sup> Entre otros, Guzmán, Nicolás, *La verdad en el proceso penal*, Del Puerto, Bs. As., 2006, p. 137. Al decir de Cafferata Nores, el contradictorio opera “como método de conocimiento” (Cafferata Nores, José, *Proceso penal y derechos humanos*, Del puerto, Bs. As., 2000, p. 129).

no solo el conocimiento de la imputación y las pruebas de cargo, sino también que las partes puedan participar activamente de la formación del material probatorio<sup>9</sup>. Es por ello que hay quienes definen al contraexamen como la piedra angular de un sistema contradictorio, ya que es la herramienta que ha creado la litigación oral para confrontar y verificar la veracidad de lo declarado por los testigos de la parte contraria<sup>10</sup>.

La técnica de contraexaminar a un testigo, valiéndose –como veremos luego– de preguntas sugestivas de un solo punto, es la herramienta que permite a los litigantes extraer fácilmente del testigo aquellas porciones de su relato que han sido ocultadas, no presentadas o dejadas de lado por la contraparte en el examen directo, y que pueden ser relevantes para la decisión del caso, “evitándose así un relato unilateral”<sup>11</sup>. En ese sentido es que el contraexamen se asemeja más a un “verdadero-falso”, donde el litigante buscará que el testigo de la contraparte solo conteste por sí o por no a cada una de sus afirmaciones. Es por ello que, tratándose de testigos que son hostiles a nuestra teoría del caso –esto es, a nuestra explicación sobre lo sucedido–, se les permite realizar preguntas sugestivas, esto es, que sugieren la respuesta. Ellos no tendrían ningún problema –de hecho, lo preferirían– en negar la información que nosotros tenemos intención de introducir en sus relatos<sup>12</sup>. Se debe puntualizar que los testigos nunca son imparciales, en

<sup>9</sup> Allí Guzmán reconoce la posibilidad de contrainterrogar testigos como una actividad probatoria que hace operativa la garantía del contradictorio (*La verdad en el proceso penal*, op. cit., p. 143). De hecho, en los sistemas anglosajones se exigen tres condiciones esenciales para reconocer valor probatorio a un testimonio: que declare bajo juramento, que comparezca a juicio y que esté disponible para el examen cruzado o contrainterrogatorio. (Al respecto ver Schiavo, Nicolás, *Valoración racional de la prueba en materia penal*, Del Puerto, Bs. As., 2013, p. 37). Recientemente, la Corte Suprema de Justicia de la Nación reconoció ese derecho en el precedente “Benítez” (del 12/12/06), donde reconoció el derecho de la defensa a interrogar a los testigos de cargo, no siendo admisible la incorporación por lectura de las declaraciones testimoniales prestadas durante la instrucción, sin control de parte. El fallo y el comentario de Damián Muñoz pueden consultarse en AA.VV., *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, Tomo 4, Hammurabi, Bs. As., 2008, p. 113.

<sup>10</sup> Vial Campos, Pelayo, *Técnicas y fundamentos del contraexamen...*, op. cit., p. 13. Por su lado, Lubet afirma que el examen cruzado –o contraexamen– es lo que define el sistema de justicia adversarial norteamericano (Lubet, Steven, *Modern Trial Advocacy. Analysis and Practice*, NITA, 2º edition, Indiana, 1997, p. 85).

<sup>11</sup> Baytelman, Andrés y Duce, Mauricio, *Litigación penal*, op. cit., p. 151.

<sup>12</sup> Afirma Vial Campos que el fundamento para autorizar preguntas sugestivas en el contraexamen es que “es dable suponer que el testigo será hostil hacia el abogado que lo contrainterrogará y

el sentido de que no son indiferentes a los hechos en pugna. Siempre guardan una mayor o menor empatía con el relato de una de las partes por adecuarse en mayor medida a su visión del caso. De allí la necesidad de un examen directo y un contraexamen diferenciado que verifique la calidad de la información. En ese sentido es que las técnicas de litigación no son otra cosa que destrezas especialmente diseñadas para fortalecer los principios constitucionales del juicio oral (en especial, el contradictorio y la defensa en juicio), y así deben ser entendidos. No como reglas fijas, sino como estándares que el juez, con la previa intervención de las partes, deberá fijar su alcance en cada caso.

La concreción del contraexamen también responde a una función política legitimadora del poder penal, que requiere de una genuina igualdad de armas, de modo que cada parte pueda refutar la información de la contraria. El contradictorio no solo permite verificar la calidad de la información y confrontarla en juicio, sino que exige para su plena operatividad, que cada parte –acusación y defensa– pueda investigar y controlar toda la información recabada, aun durante la investigación penal preparatoria, trazando líneas de investigación autónomas y teniendo facultad incluso para entrevistar tanto a los testigos de cargo, como a los de descargo<sup>13</sup>. Solo de ese modo, un juez, a través de la sana crítica racional, puede emitir un fallo con información segura y confiable. En ese sentido es que el contraexamen viene a fortalecer todo el sistema penal de garantías constitucionales, en especial la igualdad de armas en el proceso y la defensa en juicio<sup>14</sup>.

estará dispuesto a negar cualquier afirmación que éste le haga, incluso aquellas que entreguen la verdadera versión de los hechos” (*Técnicas y fundamentos del contraexamen...*, op. cit., p. 19).

<sup>13</sup> En esa línea, Larocca, quien sostiene que la igualdad de armas en el proceso penal debe regir, incluso, en la investigación penal preparatoria y que incluye la posibilidad de que la defensa pueda producir evidencia en forma autónoma (Larocca, Patricia, *La actividad probatoria de la defensa durante la investigación penal preparatoria y su legajo de investigación*, Revista de Derecho Procesal Penal, 2011-1, Rubinzal Culzoni, Bs. As., 2011, p. 510). En el mismo sentido, ver *Manual de Defensa Penal Pública para América Latina y el Caribe*, elaborado por el CEJA en el año 2006, p. 37.

<sup>14</sup> Del mismo modo, Ferrajoli relaciona el derecho de defensa y el contradictorio con el principio de igualdad de armas, en el sentido de que se afecta el primero si no se reconoce una efectiva igualdad de armas durante todo el proceso penal. Así exige una defensa dotada de los mismos poderes que la acusación e, incluso, “dotada de las mismas funciones y potestades investigadoras que el ministerio público” (Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Trotta, Madrid, p. 614). En igual sentido, Maier considera un ideal –quizás utópico– el intentar acercarse en mayor medida al proceso de partes, dotando al imputado de

El contraexamen constituye, para la defensa, la primera oportunidad para intervenir en la producción probatoria en la audiencia de juicio, a través del mecanismo de la refutación de la prueba de la acusación<sup>15</sup>. La imagen que tiene un Juez o Jurado frente a un buen examen directo (sobre todo si se trata de un litigante que ha iniciado con un testimonio sólido y relevante para el caso), es que la información suministrada es suficiente, contundente y que todo parece indicar que, durante la sustanciación del juicio, observaremos un relato claro, preciso y unidireccional. La imagen que ese litigante pretende dejar al jurado y al juez, al finalizar el examen directo, es la de un relato que no admite equívoco razonable posible. Hacia ello apuntarán sus técnicas de persuasión. Por el contrario, el contraexamen se presenta como la primer oportunidad de la contraparte (al inicio será el turno de la defensa, pero luego hará lo propio la acusación con los testigos de la contraparte) para exhibir los defectos de información de ese relato. Es por ello que no puede pasarse por alto esta oportunidad. Allí donde el caso estaba claro y el testigo había sido elocuente, de repente, con un buen contraexamen, vemos que la historia cambia y observamos que se le había pasado por alto hablarnos, por ejemplo, de la oscuridad del lugar, de la lejanía, de su enemistad con el imputado, de las falencias en la investigación policial, de los antecedentes penales del testigo, etcétera. Precisamente por ello, en el contraexamen no nos interesa repetir el examen directo, sino solo repreguntar sobre determinados aspectos del relato<sup>16</sup>. Como veremos luego, desde un análisis psicológico, debemos tener presente la falibilidad de la memoria humana, que no genera una réplica exacta de la realidad, sino tan solo una recreación de ella<sup>17</sup>. Y es por ello que el contraexamen, como práctica que fortalece el contradictorio, debe verificar la calidad de la información para aproximarnos a la verdad de

facultades equivalentes a las de los órganos de persecución del Estado (Maier, Julio, *Derecho procesal penal*, t. 1, Del Puerto, 2ª ed., Bs. As., 2004, p. 578).

<sup>15</sup> Con esto no estamos diciendo que las reglas del contraexamen sean exclusivas de la defensa. Ambas partes tienen la posibilidad de controvertir la información suministrada por la contraria.

<sup>16</sup> En palabras de Bergman, se trata de interrogar sobre fragmentos de evidencia que pueden ser útiles (Bergman, Paul, *La defensa en juicio*, Abeledo Perrot, Bs. As., 1989, p. 135).

<sup>17</sup> Chabris, Christophery y Simons, Daniel, *El gorila invisible*, traducido por Gabriela Ferrari, Siglo Veintiuno, Bs. As., 2011, p. 72. Recomendamos la lectura íntegra de dicha obra, donde los autores relatan una gran cantidad de experimentos que dan cuenta de la falibilidad de la memoria y de cómo ésta se retroalimenta con el tiempo y con información adicional.

lo ocurrido. No en vano, Pozner y Dodd han definido al contraexamen como una parte necesaria para la búsqueda de la verdad<sup>18</sup>.

El contraexamen, en ese sentido, tiene una fuerza descomunal, ya que permitirá al buen litigante, frente a determinadas circunstancias, posicionarse de mejor manera sobre los hechos. Ahora con esto, no queremos decir que el contraexamen es la principal herramienta para ganar los casos, ni que su utilización sea eficaz en todos los juicios<sup>19</sup>. Mucho menos aun, que las técnicas de litigación para el contraexamen sean siempre fáciles de utilizar con éxito (habrá que distinguir, entre otros, qué objetivo buscamos, a qué clase de testigo enfrentamos y qué experiencia tiene el litigante). Como cómicamente apunta Bergman, "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 alcanzará el triunfo, y en cambio otra acarreará inevitablemente una derrota"<sup>20</sup>. Ahora bien, no todos los juicios se asemejan a las películas filmadas en los estudios de Hollywood, donde el abogado descubre al "falso testigo" sobre la hora, al final de su último contraexamen. Me animaría a afirmar que pocos juicios se parecen a ese tipo de películas donde todo se define en la última jugada.

No todos los juicios tienen testigos que odian a los imputados, que mienten por dinero, que tienen problemas de visión o que confunden una pistola con un cuchillo. Posiblemente el cine haya exacerbado su aplicación y su utilidad. Sin embargo, sí podemos afirmar que la gran mayoría de los casos tiene algún o algunos testigos que presentan puntos débiles en sus relatos y que es tarea del litigante exhibir al tribunal esta información en el contraexamen: falta de percepción, error, interés, exageración, adjetivaciones sin contenido, son algunos de los puntos

<sup>18</sup> Expresan "Cross examination is a necessary part of the search for the truth". Afirman luego que la cultura anglosajona cree que la mejor manera de arribar a la verdad es permitir que todo testimonio sea revisado por la parte contraria (Pozner, Larry y Dodd, Roger, *Cross examination: science and techniques*, op. cit., ps. 2 y 3).

<sup>19</sup> De hecho, por regla, los casos no se ganan en el contraexamen, sino en el examen directo, sobre todo para la acusación. Si un acusador, público o privado, decide ir a juicio oral es porque ha analizado previamente la fuerza y credibilidad de sus pruebas y confía en el poder de convencimiento de aquéllas. Si esto es así, bastará con realizar adecuadamente sus exámenes directos para poder obtener una condena. En igual sentido, Lorenzo, Leticia, *Manual de litigación*, op. cit., p. 209.

<sup>20</sup> Bergman, Paul, *La defensa en juicio*, op. cit., p. 129.

que se suelen observar en los juicios y son terreno fértil para trazar líneas de contrainterrogatorio. Todos los testigos tienen puntos fuertes y débiles. Será entonces pues la primer misión de los abogados descubrir aquéllos puntos débiles de los testigos de la contraparte –*investigación*–, decidir como mostrarlos al tribunal –*planificación*– y ejecutar esa estrategia en el contraexamen –*ejecución* a través de las técnicas de litigación y persuasión–. Asimismo, no todos los contraexámenes son iguales entre sí ni, mucho menos, presentan las mismas dificultades. Como veremos en esta obra, la planificación de un contraexamen –y su grado de dificultad– depende de muchos planos: la experiencia que tiene el litigante, quién es el testigo, quien es el Juez que preside la audiencia y qué alcance le otorgará a las técnicas modernas de contraexamen, si se cuenta o no con prueba de refutación –declaraciones previas o documentos que nos sirvan para demostrar, eventualmente, una mentira del testigo–, etcétera. Todos estos parámetros deberán ser tenidos en cuenta al momento de contraexaminar a un testigo.

De allí que la principal dificultad para realizar un efectivo contraexamen no esté solamente en el manejo adecuado de las técnicas de litigación durante su ejecución, sino, antes bien, en la preparación y planificación de las líneas de interrogación. Así, para poder determinar sobre qué puntos vamos a contraexaminar se requiere, además de un adecuado manejo de la teoría del caso, una adecuada investigación, más investigación y, finalmente, no lo olvidemos, mucha investigación. Un buen abogado no es solo aquél que se para frente al testigo y ejecuta el contraexamen con estilo y elegancia. Esa es tan solo la parte más glamorosa de la función, la puesta final en escena<sup>21</sup>. Un buen contraexaminador requiere de trabajo, esfuerzo, planificación, análisis de la situación y de una investigación previa ya que, al momento de pararse frente al testigo, saber todas las áreas que serán abordadas, como así también el orden que le dará a cada línea en su contraexamen. Quién es ese testigo, dónde estaba, qué vínculo tiene con la víctima, con el imputado y con la comunidad, qué dijo antes, que dijo en el examen directo en juicio, qué beneficio o perjuicio puede traerle aparejado el desenlace del caso, cuál

<sup>21</sup> Muchas veces el cine nos muestra el funcionamiento del sistema de justicia. Por solo citar un ejemplo, en la película "Cuestión de honor", vemos como el abogado defensor investiga previo al juicio y se reúne con sus asistentes para pensar, repensar y trazar estrategias de interrogatorios.

es su ficha médica, su capacidad de percepción, parecen ser algunos de los puntos más salientes que debemos investigar sobre los testigos de la contraparte. Un buen litigante, en un caso importante, debe saber absolutamente todo de cada testigo<sup>22</sup>. Desde esa perspectiva, su rol se asemeja al de un director de una obra de teatro, en la que debe saber qué va a declarar cada persona –testigo– que va a subir a la escena –audiencia de debate–. Más allá de la adrenalina propia de una audiencia de Juicio y de los imponderables –existe la posibilidad de que un testigo se desdiga o preste mayor información de la que contábamos–, todo debiera estar planificado con suficiente antelación. La audiencia de debate es la presentación de la información que las partes ya conocen, tendiente a determinar cuál de las dos hipótesis o teorías del caso conforma al juez o jurado. El juez o jurado debe exigir la verdad de la hipótesis de la acusación para el dictado de una condena, mientras que a la defensa le bastará para acreditar una hipótesis distinta del caso, o bien, la falta de acreditación de la teoría fiscal<sup>23</sup>.

Fuera de ello, tal como sostengo en los cursos de litigación, los casos se ganan y pierden, en primer lugar, con un buen examen directo de nuestros testigos. Es cierto que el examen directo no tiene el marketing que si tiene el contraexamen, en parte gracias a las películas de Hollywood –difícilmente, encontremos una película sobre juicios penales en los que

<sup>22</sup> La investigación previa al juicio, en un sistema adversarial, no es tarea exclusiva de la acusación, sino que también le compete a la defensa (Vial Campos, Pelayo, *Técnicos y fundamentos del contraexamen*, op. cit., p. 50). Así, el citado autor afirma: “Es interesante señalar que en el sistema norteamericano la defensa realiza investigación, y en muchos casos el hecho que un abogado defensor no haya realizado una investigación ha sido fundamento para que el condenado recurra por falta de asistencia legal basado en la VI enmienda y vía *habeas corpus*, *Bryant v. Scott*, 28 F3d.1411 5ta cir 18–8–94” (op. cit., p. 51).

<sup>23</sup> En palabras de Binder, “un juez del sistema adversarial no busca la verdad sino que la exige a los acusadores. Y si los acusadores no cumplen con esta exigencia –estricta, que se expresa con el principio de carga de la prueba– entonces no queda otro camino que la absolución, es decir, el rechazo de la acusación. La clarificación del principio de exigencia de verdad a los acusadores (...) es de mucha mayor importancia que cualquier discusión sobre la teoría de la verdad, en particular porque la idea de verdad que utilicemos en el proceso deberá ser aquella que mejor fortalezca este principio político” (Binder, Alberto, “Elogio de la audiencia oral y pública”, en *La implementación de la nueva justicia penal adversarial*, Ad Hoc, Bs. As., 2012, p. 223). En igual sentido, afirma Bovino que la verdad “actúa como límite si opera como obligación de verificar la acusación durante el juicio, exclusivamente, y no como principio que guía la investigación y el procedimiento en busca de una eventual verdad material o histórica” (Bovino, Alberto, *Principios políticos del procedimiento penal*, Del Puerto, Bs. As., 2005, p. 61).

el Fiscal gane el caso con el simple relato de un testigo en el examen directo; sin duda, a la película le faltará algo de suspenso–. Pero no por ello el examen directo pierde su fortaleza. Si hemos hecho un adecuado análisis del peso de nuestras evidencias, con buenos exámenes directos debiéramos ganar el caso. Sin embargo, la posibilidad de “dar vuelta un caso” con un buen contraexamen es realmente muy motivador y requiere de un tratamiento metódico y adecuado para que, cuando finalice el contraexamen, no nos suceda que lo único que ha cambiado es la confianza y credibilidad que el tribunal tenía en nosotros que, luego de nuestra tarea, ha decaído considerablemente.

### 1.1. El contraexamen en los sistemas inquisitivos latinoamericanos

A pesar de los más de cien veinte años de vigencia del juicio oral en algunos países de la región (Cuba<sup>24</sup>, Puerto Rico y República Dominicana<sup>25</sup>), y más de setenta años en algunas provincias argentinas (Córdoba –1939–; y San Luis y Buenos Aires –1915– éstos dos últimos solo para procesos llevados a cabo por delitos graves)<sup>26</sup> y en otros

<sup>24</sup> Resulta paradójico que Cuba, por el solo hecho de lograr en forma tardía su independencia (luego de la guerra iniciada en el año 1895 y concluida en 1898), haya sido uno de los primeros países de la región en adoptar el juicio oral en el proceso penal.

Los postulados políticos plasmados en las primeras constituciones de la gran mayoría de los países de la región, de establecer una justicia abierta, participativa, transparente y republicana, no logró convertirse en realidad –salvo contada excepción–, hasta comienzos del siglo XX. Así, la falta de avances legislativos en esa línea terminó por redundar, durante el siglo XIX, en un retroceso cultural en la región en lo que respecta a la forma de administrar justicia, ya que España misma estableció, a través de la Ley de Enjuiciamiento Criminal del año 1882, el Juicio Oral propio de los sistemas mixtos, el que entró en vigencia en Cuba en el año 1889. Al respecto, ver las obras cubanas, Rivero García, Danilo y Pérez Pérez, Pablo, *El juicio oral*, ONBC, La Habana, 2002, p. 5; y Bodes Torres, Jorge, *El juicio oral en Cuba*, Centro de publicaciones de la federación Nacional de Asociaciones Judiciales de Ecuador, FENAJE, p. 27.

<sup>25</sup> Primer país de la región en adoptar libremente un sistema de juicio oral, estableciendo el modelo francés de 1808, en el año 1882.

<sup>26</sup> Como explica Maier, estos dos últimos modelos resultaron un fracaso rotundo, ya que no hubo prácticamente juicios orales, por cuanto ni los abogados, ni los jueces pedían su aplicación (*De-recho Procesal Penal*, Tomo 1, op. cit., p. 413).

Los códigos de San Luis y de la Provincia de Buenos Aires se deben a los trabajos de Tomás Jofré, conocedor de la obra de Chiovenda y de la escuela procesal italiana, que utilizó aquellas bases para

países (Perú, desde 1920)<sup>27</sup>, no ha habido, hasta hace pocos años, un avance significativo en el desarrollo de una técnica adecuada de contraexamen que permita generar un escenario genuino de confrontación de información. Incluso, muchos países de la región, hasta no hace poco, no contaban siquiera con un código que fijara –aunque sea en forma liminar– una audiencia de debate para determinar la culpabilidad o inocencia del imputado<sup>28</sup>.

Los códigos mixtos latinoamericanos que incluyeron el juicio oral, no contemplaron una forma distinta de interrogar a un testigo en un contraexamen, manteniendo la prohibición genérica de realizar preguntas sugestivas –ya sea que se trate de un testigo propio (amigable) o de la contraparte (hostil a su teoría del caso)–, propia del modelo continental europeo de los siglos XIX y primera mitad del siglo XX<sup>29</sup>. Ese tipo de prohibición, sin distinción alguna entre lo que es la ejecución de un examen directo –prueba de cargo– y la confrontación de la información rendida, se mantuvo incólume, incluso, en los primeros códigos acusatorios de la región<sup>30</sup>, sin logran torcer el bagaje cultural proveniente del modelo anterior.

la conformación de los textos normativos. Al respecto, ver Binder, Alberto, *Derecho Procesal Penal*, t. 1, *Hermenéutica del proceso penal*, Ad Hoc, 2013, p. 61.

<sup>27</sup> Como explica Neyra, el Código de Procedimiento Penal de 1920, de clara influencia francesa, instauró el juicio oral en un modelo mixto, en el que se establecía el juicio por jurados (aunque nunca llegó a aplicarse esta última institución). A partir de allí, las modificaciones posteriores fueron “suavizando” la oralidad, para introducir al debate las evidencias recolectadas durante la instrucción (Neyra Flores, José, *Manual del Nuevo Proceso Penal y de Litigación Oral*, Idemsa, Lima, 2010, p. 99 y siguientes).

<sup>28</sup> Sobre los primeros códigos procesales penales de la región, ver “Duce, Mauricio y Riego, Christian, *Proceso Penal*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2007, p. 50.

<sup>29</sup> Así, la Ley de Procedimientos Penales de Cuba, cuya fuente original fue la Ley de Enjuiciamiento Criminal Española de 1882, establece en su artículo 322 lo siguiente: “El Presidente no permitirá que el testigo conteste a preguntas o repreguntas capciosas, sugestivas o impertinentes”. Conforme enseñan Danilo Rivero García y Pedro Pérez Pérez, “El juicio oral aparece en el modelo legal cubano el 1 de enero de 1889, momento en que comienza a regir en el país la Ley de Enjuiciamiento Criminal de España, promulgada el 14 de septiembre de 1882” (*El juicio oral*, op. cit., p. 5).

<sup>30</sup> Así, el Código Procesal Penal de Tucumán (art. 133) –primer código acusatorio de la región–, el que fue seguido en Argentina, por los Códigos de Córdoba, Chaco y Mendoza, entre otros. Del mismo modo, el código Procesal Penal de Guatemala (art. 378), el que fue seguido por los primeros códigos acusatorios de la región.

Ledesma establece tres momentos o etapas del proceso de reforma post democrático, siendo que la primera de ellas tuvo como objetivo la necesidad de reconocimiento de derechos individuales,

La falta de un plano normativo, la escasa preparación de los litigantes, la incorporación por lectura de las piezas procesales labradas durante la etapa de investigación –admitida normativamente–<sup>31</sup> y la falta de una adecuación cultural de los operadores del sistema impidió, diría yo, durante los primeros veinte años de esta nueva oleada de movimiento reformista latinoamericano –que se gestó a comienzos de los ochentas con la vuelta a la democracia de los países de la región–, que el contraexamen pudiera tener un campo de desarrollo más adecuado. Fue ese nuevo período reformista, empujado por una red de expertos latinoamericanos, el que logra generar a comienzos de este siglo, una modificación sustancial a las reglas del proceso penal, adoptando sistemas adversariales en toda la región que fortalecieron la contradicción a través del establecimiento de un sistema de audiencias orales y públicas, en cualquier etapa del proceso, para la toma de decisiones<sup>32</sup>.

En ese escenario de escasa contradicción, la actividad del contraexamen se limitó básicamente a dos formatos posibles, aunque simétricamente

búsqueda de eficacia, reasunción de roles de los sujetos procesales y la instauración del juicio público. La segunda etapa se centró más en el avance de la simplificación de la investigación penal preparatoria y la tercera etapa radicalizó la oralidad y la organización judicial. Claramente según el esquema de Ledesma, estos primeros códigos acusatorios, que son de fines del siglo pasado y hasta apenas entrado el presente, se ubican en esta primera etapa o nivel de reforma (Ledesma, Ángela, *La reforma Procesal Penal*, Nova Tesis, Rosario, 2005, p. 22 y siguientes).

<sup>31</sup> Recordemos que aun hoy día en la Justicia Nacional y Federal en Argentina se mantiene la posibilidad de incorporar por lectura las declaraciones testimoniales recibidas durante la instrucción, cuando el testigo hubiese fallecido, estuviese ausente del país, se ignorase su residencia o se hallare inhabilitado por cualquier causa para declarar (conf. art. 391.3 del CPPN). Fue la CSJN, en el precedente “Benítez”, del 12/12/06 la que encendió la señal de alarma, invalidando una sentencia condenatoria basada en prueba que la defensa no había podido controvertir (incorporación de declaraciones testimoniales por simple lectura sin control de la defensa). La incorporación de esas evidencias constituye prueba de baja confiabilidad y desconoce el derecho del acusado a confrontar la prueba de cargo (al respecto, ver, Nanzer, Alberto, “La prueba derivada bajo el prisma del derecho a la confrontación”, en AA.VV., *Neopunitivismo y neoinquisición*, p. 366).

<sup>32</sup> No es casualidad que casi todos los países de la región hayan entrado en un proceso radical de reformas a sus sistemas de justicia. Así, Guatemala (1992), Costa Rica (1996), El Salvador (1997), Paraguay y Venezuela (1998), Honduras y Bolivia (1999), Chile y Ecuador (2000), Nicaragua (2001), República Dominicana (2002), Perú y Colombia (2004), Panamá (2009), entre otros. Por su lado, tanto México como Argentina han tenido significativos avances en las reformas procesales en sus estados provinciales. Sobre la evolución del movimiento reformista latinoamericano, ver Langer, Máximo, “Revolución en el proceso penal latinoamericano: difusión de ideas legales desde la periferia”, en *Revista de Derecho Procesal Penal, El proceso penal adversarial*, Tomo II, Rubinzal Culzoni.

improductivos. El primero quedó reducido a un nuevo examen directo. Así, al turno de interrogar, la parte que no había ofrecido al testigo, volvía a realizar las mismas preguntas que acababa de formular su contraparte, intentando encontrar algo, “desconocido para él”, que pudiera torcer la decisión de los jueces. Sin preparación de los testigos y sin preguntas sugestivas –las que, insólitamente, siguen normativamente prohibidas en el prehistórico modelo procesal en la justicia federal en Argentina–, una empresa prácticamente suicida. Al no poder utilizar preguntas que sugirieran la respuesta esperada, el contraexamen resultaba ser la estocada final para perder el caso. Primero comenzaba preguntando “por favor díganos nuevamente qué sucedió”, que era objetable por repetitiva. La siguiente opción era formular preguntas tales como: “¿ud. está seguro?”, “¿lo vio bien?”, “¿se veía bien?”, “¿no podría ser que esté equivocado?”, generando la respuesta obvia: “claro que lo vi bien, o Ud. cree que vengo a hablar pavadas a un tribunal”. ¿O qué piensa el litigante que hace esa pregunta?, ¿qué el testigo meditará un tiempo y dirá: “ahora que me lo pregunta... no... no estoy seguro... tiene razón... tal vez estaba equivocado?” He tenido la oportunidad de presenciar muchas audiencias en la región donde hubiese sido difícil, para alguien ajeno al tribunal, distinguir entre el fiscal y el defensor, por la similitud en la forma de interrogar, lo cual debiera encender la señal de alarma<sup>33</sup>.

El segundo modelo de contraexamen se centraba, básicamente, en discutir con el testigo. Bajo la idea de “yo me encargo de destruir al tonto”<sup>34</sup>, el interrogatorio consistía en una ametralladora de preguntas, seguidas unas de otras, de las que no se esperaba la respuesta del testigo sino tan solo dejarlo en ridículo, al demostrar incoherencias en su narración, lo que –obviamente– no siempre sucedía. Este tipo de formato de contrainterrogatorio requería de tres condiciones básicas

<sup>33</sup> Así, en la reciente investigación elaborada por el INECIP, se pudo comprobar que, en la justicia nacional y federal en Argentina, aun no se encuentran operativas las reglas del examen y del contraexamen. Se sostiene en la investigación: “las partes no establecían ningún tipo de diferencia en cuanto a la forma de interrogar a aquellos testigos que eran afines respecto de aquellos que sostenían una versión contraria. También se observó que, si bien los testigos eran ofrecidos por las partes, el interrogatorio era realizado desde una perspectiva objetiva”. *Relevamiento sobre el funcionamiento de los Tribunales Orales en lo Criminal de la Ciudad de Buenos Aires*, García Yomha, Diego y Ahumada, Carolina (dirección), Bs. As., 2012, p. 25.

<sup>34</sup> Frase célebre empleada por Beigman, Paul, *La defensa en juicio*, op. cit., p. 133; y seguido por Baytelman y Duce, *Litigación penal*, op. cit., p. 154.

para que el litigante no fuera expulsado inmediatamente de la sala de audiencias. En primer lugar, contar con una incoherencia grave o mentira manifiesta en el relato, lo cual ya limitaba el ámbito de actuación –un contraexamen no requiere necesariamente de una inconsistencia grave o una mentira–; sino que se trata de destacar aspectos que pueden ser relevantes para restar credibilidad –por ejemplo, pudiera ser un problema de visión del testigo<sup>35</sup>; en segundo lugar, que el tribunal comparta la visión del litigante sobre la existencia de una incoherencia; y, en tercer lugar, que le permitan ser agresivo con un testigo que, como tal, tiene derecho a un trato digno y respetuoso, regulado prolijamente en todos los códigos, desde los mixtos hasta los adversariales<sup>36</sup>.

Este segundo modelo también ha quedado fuera de práctica por lo absolutamente ineficaz. Si bien es superior al primero –reiterar el examen directo– y tiene menos riesgos que aquél –posibilidad de que el testigo agregue un dato relevante en su historia, que hubiera olvidado mencionar en el directo–, no deja de ser una pésima opción para un litigante y una herramienta deficiente para controvertir la información ya ingresada en la audiencia. El juicio oral en un sistema adversarial es la discusión de dos historias en pugna. No es más que eso. Para poder obtener una decisión favorable es necesario que, a través de la prueba, acreditemos la mayor cantidad de proposiciones fácticas –afirmaciones de hecho– relevantes y favorables para nuestra historia<sup>37</sup>. Si estamos contraexaminando a un testigo es porque precisamente ese testigo ha declarado algo –proposiciones fácticas– que ha dañado nuestro caso y queremos destacar algún elemento relevante para restarle credibilidad

<sup>35</sup> Esto de por sí limitaba el contraexamen a un pequeño universo de casos –solo los que el testigo miente–, no dejando espacio para aquéllos en los que el abogado solo quiere presentar determinada información que ha quedado oculta en el directo.

<sup>36</sup> Por ejemplo, el Código Procesal Penal que rige en materia federal en Argentina, lo regula en el art. 79, reconociéndole el derecho: “a. a recibir un trato digno y respetuoso por parte de las autoridades competentes; b. al sufragio de los gastos de traslado al lugar de las autoridades competentes; c. a la protección física y moral, inclusive de su familia; d. a ser informado sobre los resultados del acto procesal en el que ha participado...”. Por su lado, el Código Procesal Penal de Ecuador, que responde ya a un modelo adversarial –a diferencia del federal en Argentina–, establece en su art. 118 la protección de testigos, aunque sin ese detalle.

<sup>37</sup> Como afirma Moreno, las proposiciones fácticas son afirmaciones sobre los hechos que, si el juez las cree, tiende a satisfacer un elemento de la teoría jurídica (Moreno Holman, Leonardo, *Teoría del caso*, Ediciones Didot, Bs. As., 2012, p. 90).

a sus dichos. Para que eso ocurra es preciso que, cuando finalice el interrogatorio, el tribunal o jurado haya podido percibir precisamente qué proposiciones fácticas son las que hemos obtenido. Por el contrario, cuando nosotros interrumpimos al testigo con una pregunta atrás de otra, no estamos obteniendo ninguna respuesta, ni ninguno de los hechos que queríamos acreditar.

La discusión con el testigo, lejos de favorecer nuestro juego, nos deja en una pésima situación con el tribunal<sup>38</sup>, disminuyendo nuestra credibilidad. Y precisamente ese es el valor más relevante que debemos cuidar en todo el juicio. Con el formato de "discusión" se pierde credibilidad por dos razones: en primer lugar, prometimos algo que no cumplimos —obtener hechos favorables para nuestra hipótesis del caso, que habían sido ocultadas por nuestro adversario—<sup>39</sup>, ya que solo discutimos con el testigo y no permitimos que responda nada; y en segundo lugar, porque presentamos una escena dantesca en la que no respetamos los derechos del testigo, generando una situación larga, tediosa y estresante, que dejará una mala imagen nuestra<sup>40</sup>.

Por ello, siempre debemos evitar discutir con el testigo ya que nos llevará, como dicen Baytelman y Duce, al "pantano"<sup>41</sup>, que es el lugar donde todo sale sucio, ninguna información se entiende, y nos quedamos trabados en una discusión que jamás permitirá acreditar proposiciones fácticas. Este tipo de comportamiento en una audiencia, en un sistema

<sup>38</sup> Tal como afirma Goldberg, "nunca discuta con el testigo" ni en forma directa ni en forma indirecta. Enseña el autor que la idea de discutir con el testigo surge de la falsa creencia del abogado de que puede ganar puntos en el curso de la repreguntas, cuando ello se obtiene en el alegato final (Goldberg, Steven, *Mi primer juicio oral*, op. cit., ps. 193-194).

<sup>39</sup> Cuando el Tribunal nos pregunta si vamos a contraexaminar a un testigo y respondemos positivamente, estamos enviando un claro mensaje. "Ese testigo ha escondido algo y ahora se los voy a mostrar" es el mensaje que estamos dando al Tribunal.

<sup>40</sup> En palabras de Baytelman y Duce, refieren que discutir con el testigo nos lleva al pantano, "una batalla tan hostil, desorganizada e incomprensible que, en el fragor de la lucha, hace que el significado de la evidencia útil se vea superado por la discontinuidad del relato, la repetición del examen directo, el tedio de una discusión estéril y la defensa a ultranza por parte de ambos en sus respectivas versiones que, a poco de andar, produce que quienes están escuchando —jueces incluidos— comiencen a prestar más atención a la necesidad de darle un retoque de pintura a las paredes del tribunal, y al escote de esa bellísima mujer que se sienta entre el público, que a lo que está pasando en el contraexamen" (*Litigación penal...*, op. cit., p. 155).

<sup>41</sup> *Ibidem*.

de juicio por jurados, puede tener consecuencias fatales para el caso, si es que dejamos una imagen beligerante e irrespetuosa.

## 1.2. Una vuelta de tuerca

Con la aprobación de los códigos acusatorios de segunda generación<sup>42</sup> que, a comienzos de este siglo, impulsaron otro escenario normativo para la confrontación de información —admitiendo la realización de preguntas sugestivas en el contrainterrogatorio—, la capacitación en técnicas de litigación y una redefinición del juicio oral en la región, comenzó a gestarse un profundo cambio en las formas de ejecutar el contraexamen y su ámbito de incidencia.

La facultad de contra interrogar testigos, tal como hoy se la conoce, permaneció oculta durante cientos de años en esta región, producto de la falsa idea de que era un funcionario iluminado —el juez— quien se encontraba en mejor situación para arribar a la verdad en el proceso penal, sin advertir que es el método de producción de la información, a través de controles externos —contradicción—, el que nos posiciona en una mejor situación frente a la verdad<sup>43</sup>. La reubicación

<sup>42</sup> Entendemos que ha habido una evolución significativa entre los primeros códigos acusatorios en la región y los aprobados a comienzos de este siglo. Por eso, llamamos códigos acusatorios de segunda generación a aquéllos que han ido más allá de la división de funciones entre juez —función decisoria— y fiscal —función requirente—, adoptando criterios de oportunidad, fortaleciendo la oralidad en todas las instancias y, como consecuencia de ello, limitando la posibilidad de incorporar prueba en el juicio por simple lectura. Compartimos incluso la idea de Damaska respecto de que los límites entre un modelo inquisitivo y uno adversarial son poco claros, precisamente, porque cada sistema se encuentra inestable producto de los constantes cambios, pudiéndose observar, incluso, rasgos inquisitivos en tierras angloamericanas (Damaska, Mirjan, *Las caras de la justicia y el poder del estado, análisis comparado del proceso legal*, Editorial jurídica de Chile, Santiago de Chile, p. 13 y 15; en igual sentido, haciendo referencia a los elementos teóricos e históricos de cada modelo, ver Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón*, op. cit., p. 563). Sin embargo, esta circunstancia no nos impide definir al nuevo proceso penal latinoamericano como adversarial, en el sentido de apartarse de los viejos rituales del sistema inquisitivo, diferenciándose no solo por abandonar la idea burocrática de "trámite" y tender a la búsqueda de soluciones al conflicto, sino también por el rol protagónico de las partes en el sistema de audiencias y el nuevo rol que debe desempeñar el juez, apartándose de la producción probatoria. Hoy día, tal como señala Binder, nos encontramos transitando una época en la que existe un "duelo de prácticas" entre la cultura inquisitiva y las prácticas que generan el nuevo sistema (Binder, Alberto, *La implementación de la nueva justicia...*, op. cit., p. 156).

<sup>43</sup> Baytelman y Duce afirman: "La cultura inquisitiva y el método del funcionario iluminado nos han ocultado la cotidianeidad de esa realidad: que la prueba y la información que ella contiene,



y redefinición del rol del Juez frente a la información, alejándose de ella para tener una mayor imparcialidad en el caso y permitiendo que sean las partes quienes puedan refutar los hechos, sin su intervención en la producción de las pruebas, es lo que nos acerca a la verdad como meta garantía en el proceso penal<sup>44</sup>. De allí que, en palabras de Guzmán, deban considerarse a la imparcialidad y a la contradicción como garantías de verdad, en el sentido que nos permiten una mayor aproximación a aquella<sup>45</sup>.

El reconocimiento normativo de la facultad de utilizar preguntas sugestivas en el contraexamen sirvió para comenzar a transitar un modelo diferente a aquéllos que acabamos de detallar<sup>46</sup>. Posiblemente en Argentina el Código Procesal Penal de Chubut, pionero en el reconocimiento normativo sobre el derecho a realizar un contraexamen con preguntas sugestivas<sup>47</sup>, haya sido el de mayor influencia, seguido luego

siempre se modifican al pasar por el cedazo de una contradictoriedad en serio. A veces sustancialmente, a veces no. Siendo ello así, es imposible confiar en información que no haya pasado por el test de la contradictoriedad" (*Litigación penal*, p. 152).

<sup>44</sup> Como bien explican Baytelman y Vargas, "La contrariedad del debate, este juego dialéctico en que a través de preguntas y respuestas, nos vamos acercando a una verdad se puede ver frustrada al intervenir la autoridad última del litigio". Es la necesaria imparcialidad del Tribunal la que impulsa a ser muy cautelosos con su intervención en la producción probatoria. (Baytelman, Andrés y Vargas, Juan Enrique, *Habilidades y destrezas de los jueces en la conducción y resolución de los juicios orales*, CEJA, Santiago de Chile).

<sup>45</sup> Guzmán, Nicolás, *La verdad en el proceso penal*, op. cit., p. 137.

<sup>46</sup> Así, el Código Procesal Penal de Nuevo León, México, lo regula del siguiente modo: "Art. 381 (3er párrafo). Durante el contrainterrogatorio las partes podrán confrontar al perito o testigo con sus propios dichos u otras versiones de los hechos presentados. El Juez, a petición del oferente, podrá autorizar a éste a utilizar en su interrogatorio preguntas sugestivas y a que confronte al testigo con sus propios dichos o versiones de los hechos presentados...". Por su lado, el Código de Panamá, establece lo siguiente: Art. 400. Métodos de interrogación. Durante el contrainterrogatorio, las partes podrán confrontar al perito o testigo con sus propios dichos u otras versiones de los hechos presentados en el juicio, admitiéndose las preguntas sugestivas". En sentido similar, el art. 330 del Código Procesal Penal de la República de Chile, entre otros.

<sup>47</sup> El art. 325 establece solo la prohibición de preguntas sugestivas para el examen directo de un testigo. Así, establece lo siguiente en el quinto párrafo: "En sus interrogatorios, las partes que hubieren presentado a un testigo o perito no podrán formular sus preguntas de tal manera que ellas sugieran la respuesta".

en forma tibia por otros códigos provinciales<sup>48</sup> o por reglamentaciones de los Superiores Tribunales de Justicia de cada provincia<sup>49</sup>.

La posibilidad de confrontar la prueba de la contraparte a través de un mecanismo amplio y diferenciado es lo que permite un genuino contradictorio de dos historias en pugna. De allí que, aun cuando no esté regulado el contrainterrogatorio de manera diferenciada, la admisión de preguntas sugestivas es una clara consecuencia de la vigencia de la garantía del contradictorio, que todo litigante debe hacer valer en una sala de audiencias, y que no es más que una derivación de la garantía del derecho a contradecir la prueba. Claro que para un uso adecuado de esta herramienta procesal es necesario tener en claro, en primer lugar, qué es lo que pretendemos obtener en el contraexamen (objetivos), cómo realizarlo (planificación estratégica) y saber aplicarlo en la práctica (ejecución). Un litigante puede tener un excelente manejo teórico y de las técnicas de litigación pero, si no sabe hacer llegar su mensaje al juez o jurado, si no sabe presentar una historia persuasiva, entonces podrá ser un excelente docente de litigación pero, seguramente, un pésimo profesional. A los abogados, como a cualquier profesional, se les paga para que cumplan su trabajo. No es cierto que la abogacía es una obligación de medios y no de resultados. O no lo es en el sentido que se le suele dar a la frase y que genera la falta de responsabilidad de un abogado en el manejo de cada caso. Esa muletilla ha servido para mantener, en líneas generales, un manejo irresponsable de los casos. El abogado debe cumplir cierto resultado (por ejemplo, en juicio, pasa por obtener determinadas proposiciones fácticas), aunque éste no esté asimilado a obtener una decisión favorable. En el juicio, el trabajo del litigante está centrado en presentar historias o extractos de historias (resultado) que persuadan

<sup>48</sup> Así, no lo prohíben expresamente los Códigos de la Ciudad de Buenos Aires, Neuquén y La Pampa, entre otros.

<sup>49</sup> Tales son los casos de los sistemas procesales de las provincias de Entre Ríos, Santiago del Estero y Tucumán, en que las Cortes locales han aprobado reglamentaciones que permiten la utilización de preguntas sugestivas en el contraexamen. En estos ordenamientos procesales, el legislador habilitó a los Superiores Tribunales de provincia a dictar las reglamentaciones necesarias para su aplicación e interpretación, como así también para dar efectiva vigencia de los principios constitucionales.

a un tribunal sobre la credibilidad de nuestra teoría del caso, esto es, nuestra hipótesis sobre lo ocurrido<sup>50</sup>.

Para poder determinar si debemos o no de contraexaminar a un testigo (no se trata de una obligación, tal como se lo creía en los sistemas inquisitivos) y sobre qué puntos, debemos verificar si el examen directo ha dañado nuestro caso y si tenemos algún punto para atacar la credibilidad del testigo o del testimonio, que queramos luego destacar en nuestro alegato de clausura. Solo si nuestra respuesta ha sido afirmativa debemos comenzar a analizar la estrategia para presentar nuestro contraexamen. Claro que para ello debemos tener bien presente cuál es nuestra teoría del caso, esto es, cuál es nuestra explicación sobre lo ocurrido. Nuestra teoría del caso es la que dominará toda nuestra actividad probatoria en el juicio (exámenes directos, contrainterrogatorios, prueba pericial, presentación de evidencia material, etcétera). Desde la teoría del caso, un litigante analiza cuáles son las proposiciones fácticas que recolectará durante el juicio y que le servirán para presentar su exposición inicial y su alegato de clausura. De modo tal que sabiendo ello, al momento de contra interrogar a un testigo, la teoría del caso será pues la que domine la escena, indicándonos cuáles son las proposiciones fácticas que debemos obtener.

1.3. El contraexamen en el sistema adversarial

La primer lección que se debe aprender sobre contrainterrogatorio, es que es precisamente la antítesis del examen directo, no solo en cuanto al rol del abogado litigante en audiencia, sino también en cuanto a la forma en que debemos ejecutarlo.

Así, mientras que en el examen directo es el propio testigo quien debe declarar y mantener un rol protagónico —cuánto menor intervención del abogado sea recordada por el tribunal, mayor será la credibilidad del testimonio—<sup>51</sup>, en el contraexamen va a ocurrir todo lo contrario. También se sostiene acertadamente que es importante, en líneas generales, mantener orden cronológico del relato, ya que permite al tribunal

<sup>50</sup> Sobre cómo desarrollar estratégicamente una teoría del caso adecuada, ver Moreno, Leonardo, *Teoría del caso*, op. cit., p. 41.

<sup>51</sup> Precisamente se pierde en credibilidad y en calidad de información, si es el abogado quien realiza afirmaciones que el testigo se limita a asentar.

posicionarse con más facilidad en la historia. Y que el examen directo no es para abogados con enormes egos que no dejan espacio para el testigo. Veremos en adelante que, en el contraexamen, ocurre todo lo contrario hasta lo aquí sostenido. Veámoslo en el siguiente cuadro.

Habilidades	Examen Directo	Contraexamen
Preguntas	Abiertas y cerradas	Sugestivas
Orden	Cronológico	Temático
Principal protagonista	Testigo	Abogado
Tiempos	Dar tiempo al testigo para que responda	Preguntar con ritmo. No dar mayor tiempo al testigo para pensar respuestas que pretendan acomodar su relato
Objetivo	Acreditar el testigo y su testimonio a través de proposiciones fácticas favorables	Impugnar credibilidad. Acreditar alguna proposición fáctica excepcionalmente
Testigo	Acreditar al testigo	Desacreditar al testigo
Testimonio	Acreditar proposiciones fácticas	Desacreditar el testimonio

A todo esto, debemos agregarle una dificultad mayor en interrogar al testigo de la contraparte: mientras el abogado tiene un contacto directo con sus propios testigos, pudiendo preparar legítimamente su testimonio, en el contraexamen no tendremos oportunidad de controlar el modo en que ingresará la información. Afirma Goldberg que precisamente por ello, frente a la falta de preparación de un contraexamen —referido a la imposibilidad de practicar con el testigo— la planificación y el control en su ejecución a través de preguntas sugestivas resulta vital. Así, mientras el control del examen directo se obtiene a través de la preparación del testimonio con el testigo, en el contrainterrogatorio se detenta con la planificación de preguntas sugestivas<sup>52</sup>.

<sup>52</sup> Al respecto, ver Goldberg, Steven, *Mi primer juicio oral*, op. cit., p. 196. Otros autores, afirman que de la idea de no repetir el examen directo, se derivan otras reglas tales como: no formular una pregunta de más, no preguntar por qué y nunca formular una pregunta cuya respuesta no conoce (Bergman, *La defensa en juicio*, op. cit., p. 130).

Como corolario de todo ello, podemos fijar las primeras tres reglas básicas de un contraexamen en un sistema adversarial<sup>53</sup>.

La primer regla está centrada en mantener un absoluto control y dominio del testigo y de su testimonio. No hay mejor manera para ello que realizar un contra plagado de *preguntas sugestivas de un solo punto* que solo buscan en el receptor dos respuestas posibles: por sí o por no. En ese sentido es que el contraexamen se asemeja más a un *check list*, que a una pregunta en sí. En líneas generales, se trata de evitar realizar preguntas abiertas ("¿cuéntenos nuevamente que sucedió?") o cerradas ("¿de qué color era el vehículo?"), que permitan al testigo dar una respuesta amplia y continuar con su relato. Se trata de un testigo hostil a nuestro caso y no queremos que conteste más allá de lo interrogado. Lo que pretendemos en el contraexamen es presentar información favorable a nuestro caso, pero de forma tal que sea el abogado quien mantenga el control de la información que se pretende introducir. Mientras que en las preguntas abiertas el testigo es quien tiene el dominio y manejo de la información que ingresa (él es quien decide hacia donde enfoca la respuesta), con la formulación sugestiva el abogado es quien mantiene el control (por ej., ingresó luego por la ventana, ¿no es verdad?; tomó un cuchillo, ¿no es así?; y con el mismo apuntó hacia Pedro, ¿cierto?). Para ello, resulta necesario conocer previamente las respuestas sobre lo que preguntamos. Recordemos que ni el examen directo ni el contra son espacios para buscar información en juicio. Al contrario, ya debiéramos conocer la información y la deberíamos presentar ante el Tribunal. Si desconocemos la respuesta no deberíamos contraexaminar al testigo sobre esa área.

Con esto no queremos decir necesariamente que no podamos, en planos seguros, intercalar preguntas abiertas. Claro que ello, como vere-

<sup>53</sup> Mucho se ha escrito sobre cuáles son las reglas ineludibles para un buen contraexamen. Así, Irving Younger fija diez mandamientos del contrainterrogatorio: a. la brevedad; b. las preguntas deben ser cortas y las palabras sencillas; c. siempre debes formular preguntas sugestivas; d. no preguntes, salvo que conozcas de antemano la contestación; e. escucha las contestaciones del testigo; f. no argumentes con el testigo; g. no permitas que el testigo explique sus contestaciones; h. no permitas que el testigo repita su examen directo; i. no formules la pregunta de más; y j. reserva la explicación para el informe final (Irving Younger, *The litigation Manual, Section of Litigation*, American Bar Association, 1983, p. 61 y siguientes). Por nuestro lado, creemos que esas diez reglas no son más que derivaciones de la idea de mantener el control sobre el testigo en el contrainterrogatorio, y que se derivan de las tres reglas que fijamos.

mos luego, es válido y hasta –para un grupo reducido de casos en los que queremos fijar un punto– eventualmente aconsejable. Sin embargo no son sino excepciones a la regla general<sup>54</sup>.

La segunda regla es: *las preguntas sugestivas deben ser secuenciales*, yendo desde lo general hacia lo específico. El Juez o Jurado ya han escuchado al testigo en el directo y no quiere volver a escuchar nuevamente más de lo mismo. El abogado que realiza un contraexamen tampoco pretende ello. Solo necesita seleccionar qué información desea introducir, sobre qué parte del relato se posicionará, manteniendo el control del testigo. Es muy importante que las preguntas sugestivas de un solo punto sean secuenciales, para poder fijar en el Tribunal una imagen clara y nítida sobre el punto que queremos remarcar. Para ello, la mejor técnica es ir desde lo general hasta lo más específico, tratando de congelar imágenes. Así, por ejemplo:

- P. Ud. ingresó a la finca sita en la calle Libertador 324.
- P. Lo hizo por la ventana, ¿no es verdad?
- P. Esa ventana da al salón comedor del inmueble.
- P. Luego tomó un arma, ¿cierto?
- P. Ese arma era un revólver.
- P. De calibre 22 largo, ¿no es así?

Quien debe acaparar las luces del escenario es el abogado, demostrando que la contraparte omitió cierta información relevante para el caso. Por ello es que un litigante que realiza el contraexamen no debe reiterar el examen directo<sup>55</sup>. Es un error muy frecuente que los abogados procedan a reiterar el examen directo, solo que valiéndose de preguntas sugestivas de un solo punto. Ello es desaconsejable por dos razones. Primero porque permite al testigo llenar olvidos en su declaración, con el riesgo que implica –recuerde en todo momento que no es su testigo,

<sup>54</sup> Tan rígida suele ser esta regla para los sistemas angloamericanos que, en las prácticas de varias universidades de Estados Unidos, no se permite realizar preguntas abiertas aun en planos absolutamente seguros. Se trata de una metodología pedagógica tendiente a fijar un formato de interrogación. Así, por ejemplo, en la Universidad California Western School of Law de San Diego, en las prácticas de examen cruzado no se permite ese tipo de preguntas.

<sup>55</sup> O como dice Goldberg, solo debe reiterar las partes más relevantes para su teoría del caso (Goldberg, Steven, *Mi primer juicio oral*, op. cit., p. 210).

sino el de la contraparte—. Segundo, porque no permite que el tribunal distinga nítidamente qué es lo relevante para nosotros en la historia. En la repregunta no nos interesa una historia, sino fragmentos que pueden ser útiles<sup>56</sup>, y así debe ser presentado.

La tercera regla que debemos tener siempre presente es que en el contraexamen, a diferencia de lo que ocurre con el examen directo, nunca se pregunta por las conclusiones, sino más bien, de modo indirecto. Por ello es que las *preguntas sugestivas de un solo punto deben ser indirectas*<sup>57</sup>. Solo queremos mostrar determinada información omitida en el examen directo. No pretendemos que el testigo cambie de parecer (por ejemplo, se equivocó en el reconocimiento realizado, o vio un arma cuando en realidad era solo un teléfono celular), pero sí exhibir las condiciones en que se encontraba el día de los hechos (por ejemplo, en un lugar oscuro, fue un ataque por la espalda, duró pocos segundos, estaba a unos cien metros de distancia, etc.). Por ello, en principio, están excluidas—desde un punto de vista estratégico—las preguntas que buscan una explicación del testigo (*¿por qué lo reconoció en esas condiciones?*, *¿cómo puede ser que no esté equivocado?*, *¿puede explicarme cómo llega a esa conclusión?*, etcétera). En síntesis estas tres reglas—o siguiendo a otros autores los mandamientos que pueden derivarse del contraexamen—pueden resumirse en una palabra clave: *control*. Control del testigo y del testimonio en el contraexamen<sup>58</sup>. Debemos dejar que las conclusiones las adopte el jurado o el tribunal, luego de que presentemos nuestro punto de vista en el alegato de clausura.

<sup>56</sup> Paul Bergman, *La defensa en juicio*, p. 135.

<sup>57</sup> Larry Pozner y Roger Dodd, fijan tres reglas para el contraexamen: preguntas sugestivas, un solo nuevo hecho por pregunta y seguir una progresión lógica entre una pregunta y otra (*Cross Examination: Science and Techniques*, op. cit., ps. 207-248).

<sup>58</sup> En ese sentido, Elpidio Batista Ortiz, *El abogado defensor puertorriqueño: litigación, vivencias, casos y comentarios*, ediciones Situm, San Juan de Puerto Rico, 2012, p. 574.

## 2.

# Los objetivos del contraexamen

## 2.1. El contraexamen y la teoría del caso

Lo primero que tenemos que tener presente al momento de plantearnos si habremos o no de contra interrogar a un testigo, es qué tanto daño nos hizo en el examen directo y qué pretendemos obtener de aquél. Básicamente, no podemos lanzarnos a un contraexamen sin el manejo de la teoría de nuestro caso, tal como ocurría en los sistemas inquisitivos donde un litigante contrainterrogaba a un testigo sin una hoja de ruta y sin saber qué podía obtener en esa actividad. Bajo la atenta mirada del concepto de verdad, como única y relevada —y no como meta garantía del proceso, en el sentido de que la verdad de la acusación funciona como un límite infranqueable para la imposición de una pena—, los litigantes construyeron una práctica irresponsable en la cual —acusación y defensa— se mimetizaban en la construcción de una decisión que creían única, verdadera y sin matices.

En el sistema adversarial para saber si corresponde contraexaminar a un testigo, el litigante debe guiarse según su propia teoría del caso, que no es otra cosa que su explicación sobre como ocurrieron los hechos. Como bien sostiene Carofiglio, “es metafísicamente ilusoria nuestra convicción de que no existe más que una realidad”<sup>59</sup>, cuando lo cierto es que los hechos deben ser contruidos con numerosas versiones que entran en pugna entre sí. La película *Rashomon*, del director Akira Kurosawa (1950), nos muestra genialmente, como pocas, esa realidad. Se

<sup>59</sup> Carofiglio, Gianrico, *El arte de la duda*, Marcial Pons, Madrid, 2010, p. 26.

trata de la historia de un samurai que es asesinado en un bosque, en momentos en que se encontraba en compañía de su esposa. La película trata la narración que realizan diferentes personajes sobre el hecho en sí (el imputado, el espíritu del muerto, un testigo ocasional y la mujer del samurai) y cómo sus diferentes apreciaciones entran en conflicto, todas ellas marcadas por los distintos intereses que tienen en el caso. De eso se trata un juicio oral, de dos historias en pugna. La teoría del caso nos permite construir, en base a los hechos que son incontrovertibles, inamovibles e irrefutables (esto es, los hechos que por más que no nos gusten, no los vamos a poder modificar<sup>60</sup>), una narración de lo sucedido –nuestra historia– tendiente a persuadir a un Tribunal y obtener un resultado favorable. Para ello, es preciso analizar el relato de cada testigo –nuestros y de la contraparte–, para verificar qué proposiciones fácticas (afirmaciones de hecho) podremos acreditar en Juicio para sustentar nuestra hipótesis.

Por eso es que la decisión de contraexaminar a un testigo se encuentra ligada a nuestra teoría del caso, esto es, a la búsqueda de aquellas afirmaciones de hecho que buscamos obtener para hacerse valer luego en el alegato de clausura. Si no tenemos ninguna proposición fáctica para acreditar, lo mejor que puede hacerse es no formular preguntas. Por el contrario, si tenemos una o varias líneas de contraexamen marcadas por nuestra teoría del caso, esta actividad quedará ceñida a la búsqueda de esas afirmaciones de hecho o proposiciones fácticas.

Toda nuestra actividad en el juicio oral está unida teleológicamente a nuestra hipótesis del caso. De modo tal, que cuando nos planteamos qué objetivo buscamos con el contraexamen, estamos preguntándonos concretamente, qué buscamos obtener que sea favorable a nuestra teoría del caso<sup>61</sup>.

<sup>60</sup> Explica Moreno que la determinación temprana, a través del proceso de “lluvia de ideas”, de los hechos inamovibles permite trabajar de manera más eficiente el caso (Moreno, Leonardo, *Teoría del caso*, op. cit., p. 75).

<sup>61</sup> Con esa finalidad, previo a decidir cuál será nuestra teoría del caso, es preciso que podamos contestar las siguientes preguntas: ¿de qué se trata el caso?, ¿con qué prueba cuento o debo contar para poder probar mis alegaciones?, ¿cuál es el derecho aplicable?, ¿cuáles son las fortalezas y debilidades de mi caso? y ¿cuál es la teoría de la parte contraria? (Fontaneí Maldonado, Julio, *Principios y técnicas de la Práctica Forense*, p. 13). Con esta información, sumado a una tarea previa de investigación, podremos –previo al inicio del juicio– saber cómo cerraremos el alegato de clausura y, desde allí, determinar qué prometeremos en la exposición inicial y qué proposiciones fácticas obtendremos con cada examen y contraexamen.

Va de suyo que no todo testigo merece ser contra examinado. Habrá oportunidades en las que el testigo no habrá aportado nada al caso y que, entonces, nada tenemos para interrogar<sup>62</sup>. Ese no solo es el mensaje que queremos dejar al tribunal, sino que preferimos que ese testigo se retire cuanto antes, sin darle oportunidad de que agregue algún elemento relevante, que nuestra contraparte haya omitido introducir. Para saber si es aconsejable sostener un contrainterrogatorio es preciso tener bien presente, en primer lugar, cuáles son los hechos incontrovertibles –aquellos que por más que queramos, no podremos modificar– y cuáles son los hechos relevantes y sujetos a debate. Sobre éstos es que deben trazarse las líneas de contrainterrogatorio.

La formulación de un contraexamen siempre representa dos riesgos latentes que podemos prevenir dejando ir al testigo, cuanto antes, de la sala de audiencias. El primero es que, aun en contraexámenes bien llevados, existe la posibilidad de que el abogado pierda el control del testigo y este proporcione algún elemento adicional perjudicial para nuestros intereses (por ejemplo, estamos interrogando respecto de la oscuridad del lugar, pero el testigo aclara que había luz artificial, que tenía una linterna, y que por eso vio todo de manera clara). No todos los testigos son inexpertos y fáciles de controlar. Un oficial de policía, con mucha experiencia, seguramente ya ha declarado varias veces en una sala de audiencias, y sabe cómo manejarse frente a abogados que pretenden tenerlo maniatado en sus respuestas, a través del uso de preguntas sugestivas. El segundo riesgo radica en que si formulamos un contraexamen, permitimos que la contraparte pueda realizar un re examen directo sobre los puntos trabajados en el contraexamen<sup>63</sup>. De modo que tenemos que tener presente que, al contra interrogar, le estamos dando a nuestra contraparte la posibilidad de volver a examinar a su testigo. Será necesario, pues, analizar costos y beneficios antes de realizar un examen cruzado. Es por ello que, si el testigo de la contraparte no ha agregado ninguna información relevante para el

<sup>62</sup> En estos casos podremos realizar tan solo un par de preguntas tales como: “Sr. X, permítame hacerle solo dos preguntas, para ver si comprendi bien. Ud, llegó luego de ocurridos los hechos, no es verdad? No observó a ninguno de los imputados por el lugar, ¿es así?” De este modo, el abogado deja en claro que no es más que un testigo que llegó al lugar luego de ocurrido el suceso.

<sup>63</sup> Sobre este punto, las Reglas de Evidencia Federales de los Estados Unidos son bien claras al limitar el re examen directo a los temas trabajados en el examen cruzado. Conf. Regla 612.

caso, tal vez nuestra mejor opción sea no examinarlo –reducción de riesgos– y que se retire del tribunal<sup>64</sup>.

También puede ocurrir que, aun cuando el testigo haya efectuado una declaración que dañó nuestra teoría del caso, no tengamos ningún punto para contraexaminarlo por lo que tal vez, en ese caso, nuestra mejor opción siga siendo que se retire cuanto antes; ello siempre que el relato nos deje abierto un camino para continuar construyendo nuestra hipótesis del caso. Como bien relata Goldberg, a veces lo más inteligente que tenemos para decir es que “no tenemos preguntas”, logrando que ese testigo se retire cuanto antes<sup>65</sup>.

La opción de no contraexaminar siempre es difícil de adoptar, sobre todo desde un plano cultural. En modelos como los latinoamericanos en los que históricamente las partes han examinado y contraexaminado por igual, bajo las mismas técnicas de litigación (formato de examen directo), resulta contra intuitiva no hacerlo. Por ello, la mejor herramienta para tomar esa decisión es volver a la pregunta inicial: ¿Qué pretendo obtener en el contraexamen a favor de mi teoría del caso?<sup>66</sup> Si no encuentro una respuesta clara, entonces, habrá que dejar que el testigo se retire.

Al seguir la teoría del caso, básicamente los objetivos de un contrainterrogatorio podemos dividirlos en dos grandes grupos: de acreditación, referido a algún aspecto que resulta favorable para la construcción de nuestra hipótesis y que, por ende, queremos destacar; y de descrédito, ya sea sobre el testigo en sí –“es un mentiroso” o “tiene interés”– o sobre su testimonio, esto es, sobre lo que declara –“no

<sup>64</sup> Así, la decisión de tener un contraexamen más o menos riesgoso dependerá de la clase de testigo y las chances que tenemos de obtener un resultado favorable en el caso. Como dice Batista Ortiz, “todo contrainterrogatorio conlleva unos riesgos que debemos evaluar. Entre ellos se encuentran las preguntas de poco riesgo (las corroborativas), las de riesgo mediano (calificaciones de perito) y las de alto riesgo (basadas en información suplida por el cliente del abogado ¿pero son confiables?). Si esperas ganar debes mantener los riesgos a un mínimo. Por el contrario, si te dieron duro vas a necesitar un cross (referido a contraexamen o examen cruzado) algo arriesgado” (*El abogado defensor puertorriqueño*, op. cit., p. 569).

<sup>65</sup> Afirma Goldberg que “ciertamente, hay ocasiones en que la mejor repregunta se expresa en la frase: No hay más preguntas, Su Señoría” (*Mi primer juicio oral*, op. cit., p. 185).

<sup>66</sup> Esta es una técnica docente que me ha dado buenos resultados en los cursos de litigación. Obligar a quien realizará una práctica de contraexamen a que, previo comenzar con su tarea, identifique cuál es su objetivo, evita que el litigante vaya a lugares del relato sin un claro lineamiento.

pudo percibir lo que dice haber visto” o “tiene problemas de visión”, por citar algún ejemplo–. Para que el tribunal pueda concluir que el testigo no es creíble por cualquiera de las dos vías apuntadas (desacreditar el testigo o el testimonio), es preciso que en el contraexamen hayamos obtenido proposiciones fácticas sólidas en esa línea. Por el contrario, cuando el contrainterrogatorio se practica sin un objetivo preciso, para cuya consecución no se ha realizado una planificación adecuada, se corre un riesgo elevadísimo de que la posición de la parte contraria salga incluso más reforzada respecto a los resultados que ya había conseguido en el examen directo<sup>67</sup>.

Nunca hay que olvidar que, cuando decidimos contraexaminar a un testigo, estamos generando dos imágenes bien claras en el tribunal o en el jurado. La primera, es que ese testigo ha dañado nuestro caso. Si esto no fuese así, entonces por qué tendríamos que contraexaminarlo cuando solo ha generado información irrelevante para el caso<sup>68</sup>. La segunda, es que estamos formulando una promesa al Tribunal, estamos prometiendo “aportar información favorable”<sup>69</sup>. Al responder que vamos a contraexaminar al testigo, el tribunal espera que exhibamos algún tipo de información que fue omitida en el examen directo y que le va a dar otra dimensión al caso. Antes que nada, el contraexamen es un mecanismo de control de calidad de la información ingresada a juicio, y es precisamente eso lo que espera el tribunal de nosotros.

## 2.2. Acreditar nuestras propias proposiciones fácticas

El primer gran objetivo de un contraexamen está centrado en obtener proposiciones fácticas favorables a nuestra teoría del caso. Claro que esto no es lo usual. Si el testigo fue citado por la contraparte, seguramente es porque su versión de los hechos se ajusta más a aquella que a nuestra teoría del caso. Sin embargo, pudiera darse el caso de que determinados aspectos de su declaración efectivamente nos resultan favorables y debemos estar atentos para su acreditación. Nada más creíble y persuasivo que introducir información valiéndonos de un testigo que es hostil a nuestra versión de los hechos.

<sup>67</sup> En igual sentido, Carofiglio, Gianrico, *El arte de la duda*, op. cit., p. 40.

<sup>68</sup> Mauet, Thomas, *Trial techniques*, editorial Advisors, 7<sup>o</sup> edition, New York, 2007, p. 252.

<sup>69</sup> Bergman, Paul, *La defensa en juicio*, op. cit., p. 138.

Usualmente las versiones de las partes tienen muchos elementos en común. Por consiguiente, la historia de un testigo de la contraparte –hostil a nuestra teoría del caso– a menudo incluirá ciertas proposiciones fácticas que son parte de nuestra propia versión de los hechos. Por lo tanto, nuestras preguntas pueden evocar dicha evidencia que es parte de nuestra propia versión afirmativa<sup>70</sup>. Así, por ejemplo, pudiera darse el caso de un testigo favorable a la acusación, quien refiere haber llegado al lugar de los hechos ni bien éstos ocurrieron (oficial de policía), pero agrega que el lugar era muy oscuro, con mala iluminación artificial. Este testigo, favorable para la acusación, ya que se ocupa de levantar rastros del lugar, agrega en su relato una proposición fáctica muy relevante para la teoría del caso de la defensa que pudiera llegar a debilitar la credibilidad del reconocimiento que otros testigos hayan hecho del autor: “el lugar estaba muy oscuro”. Ahora, ¿qué implica muy oscuro? Si hemos hecho nuestro trabajo en la etapa de investigación, seguramente podremos incluir varias proposiciones fácticas que puedan llevar al Juez a concluir que, realmente, el lugar estaba muy oscuro y que el reconocimiento en esas condiciones deja un margen de duda. Así esa línea nos permitirá realizar un interrogatorio dándole elementos objetivos al adjetivo o calificativo “oscuro”. Por ejemplo, podríamos realizar las siguientes preguntas:

- P. Muy oscuro porque no había luz artificial, ¿no es verdad?;
- P. Estaba a una distancia de 15 metros;
- P. Y había una gran arboleda en el lugar, ¿cierto?; etcétera.

También podría tratarse de un caso en el que, a través de los testigos de la contraparte, podamos acreditar la existencia de prueba material, ya sean documentos o efectos hallados en el lugar. Si podemos acreditarlos con testigos de la contraparte, sin duda que no tendremos costo alguno en credibilidad.

Si bien este no es el objetivo central de un contraexamen por excelencia, si corresponde, en primer lugar, analizar si es viable la acreditación de

<sup>70</sup> Paul Bergman, *La defensa en juicio*, op. cit., p. 133. Afirma luego el autor que nuestra pregunta puede evocar dicha evidencia sin que eso implique de ningún modo atacar al testigo. A veces uno puede alcanzar este objetivo sencillamente pidiendo al testigo que repita partes seleccionadas del interrogatorio directo.

algún elemento favorable, antes de desacreditar al testigo<sup>71</sup>. Si hay algo de su relato que nos pueda servir, es mejor comenzar por allí, para luego ingresar en terrenos de descrédito. Si utilizamos el camino inverso, seguramente, cuando lo hayamos desacreditado será demasiado tarde para intentar ingresar algún punto favorable de su declaración. Como observamos el orden de las preguntas en el contraexamen también es una decisión profundamente estratégica.

### 2.3. Desacreditar la prueba de la contraparte.

Es por excelencia el gran objetivo de un contraexamen. Si se trata de un testigo de la contraparte –hostil a nuestra versión de los hechos–, lo mejor que puede suceder para nuestros propios intereses, es lograr en un contrainterrogatorio debilitar su credibilidad (ya sea del testigo como objeto de prueba o de su testimonio brindado ante el tribunal). Precisamente de eso se trata el contraexamen.

Así como el examen directo está centrado en dos grandes áreas: la acreditación del testigo y la incorporación de proposiciones fácticas favorables, en el contraexamen ocurre algo parecido. Mientras que el abogado en el examen directo se ocupó de acreditarlo, la contraparte deberá desacreditar la persona (testigo). Y así como en el examen directo se ocuparon de acreditar proposiciones fácticas (parte del relato), será el turno ahora de quitarles crédito a aquellas afirmaciones (testimonio). Como dice Muñoz Conde, la credibilidad de un testigo tampoco es una verdad tautológica, sino algo que admite discrepancias en cuanto a su valoración<sup>72</sup>.

<sup>71</sup> Afirman Rafael Blanco y otros que si el objetivo que nos proponemos con el contrainterrogatorio es fortalecer aspectos de la declaración del testigo que coinciden con nuestra propia teoría del caso, logrando que esas afirmaciones de hecho sustente nuestra visión de aquello que realmente sucedió en el caso concreto, no nos interesará desacreditar al testigo (Blanco, Rafael; Decap, Mauricio; Moreno, Leonardo; y Rojas, Hugo, *Litigación estratégica en el nuevo proceso penal*, Lexis nexis, Santiago de Chile, 2005, p. 208). En igual sentido, Mauet, Thomas, *Trial techniques*, op. cit., p. 254.

<sup>72</sup> Muñoz Conde, Francisco, *Búsqueda de la verdad en el proceso penal*, Volumen 1, Hammurabi, Bs. As., 2000, p. 100. Como bien explica Andrés Ibañez, “el proceso mnemónico no arranca con un acto de simple observación ni opera por mero almacenamiento y recuperación mecánicos, sino que, en todo su recorrido, tiene un alto componente de reelaboración” (Andrés Ibañez, *Perfecto, Prueba y convicción judicial en el proceso penal*, Hammurabi, Bs. As., p. 107). De allí la necesidad de trabajar fuertemente en el contraexamen para verificar la calidad de la información.

Para poder desacreditar la información ingresada, en líneas generales, el contraexamen no encuentra límites, ya que podrá desarrollarse sobre la base de la información suministrada por el testigo en el examen directo, como así también sobre cualquier otra información –aun, no introducida en el directo– que guarde relación con la credibilidad del testigo. Si el abogado de la contraparte pretendiera objetar por impertinencia el ingreso de información por fuera de la introducida en el directo, bastará con hacerle saber al juez que la línea de contraexamen es pertinente, toda vez que se pretende trabajar sobre la credibilidad del testigo<sup>73</sup>. Como afirma Lubet, por más que el alcance sobre la pertinencia de las preguntas pueda variar en cada Corte, la credibilidad del testigo siempre es un punto relevante del caso<sup>74</sup> y, solo por ello, toda línea que apunta hacia allí debiera ser admitida.

### 2.3.1. Desacreditar al testigo

Se trata de demostrar que el testigo que acaba de declarar es una persona que, por determinados antecedentes de vida o condiciones personales, resulta ser poco confiable y que, cuanto menos, hay que dudar sobre la veracidad de su relato.

No se trata de una función sencilla de cumplir. Recordemos que en el sistema adversarial se parte de la lógica que todos los testigos, en principio, son admitidos para el juicio oral –principio de amplitud probatoria– (de hecho, el testigo que pretendemos desacreditar ya fue admitido en la etapa intermedia o audiencia preparatoria de juicio y acaba de rendir su examen directo)<sup>75</sup>. Sin embargo, no todos pesan lo mismo.

<sup>73</sup> Como explica Batista Ortiz, si bien las Reglas Americanas solo permiten interrogar sobre los puntos que fueron cubiertos en el examen directo del testigo, mientras que las Reglas inglesas son más amplias y liberales al autorizar en el contrainterrogatorio la presentación de cualquier materia pertinente para demostrar credibilidad del testigo, en la práctica la diferencia no es tan marcada, y se requiere, tan solo, acreditar en audiencia la pertinencia de la línea de contra interrogación intentada (*El abogado defensor puertorriqueño*, op. cit., p. 567).

Las reglas de evidencias federales en los Estados Unidos, luego de la última modificación no ofrecen mayores límites, más allá de los que pueda autorizar el Juez en la Sala de Audiencias (conf. regla n° 607).

<sup>74</sup> Lubet, Steven, *Modern Trial Advocacy*, op. cit., ps. 86 y 87.

<sup>75</sup> Con esto no queremos decir que no haya que realizar un análisis exhaustivo sobre la admisión de prueba en la audiencia preparatoria de juicio. Un tratamiento vago sobre la materia conlleva

Entonces, se trata de acreditar el peso específico de cada testigo y de cada afirmación que éste realice, dejando un espacio para dudar sobre la veracidad de sus dichos. Debemos tener presente que el ingreso y valoración de la prueba en el juicio oral tiene, básicamente dos filtros o controles. El primero es sobre la admisión de prueba en la audiencia preparatoria de juicio. Aquí, tanto la práctica como los códigos de la región han tenido una mirada –si se quiere– más bien laxa, exceptuando la admisión de prueba solo por razones de sobreabundancia, impertinencia o por prueba ilícita. No ha habido mayores avances académicos sobre el alcance que debe dársele al término “impertinencia” para aquellas evidencias que, si bien guardan relación con el hecho, lo que buscan es generar un prejuicio en el juzgador<sup>76</sup>. El segundo control está en determinar en el juicio oral cuál es el peso efectivo de la prueba. El Juez de juicio o Jurado son quienes deben tamizar toda la información para fijar la credibilidad de cada evidencia<sup>77</sup>. Aquí el rol del abogado en audiencia es vital para tamizar la calidad de la información.

altos riesgos, ya que solo se permite excluir prueba sobreabundante e impertinente, sin facultarse la exclusión de aquellas evidencias que solo pretenden generar un prejuicio en el Juzgador. Al respecto, ver Hernández Basualto, Héctor, “Pertinencia como garantía: prevención del prejuicio en el examen de admisión de la prueba”, en *Formación y valoración de la prueba en el proceso penal*, AA.VV., Abeledo Perrot, Santiago de Chile, 2010, p. 25.

<sup>76</sup> Así, a la impertinencia suele dársele un alcance muy reducido, limitándose a la exclusión de toda prueba que no guarde ninguna relación lógica o jurídica entre el hecho y el medio de prueba. Así, entre otros, Horvitz Lennon, María Inés y Lopez Masie, Julián, *Derecho Procesal Penal Chileno*, Jurídicas de Chile, Santiago de Chile, 2004, p. 45. Sin embargo, desde razones puramente epistemológicas, para arribar a la verdad, debe excluirse toda prueba que, por sobreabundante y que busca generar prejuicio en el juzgado, lo único que logra es contaminar la toma de decisiones (Hernández Basualto, Héctor, “Pertinencia como garantía...”, op. cit., p. 22). En palabras de Duce, refiriéndose a la prueba pericial, pero traspasable a la prueba testimonial, existe un segundo nivel de análisis de la pertinencia de la prueba, al que denomina pertinencia o relevancia legal. La pertinencia o relevancia legal tiene que ver centralmente con un análisis de costo y beneficio en el que el juez debe pesar los aspectos favorables que la introducción de dicha prueba puede producir en juicio en contra de los potenciales perjuicios que pudiera generar su incorporación al mismo. Este análisis de costo beneficio tiene por objetivo determinar si el valor probatorio de la evidencia es superado por los perjuicios que ésta crea o por los costos que produce (Duce, Mauricio, *La prueba pericial*, ediciones Didot, Bs., As., 2013, p. 59).

<sup>77</sup> En palabras de Binder, el proceso de toma de decisión transita por distintas etapas. El análisis de la legalidad (exclusión probatoria), la determinación de la pertinencia y utilidad (admisión donde se pesa las ventajas y riesgos de admitir la prueba), el pesaje (credibilidad), la fundamentación y la comunicación de la decisión (Binder, Alberto, “Prólogo” al libro *Valoración racional de la prueba* de Nicolás Schiavo, op. cit., p. IV).



Desde este prisma –credibilidad–, no se trata de demostrar, por ejemplo, que el testigo ha cometido algún delito con anterioridad y que por ello no está legitimado para declarar. Por el principio de amplitud probatoria ya ha sido admitido en juicio. Se trata de ponerle un determinado valor a la credibilidad de sus dichos, para que el jurado o tribunal pueda pensarlos en su justa medida. Los códigos latinoamericanos no han regulado ningún tipo de prohibición de declarar basado en circunstancias tales como el interés en el caso o en contar con un registro de antecedentes penales. Las prohibiciones de declarar están más bien orientadas al “secreto profesional”<sup>78</sup> o a la ponderación de valores que el legislador consideró más valiosos que el descubrimiento de la verdad en juicio, tales como ser las relaciones familiares<sup>79</sup>. Por el contrario, el sistema anglosajón es más contundente sobre la materia, prohibiendo prestar declaración testimonial a quien ha sido condenado por la comisión de un delito que implique falsedad<sup>80</sup>, siempre que no hubieran transcurrido diez años desde aquella condena<sup>81</sup>. Sin embargo, que no podamos excluir por esos motivos a un testigo, no quiere decir que no debamos

<sup>78</sup> Así, entre otros, el Código Procesal Penal de la Ciudad de Buenos Aires, en su art. 123, establece la prohibición de declarar por secreto profesional a los ministros de un culto admitido, los abogados, procuradores, escribanos, médicos, militares y funcionarios públicos sobre secretos del Estado.

<sup>79</sup> Así, en el orden federal, el CPP de la Nación, en su art. 242 prohíbe declarar en contra del imputado, bajo pena de nulidad, su cónyuge, ascendientes, descendientes o hermanos, a menos que el delito aparezca ejecutado en perjuicio del testigo o de un pariente suyo de grado igual o más próximo que el que lo liga con el imputado.

<sup>80</sup> El concepto de falsedad no implica necesariamente delito de falso testimonio. Así, el comité encargado de redactar las reglas de evidencia de Puerto Rico, recomendó que se abandonara el concepto de deshonestidad o falso testimonio que estaba vigente en las anteriores reglas de evidencia, para sustituirlo por el concepto más amplio de falsedad. Entiende Rolando Emanuelli Jiménez que la falsedad es el concepto más apropiado para referirse a la impugnación de un testigo quedando incluidos dentro de ella todo delito aun contra la propiedad que en su modo comisivo se utilice la treta o el engaño, lo que implica que se requiera un mayor control e investigación sobre los records criminales (*Prontuario de Derecho Probatorio Puertorriqueño*, ediciones Situm, 3° ed., San Juan de Puerto Rico, 2010, p. 389).

<sup>81</sup> *Idem*, p. 390. La regla de evidencia 610 en el apartado A de Puerto Rico, establece lo siguiente: “Condena por delito. A. Con el objetivo de impugnar la credibilidad de una persona testigo, ya sea esta testigo o persona acusada, y sujeto a lo dispuesto en la regla 403, es admisible evidencia de que ha sido condenada por delito que, sin importar su clasificación, conlleve falsedad. Esto puede establecerse por cualquier prueba admisible bajo estas reglas, lo que incluye el récord público correspondiente y la admisión de la persona testigo cuya credibilidad es impugnada”. En igual sentido, está regulado por las reglas de evidencia federales de los Estados Unidos, bajo la norma 609.

hacerle saber al tribunal sobre sus antecedentes y, en el alegato de clausura, dejar sembrada la duda sobre qué tan confiable puede resultar el testimonio de quien ya ha sido condenado por faltar a la verdad.

Básicamente dos son las líneas que se pueden trabajar para debilitar la credibilidad de un testigo. Por un lado, está el interés del testigo en el resultado del caso, que va desde quien miente por dinero (falso testimonio), hasta la víctima o el policía mismo que tienen interés en el caso, por ser parte del conflicto o porque quieren que su investigación no pierda validez por algún defecto formal, respectivamente. Claro que no todo interés es ilegítimo, ni tiene el mismo peso desfavorable sobre la credibilidad del testigo. Por ello tendremos que analizar cómo introducir estratégicamente esa información en el juicio. No parece muy inteligente plantear al inicio del contraexamen preguntas a la víctima, tendientes a demostrar que tiene una preocupación en el resultado del caso. Puede generar, hacia el Tribunal, menos empatía en el abogado que en la víctima misma –se trata de un interés lógico y razonable–. Por el contrario, si el interés del testigo es ilegal, sí será preciso comenzar el contraexamen con ese punto. Como veremos luego, cuando acreditamos la preocupación del testigo en el caso (que puede ser legítimo, como el interés de la madre del imputado en que éste no quede detenido ni sea condenado), no estamos pensando en deslegitimarlo, sino tan solo en mostrar las cartas al tribunal, para que pueda valorar adecuadamente la prueba.

La segunda línea para desacreditar a un testigo está centrada en las conductas previas de aquél, referidas no solo al hecho que se juzga, sino también a su vida en general. Si bien todas las personas en principio son admisibles como testigos, y no pueden ser desechados por su condición social o laboral, si le preguntáramos a un fiscal qué testigo prefiere: una monja de convento o un revendedor de repuestos usados de autos, seguramente se inclinaría por la primera, a pesar de que ambos estén legitimados para declarar. No estoy seguro de que esa sea una buena elección, pero seguramente será la opinión mayoritaria. Los abogados tienen prejuicios, los jurados tienen prejuicios y los jueces también tienen prejuicios. Es importante trabajar sobre esos eventuales prejuicios para obtener proposiciones fácticas más favorables a nuestro caso. En definitiva, un buen litigante no debe pensar si es un prejuicio moralmente reprochable o infundado (los prejuicios siempre lo son, precisamente porque son anteriores a la elaboración de un juicio), sino

cómo presentar su caso de la manera más convincente para sus intereses. Con esto lo que queremos marcar es que aun habiéndose sustituido el sistema de pruebas tasadas —propio de los sistemas inquisitivos—, por el de libres convicciones, que permite escuchar y valorar a todos los testigos, habrá que generar proposiciones fácticas que den cuenta quién es cada testigo y por qué hay o no motivos para creerles.

No se trata de señalar que un testigo no resulta creíble por haber sido condenado por vender repuestos falsos, sino determinar por qué si una vez faltó a la verdad, existe un riesgo de que vuelva a mentir. Tal vez cuando el testigo faltó a la verdad tenía un interés económico en el caso, que ahora no tiene (por ejemplo, ahora es testigo de un robo con armas en un bar, del que es ocasional cliente), y nada hace creer que esté mintiendo. Esa será la tarea del abogado que lo citó, eventualmente, para reacreditarlo en el re examen directo.

Lo que se trata, en definitiva, es determinar quien es el testigo, si ha tenido antecedentes criminales, si es adicto a alguna sustancia que pudiera debilitarle o afectarle los sentidos, si tiene algún tipo de vínculo con la comunidad. Todos esos detalles servirán para darle mayor o menor valor a su testimonio.

### 2.3.2. Desacreditar el testimonio

Es más frecuente que los litigantes se inclinen por trabajar sobre el plano de desacreditar el testimonio que el del testigo, ya que aquí la incidencia es aun mayor. Si el litigante logra demostrar que el testigo está mintiendo o que, sin mentir, puede haber incurrido en un error de percepción sobre lo ocurrido, el impacto será mayor para nuestra teoría del caso.

Para cumplir con este objetivo, tal como dijimos en el primer capítulo, no se trata de discutir con el testigo, al estilo "Ud. está equivocado con lo que observó, está cometiendo un error", sino de presentar un interrogatorio que pueda dejar a la vista del tribunal las condiciones en que el testigo percibió los hechos a través de alguno de sus sentidos (estaba oscuro, sucedió rápidamente, estaba alejado del lugar, los rasgos dados al personal policial eran más bien vagos, etcétera).

El objetivo que buscamos al desacreditar el testimonio es dejar una imagen de duda sobre lo relatado y percibido por el testigo o, en el

mejor de los casos, demostrar que se trata de un testigo que cambia sus versiones de los hechos y por ende, no es creíble. Luego, será al momento de presentar nuestro alegato de clausura, la oportunidad para argumentar sobre el peso de nuestro trabajo.

Otra forma de desacreditar testimonio está en centrar la inconsistencia de sus dichos con otras pruebas, ya sean estas materiales o testimoniales. En este caso, la labor del abogado estará centrada en detallar claramente lo que han declarado otros testigos previamente, dar elementos para fortalecer su credibilidad, para en el contraexamen de este testigo, dejar en claro que la versión que da es significativamente opuesta a otras pruebas o, incluso, a su propia versión de los hechos.

### 3.

## La preparación del contraexamen

Así como es preciso que un abogado prepare los exámenes directos de sus testigos, también debemos hacer lo propio con el contrainterrogatorio de los testigos hostiles a nuestro caso. Como afirma Mauet, la preparación previa al juicio siempre es la clave para un contraexamen exitoso<sup>82</sup>. Claro que la preparación no será igual. Mientras que para el examen directo, al ser nuestros testigos, contamos con la posibilidad de entrevistarlos previamente, preparar como será el acto de interrogación ante el tribunal, practicarlo, explicar cómo es la sala de audiencias para evitar el impacto (una sala de audiencias no es un lugar amigable para alguien que nunca estuvo allí), cómo defenderse de un contraexamen, etcétera; no ocurre lo propio con los testigos de la contraparte que, en no pocos casos, no tendremos ni siquiera la posibilidad de acercarnos a conversar con aquellos antes del juicio oral<sup>83</sup>. Esta dificultad es aun mayor para los defensores que para los

<sup>82</sup> Mauet, Thomas, *Trial Techniques*, op. cit., p. 251.

<sup>83</sup> No estamos de acuerdo con que ello sea así. Entendemos que todo abogado —acusador o defensor, público o privado— tiene el derecho de entrevistar tanto a sus propios testigos, como a los de la contraparte, a los efectos de preparar su contraexamen. Sin embargo, no serán pocos los casos en que, por falta de información o por otras razones, un defensor no logre entrevistarse con los testigos de la acusación. Independientemente de ello, el alcance que tendremos en la entrevista claramente será distinto al que podemos tener con nuestros testigos. Allí, en la preparación de un examen directo, deberíamos tener presente los consejos que da Mauet y que no pueden faltar en una preparación. Así, explica lo siguiente: "That advice should always include the following: \* Take your time in answering questions; \* Make sure you understand the question; if you don't, say so; \* Use plain English; \* Keep your answers simple; don't volunteer facts; \* Don't guess; if you don't know or

fiscales, ya que no cuentan con el auxilio de la fuerza pública, debiendo requerir apoyo judicial en la medida de lo necesario.

Esta dificultad provoca que la planificación y ejecución del contraexamen pueda ser un escenario muy complejo para abogados con poca experiencia que, en algunos casos, prefieren esconderse bajo una irresponsable preparación en vez de tomarse en serio su trabajo. Aun con las dificultades que podamos tener en la planificación del contraexamen de aquéllos testigos a los que no tuvimos mayor acceso<sup>84</sup>, es preciso mantener un total control al momento de ejecutarlo. Y, precisamente, ello depende de una preparación adecuada antes de iniciada la audiencia de debate<sup>85</sup>.

Es cierto que hay testigos que resultan más fáciles de contraexaminar, pero no por eso podemos quedarnos en una frase que representa una típica excusa del abogado que no se preparó adecuadamente para el juicio, y que se observa en la película "Mi primo Vinny", del director Jonathan Lynn (1992), cuando el abogado defensor, al finalizar un fallido contraexamen por falta de información, se justifica expresando: "es un testigo difícil", luego de haber cometido groseros errores en destrezas de litigación. Está claro, por ejemplo, que un policía con mucha experiencia que ya ha declarado varias veces en juicio oral, será un hueso duro de roer para un abogado inexperto, y si no tenemos trazada y planificada una buena estrategia, seguramente no tendremos el éxito que esperamos. Pero, si tenemos en claro cuáles son nuestros objetivos, lo planificamos y ejecutamos a través de destrezas adecuadas de litigación, la empresa será más sencilla. Podrá salir mejor o peor –en el sentido de acreditar o no todas las proposiciones fácticas que pretendíamos–, pero hay una verdad: la litigación es una destreza que los abogados con mayor experiencia la manejan mejor, pero no es física cuántica. Nada que una buena preparación no pueda sacar adelante.

don't remember, say so; \* Be polite and patient at all times; y \* Above all, always tell the complete truth" (Mauet, Thomas, *Trial techniques*, op. cit., p. 117).

<sup>84</sup> Aun en estos casos, siempre es posible tener acceso al legajo de la fiscalía para constatar mucha información relevante (actas, declaraciones previas, documentos, relatos de otros testigos, etc.), como así también inspeccionar el lugar de los hechos y entrevistarse con personas que allí residen y que nos puedan ilustrar sobre determinados aspectos centrales y otros periféricos, pero necesarios para tomar una real dimensión de lo ocurrido.

<sup>85</sup> Steven Goldberg, *Mi primer juicio oral*, op. cit., p. 196.

Entonces, para llevar adelante un buen contraexamen requerimos de tres pasos fundamentales para obtener respuesta a la pregunta: ¿qué pretendemos obtener con este testimonio en el contraexamen? En primer lugar necesitamos investigar todo, absolutamente todo de los testigos de la contraparte. Quiénes son, cuáles son sus antecedentes de vida, si declararon en otros juicios y de qué manera, qué vínculos tiene con la contraparte, qué beneficios pueden obtener si el caso se resuelve favorablemente para la contraria, como son sus condiciones de percepción, estudios médicos, etcétera. En síntesis, todo lo que se le ocurra y que pueda llegar a guardar relación con el caso.

Asimismo debemos relacionar la información que suministró el testigo con el resto de las evidencias del caso y con el lugar de los hechos. Es muy importante que el abogado conozca el lugar de los hechos y pueda representarse los dichos de cada testigo en esa escena. Esta tarea de investigación no es solo de la acusación –pública o privada–; la defensa también debe investigar todo el caso de la contraparte<sup>86</sup>. Es precisamente por imperio del principio de igualdad de armas –vigente también en la investigación penal preparatoria–, el que habilita a que la defensa pueda trazar sus propias líneas de investigación<sup>87</sup>.

Una vez que obtenemos toda esa información pasamos al segundo nivel: la planificación y preparación del contraexamen. Este es el momento en que tenemos que decidir y planificar cuáles serán las líneas de contraexamen, las preguntas que irán en cada línea, qué temas abordaremos, en qué orden y que evidencias contamos para el caso de

<sup>86</sup> En esa línea Vial Campos, Pelayo, *Técnicas y fundamentos del contraexamen*, op. cit., p. 51. En igual sentido, Leticia Lorenzo, quien afirma que "un litigante no puede concurrir a hacer un contraexamen en juicio sin información previamente obtenida que le permita sostener sus preguntas y el control específico que quiere ejercer" (*Manual de litigación*, op. cit., p. 212). Por su lado, Goldberg afirma que para un adecuado contraexamen es necesario de ambas partes un conocimiento y control total del hecho y de los testigos del caso, propios y de la contraparte (*Mi primer juicio oral*, op. cit., p. 197).

Tal como afirma Batista Ortiz, es muy importante que el abogado luego de investigar el caso hasta la saciedad, lo fraccione en pequeños listados, hecho por hecho para preparar su contraexamen (Batista Ortiz, Elpidio, *El abogado defensor...*, op. cit., p. 593).

<sup>87</sup> En el film "Lincoln Lawyer", dirigido por Brad Furman (2011) se exhibe en forma clara la importancia de una investigación de parte de la defensa y la necesidad de contar con investigadores para la elaboración de la teoría del caso. Esa película representa adecuadamente como debe trabajar una defensa responsable y activa, previo al juicio, en un sistema adversarial.

que el testigo niegue la información obtenida en nuestra investigación, ello a los efectos de poder exhibir las inconsistencias del testimonio. Tal como señala Batista Ortiz, un contrainterrogatorio exitoso es el resultado de una planificación rigurosa<sup>88</sup>.

El tercer paso es la ejecución de lo planificado. Las preguntas que haremos<sup>89</sup>, el ritmo, el control del testigo a través de técnicas de sujeción, la utilización de lenguaje no verbal como forma de persuasión, el trabajo secuencial de las preguntas sugestivas, etcétera.

Como vemos, la materialización de un contraexamen comienza mucho antes del juicio. La escena final que observamos en las películas en las que el abogado gana el caso en un contrainterrogatorio descubriendo un vicio oculto del testigo, no es producto de una actividad improvisada en la sala de audiencias, ni del estudio del caso el día anterior al que comenzara el juicio. Se requiere de una investigación previa sobre los testigos, una planificación de la información encontrada y su ejecución final. Llevándolo nuevamente al cine, la imagen del abogado defensor en la película "Testigo de cargo" de 1957, dirigida por Billy Wilder, basada en una novela de Agatha Christie, que en el contraexamen demuestra que la testigo estrella —que supuestamente había escuchado la voz del acusado dialogando con la víctima, unos minutos antes del asesinato— tenía serios problemas de audición y no contaba con su audifono, no fue un encuentro casual sino el producto de una investigación previa de la defensa. Ese contraexamen, más allá de algunos errores en su ejecución, es una buena muestra del lenguaje no verbal y de técnicas de persuasión que un abogado debe emplear en una sala de audiencias<sup>90</sup>.

### 3.1. A quién contraexaminar

Dijimos que una de las primeras lecciones que todo abogado debe aprender sobre el juicio oral, es que no debe necesariamente contraexaminarse a todos los testigos. Cuando tomamos la decisión de

contraexaminar a un testigo, debemos tener presente que el Juez o Jurado está asumiendo que éste nos ha causado daño con su declaración. Si ello no es así, no debíamos interrogarlo<sup>91</sup>. Para poder saber si tenemos o no una buena línea de interrogación, se requiere de previa investigación para conocer las respuestas a las preguntas que pensamos formular y tener como desacreditar al testigo en caso de que falte a la verdad (pruebas de refutación).

Para saber qué responder cuando el tribunal nos consulte si vamos a contrainterrogar a un testigo, debemos tener presente que el contraexamen está en sintonía con lo que nosotros pretendemos concluir en el alegato de clausura<sup>92</sup>. El alegato de clausura es lo que nos debe servir de guía: qué es lo que queremos decirle al tribunal cuando termine el juicio. Para la defensa: por ejemplo, que el testigo no pudo observar el rostro del acusado con seguridad porque estaba muy oscuro, a una distancia de más de 20 metros, que todo pasó demasiado pronto, que el testigo no dio datos ni rasgos para la detención de la policía. Para la fiscalía, por ejemplo, que el único testigo de la defensa es amigo del imputado y que por ello no es creíble, o que solo la madre declara a favor del imputado y todos sabemos que una madre estaría dispuesta a mentir con tal de salvar a su hijo de la cárcel.

Ahora bien, si luego de finalizada la investigación nos encontramos con que no tenemos un punto sólido para contraexaminar, posiblemente sea mejor que el testigo se retire cuanto antes. Como dice Goldberg, ciertamente hay ocasiones en que nuestra mejor opción se exprese en la frase "No hay preguntas, su señoría"<sup>93</sup>.

<sup>91</sup> Mauet, Thomas, *Trial techniques*, op. cit., p. 252. Explica el autor que para tomar tal decisión debemos preguntarnos si el testigo nos ha puesto en apuros y si su testimonio ha sido realmente importante.

<sup>92</sup> Como afirman Baytelman y Duce, "la lógica general para aproximarse al contraexamen responde más bien a la pregunta ¿qué quiero estar en condiciones de poder decir en el alegato final? Esta pregunta determina toda mi estrategia de contraexamen y, desde luego, depende de la información concreta de que el contraexaminador disponga en el caso" (*Litigación Penal*, op. cit., p. 156). Por eso, afirma Lubet que la preparación del contrainterrogatorio comienza con las consideraciones sobre lo que diré en el alegato de clausura. Que es lo que quiero decir sobre ese testigo al final del caso es lo que motoriza el contraexamen (Lubet, Steven, *Modern Trial Advocacy*, op. cit., p. 92).

<sup>93</sup> Hegland enseña que jamás se debe contrainterrogar solo por hacer ver lo mucho que trabajan. Si no hay un buen resultado a la vista, es mejor recurrir al encogimiento de hombros y afirmar que no tiene pregunta por realizar (Hegland, Kenney, *Manual de prácticas y técnicas procesales*,

<sup>88</sup> Batista Ortiz, Elpidio, *El abogado defensor...*, op. cit., p. 569.

<sup>89</sup> Con esto, como veremos luego, no estamos afirmando que las preguntas deban estar previamente anotadas. Por el contrario, ello redundaría en una mala técnica de litigación.

<sup>90</sup> De hecho, invitamos al lector a observar el contraexamen de la testigo estrella y a intentar identificar cuáles han sido los aciertos y errores en su ejecución.

Por último, debemos tener presente que por más planificación que hayamos realizado, antes de tomar la decisión de seguir acorde al plan trazado, debemos analizar qué acaba de declarar el testigo en el examen directo, ya que la decisión de contraexaminar trae aparejado la posibilidad de que haya un re-examen directo y que allí salgan nuevos puntos. Posiblemente hayamos planificado un contraexamen en base a determinada información que creímos que iba a ser obtenida en el directo. Ahora bien, si el examen directo terminó siendo pobre, es posible que nuestra estrategia deba variar y sea preferible que el testigo se retire cuanto antes de la sala de audiencias, evitando que el abogado de la contraparte pueda rehabilitarlo en un eventual re-examen directo.

3.2. La investigación. Facultades de la defensa

Para saber sobre qué planos contraexaminar a un testigo, se requiere algo más que mirar y leer el legajo de investigación fiscal, como si se tratase de un expediente y bajo la lógica del sistema inquisitivo. Implica trabajar a fondo en investigar los intereses de cada testigo, lo detallado y lo omitido, como así también las demás circunstancias personales de aquéllos.

Una investigación tendiente a definir si es aconsejable realizar un contraexamen, debe comenzar por revisar el legajo fiscal, verificar qué información está allí incluida para ver cuál o cuáles pueden ser los puntos a trabajar. Así, resulta vital examinar y verificar todas las declaraciones testimoniales registradas durante la investigación penal preparatoria, analizando posibles variaciones en puntos centrales del relato. Es importante trabajar sobre este eje basándose en cuadros que nos representen una guía en la audiencia. El Juicio oral es tremendamente dinámico y no otorga tiempo para revisar, durante la audiencia, qué había declarado cada testigo y qué variaciones tuvo. Por ello, nuestro consejo es que tengamos a mano un pequeño cuadro donde indique las variaciones del testigo. Veamos un ejemplo:

Heliasta, Bs. As., 1995, p. 139). Señala Fontanet Maldonado, uno de los mandamientos que debe conocer un abogado es precisamente “saber cuándo preguntar” (*Principios y técnicas de la práctica forense*, Jurídica editores, San Juan de Puerto Rico, 2010, p. 236).

Testigo (datos sobre aspecto físico del imputado)	Declaración en sede policial	Fecha y fojas	Datos tomados por la policía	Fecha y fojas	Declaración en la fiscalía	Fecha y fojas
Cómez	Alto, cabeza grande y remera blanca	14/4 20 hs. fojas 16	Alto, cabeza y remera clara	14/4 20:10 hs. fojas 17	Alto, morocho, nariz grande, 1,70, remera clara y jeans	20/5 fojas 46

Como vemos, el cuadro que acabamos de ilustrar permite al litigante –en este caso, al defensor– tener a mano cada una de las variaciones que ha tenido el testigo sobre un determinado punto; en este caso, los datos que sirvieron a la policía para la detención del imputado. Estas inconsistencias<sup>94</sup> ya se encuentran marcadas y, valiéndose de este cuadro, el litigante –en el caso, el defensor– podrá contar con la información necesaria sin pérdida de tiempo. Sin duda que éste deberá ser un punto del contraexamen.

Es importante resaltar que en los sistemas adversariales, el legajo fiscal es público para las partes, a diferencia del legajo de pruebas de la defensa que puede mantenerse oculto<sup>95</sup>. De ese modo, tanto la acusación tiene el legajo a su disposición para observar los puntos oscuros de su propia investigación, como la defensa tiene la posibilidad de comparecer las veces que considere necesario a la sede del Ministerio Público

<sup>94</sup> Deberemos marcar que a la policía solo le dio tres rasgos del imputado: alto –sin precisión–, cabeza grande y remera blanca. Los datos suministrados luego –morocho, nariz grande, 1,70 de altura– no son los que permitieron la identificación. Sin duda, que es poca información para proceder a una detención.

<sup>95</sup> Este formato de trabajo no es más que un corolario de la inviolabilidad de la defensa en juicio y del secreto profesional que debe tener un abogado con su cliente. Mientras que la fiscalía está obligada a exhibir toda evidencia recolectada, sea o no favorable a su pretensiones, por lógica aplicación del deber de objetividad que pesa sobre ese ministerio, la defensa debe guardar silencio sobre cualquier evidencia que no resulte favorable a las pretensiones de su asistido. Los códigos procesales en la región han sido claros al respecto mencionando que solo el legajo o carpeta de investigación fiscal es público, no así el de la defensa. Así, entre otros, art. 257 del CPP Chubut, art. 124 del CPP Neuquén, art. 102 del CPP Ciudad de Bs. As., art. 227 del CPP Entre Ríos, entre otros. Sobre las características que debe tener el legajo de la defensa, ver Romero Muza, Rubén, “La investigación de la defensa frente a la investigación fiscal”, en *Revista de Derecho Procesal Penal*, 2011-1, Rubinzal Culzoni, Bs. As., 2011, p. 367 y siguientes).

Fiscal, para verificar la información volcada en la carpeta fiscal de pruebas. En ese primer paso tenemos que tener presente que la acusación no puede esconder evidencia a la contraparte. Más allá de que en varios códigos latinoamericanos está obligación está expuesta claramente<sup>96</sup>, aun en los casos que ello no es así, debe considerarse una falta grave del fiscal ocultar evidencias a la contraparte y debiera el defensor hacérselo saber, en forma inmediata, al Juez de Garantías.

Es importante que la defensa esté atenta al verificar la prueba que se le exhibe, ya que los legajos al ser desformalizados, permiten anexar evidencias sin ningún tipo de registro externo. Así, si en la audiencia preparatoria de juicio, la defensa observase que alguna evidencia fue incluida en el legajo con posterioridad –mala fe procesal–, podrá hacerlo saber al juez para que le dé un nuevo plazo para ofrecer prueba. Otra variable más interesante aun, pasa por pedir en esa audiencia que la contraparte exprese con qué registros cuenta de cada testigo que ofrece, asemejándose al “discovery” de los sistemas anglosajones, en los que las partes deben exhibir todas sus cartas, esto es, las pruebas y registros con que cuenten, ya sea que estén registrados en papel o registro de audio y/o video<sup>97</sup>. De allí que si el fiscal oculta algún registro, el mismo no pueda ser luego utilizado en juicio, ya que su uso afectaría el contradictorio y la defensa en juicio, al no permitir una genuina preparación del contraexamen.

<sup>96</sup> Así el art. 5° del CPP de Ciudad de Buenos Aires, hace referencia a la obligación del Ministerio Público Fiscal de, incluso, investigar las circunstancias favorables a la defensa. Es más aun, antes de su aprobación, el proyecto original mencionaba como falta grave el ocultamiento de evidencia.

<sup>97</sup> Explica Emmanuelli Jiménez que, en el descubrimiento de la prueba, las partes tratan de enterarse de todas las circunstancias y hechos que tienen relación con las alegaciones y defensas presentadas. El descubrimiento de la prueba involucra diferentes mecanismos que incluyen los interrogatorios escritos u orales bajo juramento, las producciones de documentos o evidencia física, los exámenes médicos, etc. Explica que, precisamente, es sobre la base del descubrimiento de la prueba donde se va perfilando la estrategia del caso (Emmanuelli Jiménez, Rolando, *Procedimiento de Derecho Probatorio Puertorriqueño*, op. cit., p. 23). Autores norteamericanos, como Pozner y Dodd, incluso aconsejan guardar copias detalladas de todo el legajo fiscal, debidamente foliados, para evitar cualquier tipo de documentación de aparición sorpresiva. Como bien señala Ríos, el “Discovery” permite que las partes puedan preparar su trabajo, no solo para preparar el caso, sino también para investigar a los testigos. A partir de la audiencia de preparación de juicio oral comienza una etapa muy importante de averiguación destinada principalmente a realizar el contraexamen más efectivo posible de los testigos (Ríos, Erick, “La admisibilidad de la declaración de testigos desconocidos por la defensa”, en *Diez años de la reforma Procesal Penal en Chile*, Santiago de Chile, 2011, p. 407).

Suele ocurrir que las partes, durante la investigación penal preparatoria, no registran sus testimoniales o lo hacen en forma somera (por ejemplo, simple constancia telefónica)<sup>98</sup>, afectando de ese modo el acceso a la información por parte de la defensa<sup>99</sup>. Esta circunstancia provoca un problema adicional. ¿Qué debe hacer el defensor frente a esta situación? Si bien en algunos sistemas de la región esta situación generó que se declare la inadmisibilidad de la prueba ofrecida, por cuanto al no haber registros (o falta de registros serios) se entendió que no habría posibilidad de preparar el contraexamen y, por consiguiente, generaría una afectación al contradictorio, como corolario de la garantía de defensa en juicio<sup>100</sup>, creemos que no se trata de un problema de admisibilidad probatoria<sup>101</sup>. En rigor de verdad, no está en discusión la pertinencia de la prueba, sino la salvaguarda del derecho de defensa y la posibilidad de controvertir prueba. Entendemos que la decisión que se adopte sobre este punto

<sup>98</sup> Esta situación suele generarse en el proceso penal en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, donde los fiscales, en casos más bien sencillos, requieren la elevación a juicio contando solamente con constancias fiscales de haber realizado comunicaciones telefónicas con los testigos y asentando tan solo una versión reducida de la conversación que no llega a superar unos pocos renglones.

<sup>99</sup> Como bien señala García Yomha y Martínez, aun en estos casos, “la defensa tiene el derecho de acceder al contenido de la entrevista, saber qué cosas le preguntó y, sobre todo, cuáles no han sido volcadas en el resumen. Esto solo puede realizarse si se deja una copia de la entrevista grabada. Dicho resguardo no hace formalizar la investigación, tampoco implica asignarle a esa entrevista el carácter de declaración formal, lo que si hace es garantizar a la defensa el acceso irrestricto a la información colectada y verificar la actuación del fiscal” (García Yomha, Diego y Martínez, Santiago, *Lineamientos para una investigación desformalizada*, op. cit., p. 328).

<sup>100</sup> Tal es el caso de Chile. Así se concluyó que deben excluirse de la prueba en la Audiencia Preparatoria de Juicio Oral, los testigos que no declararon previamente ante el fiscal, por cuanto la defensa no puede contrastar sus dichos. En ese sentido, Corte de Apelaciones de Iquique (Rol 54-2004), Corte de Apelaciones de La Serena (Rol 107-2004 y Corte de Apelaciones de San Miguel (Rol 594-2006).

En sentido contrario, la Corte Suprema de dicho país, el 14 de abril de 2005 (Rol 3-2005) desechó este argumento sosteniendo que no debía excluirse a testigos propuestos por la fiscalía por no habérseles recibido declaración durante la investigación fiscal. Consideró que no había afectación a la defensa en juicio, ya que el Ministerio Público no había entrevistado a los testigos y por esa razón no estaba obligado a tomar declaración. Todos estos fallos citados en Pelayo Vial Campos, *Técnicas y fundamentos...*, op. cit., p. 232 y siguientes.

<sup>101</sup> Los códigos adversariales latinoamericanos, en líneas generales, reconocen, como causal de exclusión probatoria en la audiencia preparatoria de juicio, los siguientes supuestos: sobrecabundancia, dilación indebida, impertinencia o supuestos de prueba ilícita. La falta de constancias de lo declarado en la investigación penal preparatoria no es una causal de inadmisibilidad de la prueba. Deberá el juez velar porque la defensa pueda preparar adecuadamente su caso.

guarda una estrecha vinculación con el reconocimiento o no del derecho de la defensa y la acusación a entrevistar testigos de la contraparte. Desde el punto de vista que a nuestro criterio las partes pueden examinar a los testigos de la contraria, entendemos que, en estos supuestos, no se genera una afectación al contradictorio, siempre que las partes cuenten con los insumos suficientes para entrevistarlos. A mi juicio, tal como lo he resuelto en varios precedentes en los que me ha tocado intervenir como juez, si una parte argumenta que no puede preparar el contraexamen por cuanto solo hay un registro escueto de una conversación telefónica con el testigo, se generan dos variables o peticiones bien concretas que puede hacer la defensa, para que no se vea afectado su derecho de controvertir la prueba. O bien solicita que exista, en un plazo razonable, un registro adecuado de la declaración, o bien requiere autorización para realizar una entrevista al testigo. Con cualquiera de esas opciones se salvaguarda el contradictorio como corolario de la garantía de defensa en juicio.

Entendemos, al igual que el lúcido planteo del autor colombiano Del Villar Delgado<sup>102</sup>, que no puede haber limitación alguna a las facultades de investigación de la defensa, quien tiene no solo la potestad, sino el deber de investigar toda la prueba de cargo, pudiendo incluso, entrevistar a los testigos de la acusación para tener una visión clara sobre qué puntos declararán. Entendemos que puede haber casos graves y complejos, que los testigos puedan no querer entrevistarse con el abogado de la defensa. En ese caso, podrá la fiscalía estar presente en el acto, pero en modo alguno esto puede implicar restringir las funciones y potestades investigativas de la defensa, las que, al decir de Ferrajoli, deben tener la misma intensidad que la acusación<sup>103</sup>. El derecho a realizar un contraexamen efectivo parte del presupuesto de contar con las evidencias de la contraria y la posibilidad de entrevistar a los testigos de cargo<sup>104</sup>.

<sup>102</sup> Donaldo Del Villar Delgado, *Declaraciones previas al juicio oral y sus implicaciones en el descubrimiento probatorio*, librería jurídica Sanchez R. Ltda., Medellín, 2012, p. 107. En palabras de Batista Ortiz, “el derecho fundamental de un acusado a defenderse lleva consigo el derecho a informarse debidamente en la preparación de su defensa” (*El abogado defensor...*, op. cit., p. 584).

<sup>103</sup> Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón*, op. cit., p. 614. Por el contrario en el sistema en Puerto Rico, se faculta a los defensores a entrevistarse con los testigos de la acusación –de manera informal y, por lo general, fuera de las oficinas–, sin embargo, se autoriza a los testigos a negarse a mantener esa entrevista con la contraparte.

<sup>104</sup> Como bien señala Ríos, los presupuestos que permiten realizar un contraexamen efectivo tienen un doble fundamento. Por un lado está el interés del imputado como sujeto de derechos. Y por el otro po-

A nuestro juicio, el testigo no puede validamente oponerse a entrevistarse con la defensa, debiendo concurrir a la citación que se le curse e, incluso, permitiéndosele solicitar el auxilio judicial para su comparecencia forzosa a través de la autoridad, en caso de ausencia injustificada<sup>105</sup>. Quienes niegan tal potestad, argumentan que se corre el riesgo de ausencia de control sobre esos actos de investigación de la defensa, no pudiendo descartarse que allí se dé un proceso de intimidación, amenaza o soborno al testigo<sup>106</sup>. Sin embargo no advierten que, al no tratarse de un anticipo probatorio –la entrevista no constituye prueba<sup>107</sup>–, solo estarán verificando información que deberá presentarse el día del juicio oral<sup>108</sup> y que el fiscal, tal como remarcáramos, podrá estar presente en el acto.

der confiar en la calidad de la información que se presente en juicio. “Si la información que introducir la prueba de cargo es sometida a cuestionamiento por la defensa, entonces, aquella porción que logre resistir dicho test de calidad representado concretamente por el contraexamen de la defensa, constituirá una información en la que podemos depositar nuestra confianza para adoptar una decisión” (Ríos, Erick, *La admisibilidad de la declaración de testigos desconocidos por la defensa*, op. cit., p. 404).

<sup>105</sup> Esta no es la visión en Barranquilla. Explica Donaldo del Villar Delgado que “discrepa cuando de manera apodíctica se plantea que la defensa no tiene ningún derecho en solicitar una declaración previa a los testigos de la FGN antes del juicio, con el argumento que solo puede interrogárseles o contrainterrogárseles es únicamente en el juicio oral, como fue la postura asumida en decisión dividida por la Sala Penal del Tribunal Superior de Barranquilla” (del 30 de noviembre de 2009, rad. 2009–80643), (en *Declaraciones previas...*, op. cit., p. 108).

<sup>106</sup> Así, el Tribunal Superior de Barranquilla, Sala dual penal, 7 de junio de 2011, rad. 2009–05260; citado por Donaldo del Villar Delgado, op. cit., p. 109. Bajo el mismo prejuicio, y sin siquiera que la Fiscalía haya planteado algún tipo de agravio, Cámara Penal, Contravencional y de Faltas, Sala I, del 17–12–2010, c. 6300 CC/2010.

Incluso el propio Velez Mariconde, bajo los presupuestos del modelo mixto anterior, ya descartaba esos temores, aunque negaba la posibilidad a la defensa de interrogar testigos por considerar que era el juicio la oportunidad procesal para realizarlo. Así mencionaba lo siguiente: “Pero también aquí debe reconocerse un límite (referido a las facultades de investigación de la defensa, las que le reconocía): no parece correcto que el defensor interroge privadamente a testigos ya incorporados al proceso, no por temor a posibles sugerencias o influencias perniciosas que ingresarían en el terreno de lo delictuoso, sino porque él tiene una palestra –el juicio incoado ante el Juez competente– que la ley disciplina para dar ocasión a su actividad, y de la cual no debe salir cuando no es indispensable” (*Derecho Procesal Penal*, Tomo II, Marcos Lerner, Córdoba, 1986, p. 410). Claro que en la época que el autor cordobés escribió su obra, no estaban vigentes las reglas del contraexamen y la actividad de las partes, al interrogar a un testigo de la contraparte, no permitía el uso de preguntas sugestivas, ni estaba permitido entrevistarse con los testigos antes del debate. En esa lógica, la entrevista de un defensor con los testigos de cargo carecía de todo fin práctico.

<sup>107</sup> No ha pasado el tamiz de la oralidad, inmediación y la contradicción.

<sup>108</sup> Afirma Del Villar Delgado que aquellos temores que se tienen para que la defensa realice esas diligencias constituyen, sencillamente, un prejuicio o una subjetividad absurda e incontrolada,



Sostenemos que los inconvenientes derivados por registros insuficientes o, lo que es peor, la ausencia de ellos, pueden evitarse y que, incluso, también esta precaria registración le puede traer enormes costos a la acusación, al ir a juicio con testigos que solo ha entrevistado telefónicamente. El primer problema que se le presenta a la acusación está centrado en que cuentan con testigos sobre los que no se tiene bien en claro cuánto es lo que saben del hecho. El riesgo de que el testigo solo cuente con "puros títulos"<sup>109</sup> es realmente grande y la sorpresa que puede llevarse la acusación en el juicio es realmente enorme. Así, si al ser interrogado sobre un punto central el testigo no tiene información sólida, es algo que solo nos podremos enterar en juicio. El segundo gran problema que se les presenta es que si, durante el examen directo, el testigo no recuerda algún dato relevante, el caso está perdido. No hay lugar para la utilización de declaraciones previas para refrescar la memoria, simplemente porque no existen.

Con respecto al legajo, es muy importante trabajar sobre los planos de modo, tiempo y lugar. Cómo es el lugar, la hora, la iluminación, las distancias, el hecho imputado con sus particularidades, etc. Para ello hay que observar los registros testimoniales, inspecciones oculares, manejo de efectos, elementos secuestrados, etcétera.

Una vez que se cuenta con el legajo, corresponde trabajar en investigación en otras áreas que incluyen las siguientes:

- Ir a la escena del hecho, en la hora de ocurrencia del mismo (la iluminación, la hora del lugar, las personas que circulan por allí, pueden ser datos muy reveladores de información sensible en el caso).
- Contar con vistas fotográficas del lugar.
- Entrevistar a los testigos y verificar la relación entre sí y con las partes.
- Verificar distancias entre los lugares (en caso de que se trate de varios hechos o de una persecución) y tiempo que demandó su recorrido.
- Constatar comunicaciones policiales previas a la detención para contar con los datos recibidos por radio.
- Entrevistar y consultar expertos sobre el acierto o margen de error de las pericias.
- Salud de los testigos y verificar, fundamentalmente, condiciones de percepción y fichas médicas.
- Verificar presencia de otros testigos, teniendo en cuenta fundamentalmente la hora de ocurrencia del hecho y la cantidad de personas que circulan por ahí.
- Constatar si los testigos utilizados para las actas de detención y procedimiento policial son ubicables, si sus datos son correctos (muchas veces, extrañamente, he podido observar que no concuerdan los nombres con los DNI, les falta un dígito al nro. telefónico o está mal consignada la dirección) y si ya han declarado en otros legajos policiales.

Con toda esta información, una vez que un abogado ha terminado de investigar el caso en profundidad, resulta aconsejable "fraccionar el caso en pequeñas partes o temas"<sup>110</sup>, a los efectos de tener una mejor visión del caso por etapas.

pues lo mismo, desde la otra orilla, se podría predicar de la Fiscalía, cuando de manera directa o por intermedio de la policía judicial, entrevistan y reciben declaraciones a los potenciales testigos (conf. op. cit., p. 110). Creemos que se trata de un prejuicio que responde al sistema procesal inquisitivo, el cual permitía luego la incorporación de ese acta por simple lectura. Sin embargo, bajo las reglas del sistema adversarial, en el que solo se considera prueba testimonial la declaración efectuada por un testigo a través del contradictorio y la inmediación, ese prejuicio carece de marco conceptual. Como bien afirma Larocca, en su caso, debiera darse un debate sobre tal extremo—influencia indebida o prácticas abusivas de la defensa—en audiencia pública (Larocca, Patricia, *La actividad probatoria de la defensa...*, op. cit., p. 533), para que el Juez eventualmente establezca condiciones sobre una entrevista determinada a un testigo.

<sup>109</sup> Nos referimos a aquellas manifestaciones o afirmaciones de hecho grandilocuentes o genéricas pero que no contienen ningún tipo de especificidad de contenido que pueda dar credibilidad a sus dichos. Por ejemplo que el testigo refiera lo siguiente: "el vehículo avanzaba rápido", "se lo veía enojado", "estaba oscuro". Todas ellas son apreciaciones que no nos dicen concretamente nada del caso. ¿Qué es rápido para el testigo?, ¿por qué el testigo considera que se lo veía enojado?, ¿qué considera oscuro?

<sup>110</sup> Batista Ortiz, "El abogado defensor...", p. 593.

### 3.3. La planificación de un contraexamen

Con toda esta información estamos en condiciones de pasar al segundo paso, esto es, la planificación del contraexamen de cada testigo. Lo primero que debemos hacer para una adecuada planificación es recolectar toda la información que obtuvimos y, dentro de lo posible, trabajar sobre la base del modelo de lluvia de ideas<sup>111</sup>, para ver cuál o cuáles son los puntos o líneas de contraexamen más sólidos para cada testigo. Tanto mi teoría del caso como la información con la que cuento serán los ejes sobre los que se trazarán las líneas del contraexamen<sup>112</sup>.

Al momento de planificar un contraexamen debemos centrarnos, básicamente, en cinco puntos esenciales. En primer lugar, seleccionar cuál será el tema o los temas sobre los que girará el contraexamen. Así, por dar un ejemplo, la luminosidad del lugar, el tiempo que demandó el hecho, los problemas de visión, podrían ser tres grandes ejes a contraexaminar en un eventual caso.

Reconocidos pues los temas, debemos trazar las líneas sobre éstos. Las líneas de contraexamen vienen a ser una suerte de subtemas donde se pueden introducir muchas preguntas sugestivas. Se trata de trabajar en base al sistema de *freezing*, esto es, congelar imágenes cuadro por cuadro, para que el tribunal o jurado pueda tener una imagen clara de lo que estamos afirmando. Así, frente al tema oscuridad, las líneas del contraexamen pueden estar centradas, en noche, sin estrellas, mala iluminación artificial, un solo farol, alejado a una distancia de 50 metros, etcétera. Como vemos, se trata de ir de lo general a lo específico, para ir generando una imagen más nítida. Y cada uno de estos puntos debe ser una línea de contraexamen para obtener un mayor impacto.

En tercer lugar, tenemos que tener presente que es posible que el testigo de la contraparte no esté dispuesto a reconocer nuestras afirmaciones. Por más que en el lugar no hubiera iluminación artificial, si en el contraexamen le formulamos la siguiente pregunta sugestiva de un solo

<sup>111</sup> Tal como explica Neyra Flores, la mejor forma de construir nuestro caso y dirigir nuestra actividad en el juicio pasa por empaparnos con las ideas del equipo de trabajo, de modo de dejar que las ideas fluyan hasta adoptar la decisión más conveniente para el caso (Neyra Flores, José, *Manual del Nuevo Proceso Penal*, Idemsa, Lima, 2010, p. 745).

<sup>112</sup> En ese sentido, Baytelman y Duee, *Litigación penal*, op. cit., p. 158.

punto: “es cierto que no había alumbrado en la plaza donde sucedieron los hechos” y el testigo niega nuestra afirmación, no habremos acreditado nuestra proposición fáctica. Es por ello que tenemos que tener claro si contamos o no con material de referencia que dé cuenta de nuestras afirmaciones. Este material de referencia podrá consistir en cualquier tipo de evidencia, ya sea una declaración previa del testigo, un informe, una inspección ocular, vistas fotográficas, etcétera<sup>113</sup>. Lo relevante es saber que, si no contamos con ese material de referencia, nuestro contraexamen no será seguro y, si el testigo falta a la verdad, nada podremos hacer. Es muy importante tener presente este punto, ya que nunca un contraexamen puede concluir haciendo una pregunta que el testigo no responde de la forma satisfactoria con la que lo planeamos.

En cuarto lugar, debemos saber cuál es el orden que le daremos a cada uno de los temas que abordaremos en el contraexamen. Esta es una decisión profundamente estratégica. Por ello, Pozner y Dodd sugieren que una vez finalizado el listado de los hechos, debemos seleccionar las áreas o eventos sobre los que vamos a realizar el contrainterrogatorio, en orden de importancia<sup>114</sup>. A diferencia del examen directo no requerimos su tratamiento cronológico ya que no venimos a relatar una historia (de eso precisamente se trata el examen directo). Venimos a refutar una historia recién contada. Esta situación nos pone en la ventaja de poder avanzar de un punto a otro sin un orden temporal. De hecho, con justa razón la doctrina sostiene que es mejor no armar un contraexamen cronológico, ya que la cronología del relato pondrá cómodo y por sobre aviso al testigo<sup>115</sup>. Lo que queremos en el contraexamen es precisamente lo contrario, mantener el control del testigo y que responda a las inconsistencias que observamos, sin darle nuestra hoja de ruta. La primacía y la conclusión de un contraexamen deben ser fuertes, ya que tanto la primera como la última imagen suelen ser las que

<sup>113</sup> Como bien señala Pelayo Vial Campos, esas actuaciones las tenemos que tener preparadas y anotadas. Si el litigante olvida en el contraexamen qué es lo que dijo en una declaración anterior, el mecanismo de refutar y desacreditar al testigo perderá efectividad (*Técnicas y fundamentos del contraexamen*, op. cit., p. 83). El juicio oral es tremendamente hostil para el litigante que no se prepara adecuadamente. Es profundamente dinámico y célere. No se cuenta con tiempo para buscar la información que debimos previamente seleccionar.

<sup>114</sup> Pozner, Larry y Dodd, Roger, *Cross Examination...*, op. cit., p. 187.

<sup>115</sup> Entre otros, Solorzano Caravito, Carlos, *Sistema acusatorio y técnicas de juicio oral*, 3° ed., Nueva Jurídica, Bogotá, 2010, p. 289; y González Obregón, Diana, *Manual práctico de Juicio Oral*, Ubijus, México, 2010, p. 295, entre otros.

mejor quedan grabadas en el receptor. De allí que las primeras preguntas deben ser sencillas y en búsqueda de respuestas afirmativas sobre puntos menos riesgosos del contraexamen, para luego ir subiendo en intensidad<sup>116</sup>.

Por último, debemos tener pensadas válvulas de escape, esto es, determinadas áreas seguras que, frente a cualquier inconveniente que tengamos en el contraexamen, podamos realizar una pregunta abierta sin riesgo para nuestro caso, de modo de ganar un pequeño espacio temporal para volver a retomar el control. Es importante no perder el control del testigo en un contrainterrogatorio. De modo tal que, si en el medio del interrogatorio perdemos la línea, debemos tener una pregunta preparada en un área segura que nos permita rápidamente tomar aire, retomar lo planificado y volver a tomar el control.

Para trabajar adecuadamente estos puntos no es aconsejable llevar las preguntas anotadas. No queremos como abogados estar más atentos a una hoja de papel que a lo que está sucediendo en la sala. Un litigante debe tener la mente despejada para poder intervenir y redireccionar su trabajo frente a cualquier eventualidad que, de hecho, suele suceder en el juicio. Es por ello que un cuadro con las grandes líneas será suficiente para preparar su contraexamen y utilizarlo como guía. Así, al solo efecto ejemplificativo, frente a un hipotético caso de un robo, durante la noche, en un lugar oscuro, el cuadro que les proponemos quedaría elaborado del siguiente modo:

TEMAS	Líneas de contraexamen	Material de referencia	Orden	Válvula de escape
Iluminación	Noche. Sin iluminación artificial. Farol a unos 50 mts.	Informe policial. Inspección lugar	1º	¿Cuanto tardó la policía?
Duración del asalto	Poco tiempo. Escasos diez segundos. Nerviosismo. Esperaba que acabara pronto. Temor. Esquivar mirada	Declaración anterior en policía de fecha XX	2º	¿Como fue la atención médica recibida?

<sup>116</sup> En esa línea, se ha dicho: “El modo en que uno comienza el contrainterrogatorio puede influir seriamente en la manera en que el testigo reaccione a las preguntas del contraexamen. Resulta útil abordar al testigo de un modo no confrontacional, a objeto de evitar que el testigo se sitúe de un modo defensivo” (Blanco, Rafael y otros, *Litigación estratégica*, op. cit., p. 210).

TEMAS	Líneas de contraexamen	Material de referencia	Orden	Válvula de escape
Atención de la víctima	Vio el arma. Era plateada. Revolver Nuevo Brillaba	Declaración en fiscalía, de fecha XX	3º	

Como vemos, en el cuadro que presentamos se asientan varias líneas de contraexamen por cada gran tema. Ello se debe a que precisamente el objetivo buscado es fortalecer una o varias ideas concretas. Así, en el cuadro que antecede, vemos que las ideas que subyacen en el contraexamen son: acreditar las condiciones precarias de iluminación del lugar, la corta duración del asalto que pudo incidir en el poco tiempo que tuvo la víctima para prestar atención a los rasgos del autor y, por último, la atención que ésta desplegó sobre el arma utilizada.

Asimismo el orden seleccionado tiene en cuenta varias circunstancias. En primer lugar, darle importancia a la primacía y a la conclusión, como forma de comenzar y terminar de manera sólida. En segundo lugar, atender al grado de dificultad de cada uno de los puntos. Es desaconsejable comenzar sobre puntos que consideramos que podemos tener cierta dificultad en obtenerlos. En tercer lugar, evitar que termine por armarse un contra cronológico que pudiera poner sobre aviso al testigo. Precisamente por ello, afirma Goldberg, que en la preparación de las repreguntas debe anotarse las metas perseguidas y clasificarlas según el grado de dificultad y la necesidad de obtención<sup>117</sup>.

Veámoslo con el caso “Justicia Criminal”<sup>118</sup>, que tantas veces hemos utilizado en los cursos de litigación y que invitamos a que observen los hechos del caso en la siguiente dirección de Internet [http://www.youtube.com/watch?v=r\\_k7jEkfaA8](http://www.youtube.com/watch?v=r_k7jEkfaA8). Le damos tiempo para que los observe y recomendamos la visión íntegra del film. Lo invitamos también a que intente determinar cuáles son los temas y líneas de contraexamen sobre la víctima: Denisse.

Se trata de la película que lleva el mismo nombre, dirigida por Andy Wolk en el año 1991. En la película se observa que Denise Moore, una mujer joven que ejerce la prostitución ingresa en el pasaje Kidman 229, departamento 2º “A”, para comprar una dosis de crack para consumo

<sup>117</sup> Goldberg, Steven, *Mi primer juicio oral*, p. 199.  
<sup>118</sup> El caso se encuentra detallado en el capítulo final del libro.

personal, ya que es adicta a esa sustancia estupefaciente. Ingresa a un lugar muy oscuro, un callejón sin ventanas, en una noche oscura, sube una escalera, compra una dosis de crack y comienza a aspirarlo inmediatamente. Luego de ser expulsada del lugar por el vendedor de crack, baja los 21 escalones para retirarse, agarrándose de la pared. En esos momentos, cuando todavía estaba en el pasillo de ingreso, una persona de gran corpulencia la toma violentamente por detrás, refiriéndole “dame tu dinero”, “dame tu maldito dinero”, para lo cual se vale de un cuchillo de gran dimensión. Denisse se resiste con fuerza, pero no puede impedir el ataque de su agresor. Toma el dinero de Denisse, le arranca un collar y colocándole el cuchillo frente a su rostro le refiere “te cortaré la cara maldita, te cortaré la cara”, para proceder a cortarle inmediatamente el rostro en su mejilla derecha, cuya lesión requirió de 63 puntos de sutura. Denisse cae al piso. Allí su agresor le expresa “di una palabra y morirás”, para retirarse inmediatamente. Todo sucede en forma muy rápida, en menos de un minuto. El agresor se retira con su collar y con su dinero. Se observa que en el lugar del hecho no hay casi iluminación artificial. Solo una lámpara eléctrica en el descanso superior de la escalera y un pequeño tubo de luz azulada en el pasillo. A los diez días, luego de un intento fallido, Denisse reconoce a Jessy Williams en rueda de fotos y reconocimiento en rueda como su agresor. Jessy negará enfáticamente haber estado en ese lugar. Los datos que la víctima acercó al personal policial para el reconocimiento en vistas fotográficas son los siguientes: negro, 24 años de edad, 6 pies de altura, 220 libras de peso, manos y cara gorda.

Trabajemos sobre el presente caso para trazar, desde el rol de la defensa, los grandes ejes del contraexamen a Denisse. El primer punto consiste en fijar el objetivo del contraexamen, acorde a la teoría del caso. La defensa, tal como ocurre en la película, sostendrá seguramente que Denisse está equivocada y que el reconocimiento es parte de un error que se debe a las condiciones de percepción de la víctima<sup>119</sup>. Entonces, lo primero que tenemos que hacer es desmenuzar

<sup>119</sup> A esta conclusión se arribaría luego de trabajar tenazmente en la teoría del caso desde un enfoque estratégico para la defensa. Sobre los pasos necesarios para desarrollar una teoría del caso adecuada, recomendamos la lectura del libro *Teoría del Caso*, de Leonardo Moreno, *op. cit.*

qué circunstancias son desfavorables para un reconocimiento. O dicho de otro modo, que condiciones ideales de percepción no se dan en el caso. Así observamos varios puntos a desarrollar: a. iluminación; b. duración del ataque; c. ataque por la espalda; d. atención al arma; e. consumo de crack; f. corte en el rostro. Todos estos temas parecen ser sólidos para mostrar al tribunal que el momento en que Denisse observó a su agresor, tenía varios problemas de percepción que hacen que el reconocimiento posterior sea, cuanto menos, confuso. Ese será el rol del defensor al planificar el contraexamen.

Como vemos, varios de los puntos seleccionados requieren de un estudio e investigación para saber si corresponde realizar un contraexamen sobre ellos. Veamos uno de ellos: el consumo de crack. Cuando hablamos que el consumo de crack puede ser un buen punto de contraexamen, no estamos sosteniendo que el objetivo es desacreditar a Denisse por ser adicta a esa sustancia estupefaciente. Lo que queremos decir es que el consumo de crack puede alterar sus sentidos. Pero no lo sabemos aun. Debemos verificar si Denisse consume crack, desde cuándo y con qué intensidad, si es adicta, cuáles son los efectos del consumo del crack, cuánto demora en aparecer esos efectos y si ello varía en caso de adictos crónicos. Si con todo esto surge que el efecto del crack es inmediato y causa mareos, nubosidad en la vista y alguna otra sintomatología que afecte su percepción, entonces será un excelente punto de contraexamen, siempre que tengamos prueba de referencia para el caso de que Denisse niegue esos efectos. En ese caso, podremos presentar lo que en los sistemas adversariales se denomina “prueba sobre prueba”, esto es, el mecanismo a través del cual se autoriza a presentar una evidencia por sobre otra, aun cuando ésta no fue admitida en la audiencia preparatoria de juicio. Ello debido a que la necesidad de su utilización recién aparece cuando el testigo falta a la verdad, puesto que se trataba de una proposición fáctica que se pretendía probar con los dichos del testigo. Su utilización no es más que un instrumento que tiende a fortalecer la calidad de la información y la posibilidad de confrontar las hipótesis de las partes<sup>120</sup>.

<sup>120</sup> Hay códigos latinoamericanos que regulan en forma clara el mecanismo de la introducción de “prueba sobre prueba”. Así, el CPP de Chile, en el segundo párrafo del art. 336 establece lo siguiente: “Prueba no solicitada oportunamente (...) Si con ocasión de la rendición de una

Veamos, entonces, en el cuadro como quedarían los temas de contraexamen para la defensa sobre la testigo Denisse, sobre alguno de los puntos trabajados —que seleccionamos en forma arbitraria—, atendiendo a un plano más temático que cronológico.<sup>121</sup>

TEMAS	Líneas de contraexamen	Material de referencia	Orden	Válvula de escape
Iluminación	Noche. Pasillo oscuro. Luz en la parte alta del pasillo. Sin ventanas	Informe policial. Inspección lugar	1º	¿Cuánto tardó la policía?
Efectos del crack	Consume crack hace 5 años. Efectos inmediatos. Percepción. Visión. Audición	Declaración Informe médico. Perito químico	3º	¿Cómo fue la atención médica recibida?
Corte en el rostro	Corte. Emanó mucha sangre. Cerca del ojo. Se tomó con las manos. Perdió mucha sangre	Declaración en fiscalía, de fecha XX Parte médico	2º	

Como observamos, en la selección de estos tres temas, se optó por comenzar con un punto fuerte como es la deficiente iluminación del lugar, que la testigo no negará ya que lo habría afirmado antes y se cuenta con evidencia respaldatoria (parece ser un hecho incontrovertible); para luego pasar a un tema menos relevante como es el corte el rostro, ya que pudo haber visto a su agresor previo al sangrado. Por último, pre-

paramos una salida muy fuerte como es demostrar los efectos del crack en los sentidos. Como vemos no se trata de tener las preguntas anotadas, sino antes bien, un cuadro (uno por cada testigo) donde tengamos en claro cuáles son los puntos que iremos a contraexaminar.

prueba surgiere una controversia relacionada exclusivamente con su veracidad, autenticidad o integridad, el tribunal podrá autorizar la presentación de nuevas pruebas destinadas a esclarecer esos puntos, aunque ellas no hubieren sido ofrecidas oportunamente y siempre que no hubiere sido posible prever su necesidad". Otros códigos lo regulan en forma más tibia, aunque del texto legal se puede derivar la utilización de la prueba sobre prueba, como instrumento que fortalece la calidad de la información y el contradictorio. Así, el art. 234 del CPP Ciudad de Buenos Aires, regula lo siguiente: Nuevas pruebas. Si en el curso del debate se tuviera conocimiento de nuevos medios de prueba manifiestamente útiles o se hicieren indispensables otros ya conocidos, a pedido de parte el/la Juez/a podrá ordenar su recepción...".

<sup>121</sup> En igual sentido, Bergman, Paul, *La defensa en juicio*, op. cit., p. 145, y Baytelman y Duce, *Litigación oral*, op. cit., p. 169.

## 4.

# Ejecución del contraexamen

Una vez que tenemos planificado el contraexamen, estamos en condiciones de ejecutarlo. Ahora bien, no es sencillo ejecutar cualquier contraexamen, por lo que es aconsejable que los abogados con menos experiencia se mantengan firmes en la planificación y estructura elaborada. Como dice Lubet, si el examen directo es su principal herramienta para ganar un caso, el contraexamen puede proporcionarle la oportunidad para perderlo. Un mal examen directo puede ser salvado por el testigo, ya que estará dispuesto a ayudarlo, pero un contrainterrogatorio deficiente puede ser verdaderamente desastroso<sup>122</sup>.

El contraexamen no es un buen ámbito para la improvisación o, como se dice en litigación, para ir de "pesca", esto es, para ver si entre una pregunta y otra "picamos" alguna respuesta satisfactoria. Cuando uno realiza una pregunta en un contraexamen es porque ya conoce la respuesta. Si esto no es así, debiera cuestionarse por qué está interrogando a un testigo que tiene una visión contraria a su caso, si Ud. no conoce la respuesta que éste le dará.

Más allá de los consejos y recomendaciones que daremos a continuación, hay tres premisas de oro que no podemos perder de vista, en ningún momento, en un contraexamen. La primera es que las preguntas que se realizan deben ser sugestivas, no permitiendo al testigo responder otra cosa que no sea afirmar o negar la proposición que el abogado le plantea. La segunda regla es que las preguntas deben ser

---

<sup>122</sup> Lubet, Steven, *Modern Trial Advocacy*, op. cit., p. 85.

hechas del siguiente modo: un hecho, una pregunta<sup>123</sup>. Esto implica evitar preguntas compuestas y desagregar todo en cuanto sea posible. La tercera regla de oro es que el litigante debe conocer la respuesta que le dará el testigo, por lo que mantiene el control y no está haciendo otra cosa que presentar las proposiciones fácticas sobre las que fundará su argumento en el alegato de clausura<sup>124</sup>.

Bajo estas tres premisas son muchas las destrezas que un buen litigante debe manejar para ejecutar bien su contraexamen.

#### 4.1. Tener claridad en el objetivo

En la planificación del contraexamen el litigante debe trazar, en primer lugar, su objetivo genérico (acreditar alguna proposición fáctica, desacreditar el testigo o desacreditar el testimonio) y cómo llevarlo a cabo. Como bien señala el autor puertorriqueño Batista Ortiz, más allá de los objetivos que se pueden fijar en un contrainterrogatorio, éstos se pueden agrupar en dos propósitos básicos: a. búsqueda de información; o b. ataque a la credibilidad del testigo<sup>125</sup>.

Para fijar ese objetivo el litigante no debe apartarse en ningún momento de su teoría del caso, y la planificación del contraexamen se debe hacer pensando en los alegatos de clausura. Solo teniendo claridad sobre qué necesitamos concluir en la clausura, podremos trazar un contraexamen efectivo y ajustado a nuestro objetivo, que no es otro que ingresar proposiciones fácticas favorables a nuestro caso. Así, si el objetivo en el caso "Justicia Criminal"<sup>126</sup> es concluir que Denisse estaba bajo los efectos del crack y no pudo percibir claramente a su agresor, porque el consumo le provoca que se le nuble la vista y le reduce los sentidos, estas proposiciones fácticas deben salir nítidamente en el contraexamen. Caso contrario, el caso posiblemente esté perdido.

<sup>123</sup> Al decir de Mauet, "short questions bit by bit" (*Trial techniques*, op. cit., p. 260).

<sup>124</sup> En palabras de Baytelman y Duce, "la lógica general para aproximarse al contraexamen responde más bien a la pregunta ¿qué quiero estar en condiciones de poder decir en el alegato final?" (*Litigación oral*, op. cit., p. 156).

<sup>125</sup> Batista Ortiz, Elpidio, *El abogado defensor...*, op. cit., p. 591.

<sup>126</sup> El caso está detallado en el último capítulo de este libro.

Trazar adecuadamente el objetivo de un contraexamen evita que el litigante esté interrogando más allá de sus necesidades. Compartimos el consejo dado por Mauet, en el sentido de establecer solo algunos pocos temas de contraexamen, ya que el jurado tiene una capacidad finita de retener información. Si, por el contrario, pretendemos realizar un contrainterrogatorio extenso corremos dos serios riesgos: por un lado la posibilidad real de que algunos puntos fuertes del interrogatorio se vean diluidos y, por el otro, los planos más débiles seguramente quedarán olvidados por el tribunal o el jurado<sup>127</sup>; al momento de resolver el caso. Por otro lado, la selección de unos pocos puntos para el contrainterrogatorio servirá para determinar solo temas que sean centrales, innegables y de bajo riesgo<sup>128</sup>, evitando los meramente periféricos. Es por ello que, en las prácticas de los cursos de litigación iniciales, trabajamos bajo la premisa de que un buen contraexamen puede ser realizado en tan solo cinco minutos. Cuando uno otorga más tiempo a la práctica, suele suceder que quien la realiza comienza a formular preguntas por fuera de su objetivo y termina asentando alguna pregunta abierta en la que el testigo introduce más información favorable para la contraparte, o bien, repite y repasa el examen directo, solo que en formato de preguntas sugestivas<sup>129</sup>.

Puede ocurrir que en un contraexamen el litigante tenga como objetivos tanto acreditar alguna proposición fáctica, como desacreditar ciertos dichos del testigo. En ese caso, recordemos que la mejor opción es comenzar por el objetivo de acreditar proposiciones fácticas antes de entrar en la etapa de descrédito. Ello, por cuanto si utilizamos el camino a la inversa, posiblemente al perder credibilidad el testimonio, no logremos introducir las proposiciones fácticas que pretendíamos ingresar a través del testigo de la contraparte.

<sup>127</sup> Al respecto, ver Mauet, Thomas, *Trial techniques*, op. cit., p. 255. También afirma el citado autor que debemos tener presente que no todo contraexamen va a destruir al testigo. Nuestro objetivo no debe ser tan ambicioso en todo interrogatorio (ídem, p. 267). En igual sentido, Lubet, quien afirma que un contraexamen corto minimizará los riesgos y hará que el resultado obtenido sea más fácil de recordar (Lubet, Steven, *Modern Trial Advocacy*, op. cit., p. 86).

<sup>128</sup> Lubet, Steven, *Modern Trial Advocacy*, op. cit., p. 101.

<sup>129</sup> En estas prácticas es importante que, desde el rol docente, se le requiera a quien va a realizar la práctica, que especifique sobre qué puntos va a trabajar y cuál es la información que pretende ingresar en el contra.

## 4.2. El uso adecuado de las preguntas

### 4.2.1. La utilización de preguntas sugestivas

La principal regla en el examen directo es que las preguntas sugestivas, salvo algunas excepciones<sup>130</sup>, están prohibidas. Tratándose de un testigo amigable a nuestra teoría del caso, esto es, a nuestra explicación sobre los hechos, es frecuente que aquél esté dispuesto a afirmar cada una de las proposiciones fácticas que el abogado le sugiera. En este caso pasa a la inversa. Se trata de un testigo hostil a la teoría del caso del abogado contraexaminador. Es por ello que no hay temor alguno para suponer que el testigo estará dispuesto a afirmar una versión contraria a lo que recién acaba de sostener. El testigo siempre va a poder negar las palabras que el abogado está poniendo en su boca, si ellas no reflejan la realidad<sup>131</sup>. De allí proviene su admisión.

Sin preguntas sugestivas no hay contraexamen. Es el único mecanismo utilizado en el juicio oral que genera un genuino contradictorio entre las partes, una confrontación entre dos hipótesis sobre lo ocurrido, al permitir a una de ellas sugerir las respuestas al testigo hostil a sus intereses.

Se ha sostenido con acierto que, en líneas generales, las preguntas sugestivas que se realizan en el contraexamen no son preguntas en sí, sino más bien afirmaciones de hecho que el abogado realiza y espera su aprobación de parte del testigo. Cuanto menor sea el tono de interrogación, mayor será la seguridad que exhiba el abogado frente al tribunal y el testigo, para conseguir la respuesta buscada. Veamos tres distintas maneras de preguntar sobre un mismo punto.

- P. ¿Cómo era la iluminación del lugar?
- P. ¿Estaba el lugar oscuro?
- P. El lugar estaba oscuro, ¿no es verdad?

Las tres preguntas que acabo de formular versan sobre la primera línea de interrogación del tema "iluminación" que vimos en el cuadro

<sup>130</sup> Están permitidas las preguntas sugestivas que no dañan, que son introductorias o de transición e incluso, eventualmente, también estarían permitidas en testigos hostiles o cuando la información que se pretende obtener está redactada en forma negativa (preguntas sugestivas por la negativa).

<sup>131</sup> Baytelman y Duce, *Litigación oral*, op. cit., p. 171.

de preparación del contraexamen (ver capítulo 3.3). Sin embargo, solo la tercera de ellas tiene una fuerte incidencia sobre el testigo y fortalece la imagen de seguridad del litigante sobre el tribunal o jurado. Así, el primer ejemplo es una pregunta abierta que permite al testigo que pueda responder lo que quiera, desde que "era una noche muy clara", "lo suficiente como para observar al agresor", "la iluminación era normal" o cualquier otra generalidad. Se pierde el control del testigo, el que podrá escapar hacia cualquier punto que tenga que ver con el tema "iluminación". Vemos que no tiene sentido la utilización de una pregunta abierta a un testigo hostil, ya que si acaba de declarar que observó a su agresor, difícilmente esté ahora inclinado a afirmar voluntariamente que el lugar era realmente "una boca de lobo". La segunda manera de preguntar ya muestra un avance. Se realiza a través de una pregunta sugestiva, pero la entonación y la manera de realizarla deja mayor espacio al testigo para que pueda responder por la negativa, máxime que es la primer pregunta y parte de una generalidad (en definitiva decir que el lugar estaba oscuro, no dice nada, ya que no sabemos aun qué significa "oscuro" para el testigo<sup>132</sup>). Por el contrario, la tercera pregunta tiene un mejor formato. No solo se trata de una pregunta sugestiva, sino que la entonación que se utiliza muestra que, en realidad, es una afirmación seguida de una breve pregunta, tipo muletilla —la que, incluso, podría no estar, para no perder ritmo en el interrogatorio—. Este modo de interrogar no solo exhibe credibilidad y seguridad frente al tribunal (da la imagen que buscamos, esto es, que el abogado solo está presentando la información que ya conocía), sino que genera un situación de control hacia el testigo, que observa que el abogado sabe lo que está preguntando y que, de ser necesario, no va a tener ninguna contemplación con aquél<sup>133</sup>.

<sup>132</sup> En realidad se trata de una calificación o adjetivación que no permite generar una verdadera imagen en el Juzgador y que, incluso, podría ser objetable por tratarse solamente de una opinión o conclusión. Sin embargo, a los fines del presente ejemplo la tomaremos como válida.

<sup>133</sup> En palabras de Carofiglio, las *leading questions* (o preguntas sugestivas) más que preguntas son enunciados asertivos colocados entre signos de interrogación. Y "cuando una *leading question* se formula con tono neutro y sin entonación interrogativa, eso la hace más apta para ayudar a conseguir el resultado que se busca, es decir, para obtener una respuesta afirmativa que se limite a un simple sí" (conf. Carofiglio, Gianrico, *El arte de la duda*, op. cit., p. 111).



Debemos destacar que la ventaja que implica la utilización de preguntas sugestivas no elimina la posibilidad de realizar preguntas abiertas, como veremos más adelante, en planos donde la respuesta no puede dañar el caso, o que queremos que el testigo exprese determinadas cuestiones con sus propias palabras.

#### 4.2.2. Preguntas sugestivas de un solo punto

Las preguntas sugestivas deben incluir solo un hecho por pregunta por varias razones. En primer lugar, una pregunta sugestiva que contenga varios puntos o hechos en un mismo enunciado es pasible de objeción por ser compuesta<sup>134</sup>. Las preguntas compuestas están prohibidas, tanto en el examen directo como en el contraexamen, por cuanto con su formulación se introduce información de muy baja calidad, al generar confusión en la posible respuesta. Veamos un ejemplo.

P. ¿Es cierto que Ud. consumió crack unos minutos antes de ser atacada?

La pregunta descripta es objetable<sup>135</sup>, toda vez que presenta varios hechos en su enunciado (1º Punto: Denisse consumió crack; 2º punto: Denisse fue atacada; 3º punto: el consumo fue anterior al ataque; 4º punto: hubo una diferencia de pocos minutos entre un episodio y otro). Así, si Denisse responde que sí, o que no, no queda claro si la respuesta incluye o no todas esas afirmaciones.

Pero aun sin ser objetada, no es recomendable la formulación de preguntas compuestas en el contraexamen por razones puramente estratégicas. No queremos que el tribunal o jurado se "atragante" con tanta información, de modo tal que no pueda tener una imagen clara de lo que queremos transmitirle. Queremos ir llevándolo de a poco,

<sup>134</sup> En igual sentido Goldberg, Steven, *Mi primer juicio oral*, op. cit., p. 189. Julio Fontanel Maldonado coincide también con su utilidad y afirma como un mandamiento para el contraexamen, que las preguntas deben ser sencillas, así se evita la posibilidad de que, sin intención, una pregunta tenga más de una afirmación (*Principios y técnicas de la práctica forense*, op. cit., p. 220).

<sup>135</sup> No solo es objetable por ser compuesta, sino también por presentar en su enunciación cierta capciosidad, ya que con su formulación induce a error. Si la testigo responde en forma negativa, no quedará claro si su respuesta se refiere a todos los hechos incluidos en la pregunta o solo a algunos de ellos.

escena por escena (a través de la técnica de *freezing*), manteniendo el dominio y el control del testigo por un lado, y a su vez por el otro lado, desmenuzando la información para que el tribunal pueda ir percibiéndola lentamente, saboreando la historia, y que pueda sentirse en el lugar de los hechos. Para ello no hay mejor receta que la formulación de preguntas cortas<sup>136</sup>. Por el contrario, la pregunta compuesta nos hace perder el control, ya que al tener varios temas incluidos, el testigo puede pretender desarrollar alguno de ellos o pedir aclaratorias sobre lo interrogado. Por otro lado, la utilización de preguntas compuestas puede provocar que al Tribunal no le queden claros los hechos, como si estuviese observando una película en velocidad rápida. Cuantas más preguntas sugestivas introduzcamos, cuantas más imágenes logremos generar en el tribunal, mejor habrá sido nuestro desempeño. Es como ir llevando una imagen "cuadro por cuadro"<sup>137</sup>. Recordemos que cada respuesta que dé el testigo será una proposición fáctica que habremos logrado introducir y que utilizaremos en el alegato de clausura.

Así a la pregunta: "¿Es cierto que Ud. consumió crack unos minutos antes de ser atacada?", la podemos reconfigurar del siguiente modo, generando una imagen más nítida".

P. Ud. consumió crack, ¿no es cierto?

R. Sí.

P. De hecho, lo hizo en el pasaje Kidman 229.

R. Sí.

P. El día que fue atacada.

R. Sí.

P. Y el consumo fue anterior al ataque.

R. Sí.

P. Exactamente unos minutos antes de ser atacada, ¿no es verdad?

R. Sí.

<sup>136</sup> Pozner, Larry y Dodd, Roger, *Cross examination; science and techniques*, op. cit., p. 208.

<sup>137</sup> Así, Pelayo Vial Campos, *Técnicas y fundamentos del contraexamen*, op. cit., p. 67. Tal como afirma González Obregón, Diana, se trata ni más ni menos, que de la "oportunidad que tiene el abogado de decir cómo sucedieron los hechos por medio de frases cortas, a manera de preguntas, y a las cuáles sólo se requiere contestar sí o no" (*Manual práctico del juicio oral*, op. cit., p. 308).

La multiplicación de preguntas en pequeños cuadros logra generar que el tribunal pueda introducirse en la escena de los hechos. Al decir de Bergman, "aumenta la comprensión del juzgador y acentúa el efecto persuasivo"<sup>138</sup>. De allí, su importancia.

#### 4.2.3. Las preguntas sugestivas secuenciales

Las preguntas sugestivas deben ser secuenciales, que vayan desde lo genérico hacia lo más específico, a modo de ir generando la imagen en el tribunal y tener mayor dominio de la situación frente al testigo. Realizar un contraexamen a través de preguntas sugestivas y secuenciales se asimila a contar una historia pasando cuadro por cuadro, en forma lenta y pausada. Una buena manera de practicar ese contraexamen secuencial es contar una historia o una parte de nuestra película favorita en forma bien detallada y secuencial. Veamos el siguiente ejemplo. Intentemos realizar preguntas sugestivas desde un pequeño extracto de una historia:

El fiscal Chierasco, como todas las mañanas de los días de semana, se levantó a las siete am. y se dirigió caminando a su oficina, distante a unas dos cuadras de su domicilio, previo saborear un café en el bar "Il gatto". Pidió un café con leche y leyó el diario, más precisamente la sección policial. Allí se quedó por un espacio de unos quince minutos. Luego subió al ascensor, donde mantuvo un pequeño diálogo con el ascensorista. Se bajó en el cuarto piso e ingresó inmediatamente a la sala de audiencias.

- P. ¿Ud. el pasado lunes se levantó a las 7 AM.?
- P. Luego se dirigió hacia su oficina.
- P. Lo hizo caminando.
- P. Sin embargo, no fue directo hacia allí.
- P. Ya que ingresó a un bar.
- P. Ese bar el "Il gatto".
- P. Ubicado cerca de su oficina.
- P. Allí tomó un café.
- P. También leyó el diario.
- P. Más precisamente los policiales.

<sup>138</sup> Paul Bergman, *La defensa en juicio*, op. cit., p. 140.

Como vemos, las preguntas sugestivas que estamos realizando, en forma secuencial, permiten desagregar hechos y dar una imagen en cámara lenta de lo sucedido.

Llevémoslo al cine. Así, si recordamos la película Rocky (la primera de la saga), podríamos decir, respecto de la escena en la que seleccionan a Rocky Balboa, como rival del campeón de boxeo de peso pesado Apollo Creed, las siguientes escenas.

- P. Es cierto que Apollo Creed iba a pelear con un rival por el título de peso pesado.
- P. Y que ese rival se lesionó previo a la pelea.
- P. Que intentaron buscar un nuevo desafiante.
- P. Y que no lo obtuvieron.
- P. que era poco el tiempo que tenían para individualizar un retador.
- P. Que Rocky Balboa era un boxeador poco destacado.
- P. Que tenía las mismas derrotas que victorias.
- P. Que a Apollo Creed le gustó el nombre del boxeador.
- P. Por qué era italiano, ¿no es cierto?
- P. Y que era un boxeador que entrenaba poco.

De eso se trata un contraexamen. De presentar nuestros hechos, a través de preguntas sugestivas y secuenciales. Si logramos hacer esta tarea con cualquier película o historia, seguramente, nos costará menos al momento de realizarlo en nuestra historia con implicancias penales, valiéndonos de un testigo hostil a nuestros intereses<sup>139</sup>. Habremos dado el primer paso y solo faltará verificar que la planificación haya sido la adecuada.

Llevándolo al plano del caso "Justicia Criminal", si vamos a trabajar un contraexamen sobre el tema iluminación, debemos ir en forma secuencial, desde lo general hacia lo específico. Así, en ese punto, lo más ge-

<sup>139</sup> Un buen ejercicio para practicar contraexamen es el que realiza el profesor Martín Sabelli, en el que selecciona cinco alumnos de un curso, los que deben realizar una pregunta sugestiva y secuencial cada uno sobre alguna historia o cuento conocido por todos. Este tipo de práctica permite reconocer e internalizar la forma en que debe ser realizado un contraexamen. Del mismo modo, Lubet nos proporciona el siguiente mecanismo: tomar nota en frases cortas de toda la historia que queremos contar al jurado y luego formular las preguntas en tono afirmativo basándose en ese texto. Ese ejercicio puede ser practicado con cualquier extracto de una historia (Lubet, Steven, *Modern Trial Advocacy*, op. cit., p. 93 y siguiente).

nérico tiene que ver con que es de noche y que hay poca iluminación, y desde allí iremos tratando de despejar la imagen en el tribunal o jurado, para que puedan sentirse en ese lugar, el día de los hechos. Para que el tribunal sepa hacia donde apuntamos y qué queremos demostrar, es aconsejable que utilicemos un título para cada línea de interrogación. Mencionar el título en la primera pregunta no solo servirá para orientar al tribunal sobre qué estamos buscando, sino que también será de mucha utilidad para cuando queramos cerrar el capítulo. Así, bastará con poner un nuevo título en nuestra nueva línea de interrogación para evitar que el testigo pueda volver sobre el capítulo anterior<sup>140</sup>.

Veamos cómo podríamos trabajar esa línea de contraexamen:

P. Dennise, quiero que hablemos sobre la iluminación del lugar. (Con el título ubicamos al tribunal en la línea de fuego).

¿Cuando ud. fue atacada era de noche?

R. Sí.

P. Precisamente eran las 2:30 de la madrugada, ¿no es verdad?

R. Sí, aproximadamente era esa hora.

P. Había llovido, ¿no es verdad?

R. Así es.

P. Era una noche oscura.

R. Sí.

P. Ud. ingresó al Pasaje Kidman 229, ¿no es así?

R. Sí.

P. El pasaje Kidman es un pasillo largo que lo lleva a varios departamentos, ¿no es verdad?

R. Sí.

P. El pasillo tiene aproximadamente unos quince metros hasta llegar a una escalera, ¿no es verdad?

R. ...

P. Si quiere le puedo refrescar la memoria con su declaración previa o con la inspección ocular realizada y ya incorporada al juicio.

<sup>140</sup> Como bien observa Pelayo Vial Campos, la utilización de títulos en cada línea de contraexamen también sirve para ordenar los bloques de argumentos que se usarán en la apertura y en el alegato de clausura (*Técnicas y fundamentos del contraexamen*, p. 94). Lo que sí se debe evitar es la utilización en el título de cualquier tipo de adjetivación que pudiera poner sobre aviso al testigo, como por ejemplo "vamos a hablar de los errores en el procedimiento de investigación" (ídem, p. 95).

R. Sí, aproximadamente son quince metros.

P. Luego viene una escalera, de un tramo.

R. Sí.

P. Con unos veinte escalones aproximadamente, ¿no es así?

R. Sí, entiendo que sí.

P. Y en la parte más alta de la escalera había una lámpara eléctrica.

R. Sí.

P. No hay ventanas en el pasillo.

R. No, no las hay.

P. Tampoco hay ventanas en la escalera.

R. No.

P. No hay otra iluminación artificial en el lugar, ¿no es así?

R. Efectivamente.

P. Solo esa lámpara eléctrica.

R. Sí.

P. Distante a unos quince metros.

R. Sí...

P. Y ud. nos dijo que fue agredida en la parte media del pasillo.

R. Sí.

P. Vamos a otro tema, Denisse, quiero que hablemos sobre...

Como vemos del ejemplo recién trabajado, el contraexamen aquí giró solo sobre un tema (iluminación) y las preguntas fueron realizadas en forma sugestiva, simple (una pregunta, un hecho) y secuencial, yendo desde lo más genérico hacia lo más específico (noche/luz eléctrica). De este modo, se mantiene el control del testigo sin realizar preguntas riesgosas, ya que el litigante conoce las respuestas que dará aquél.

Por otro lado, evitamos también ir directo al punto o conclusión (no se veía bien; pudo haber cometido un error de identificación), y vamos conduciendo al testigo a través de pequeños extractos de información —sin dejarle posibilidad de que lo niegue—, que nos servirán para unirlos en el alegato de clausura y allí concluir que se trata de un caso de error en el reconocimiento, por las condiciones en que éste se prestó.

#### 4.2.4. El orden

El contraexamen no es el relato de una historia. Es la confrontación de nuestra historia con el relato que acaba de dar el testigo. De allí que su orden no sea cronológico como en el examen directo, sino más bien temático.

No se trata de volver a repetir la historia que acaba de contar el testigo. Dijimos que en los sistemas adversariales se abandona la idea de que las repreguntas son un nuevo examen directo. Es por ello que, seguramente, no deberíamos de interrogar sobre todos los puntos trabajados en el examen directo, sino solo sobre las líneas en las que nos interesa destacar algo que pasó desapercibido o, simplemente, confrontar la versión del testigo<sup>141</sup>.

Una buena manera de presentar nuestra historia a través del contraexamen es comenzando nuestro interrogatorio con simples detalles<sup>142</sup> sobre hechos irrefutables. Los interrogatorios que comienzan con detalles permiten por un lado conocer al testigo sin riesgos y, por el otro lado, obtener proposiciones fácticas favorables que nos sirvan luego para que el juez o jurado pueda hacer inferencias con ellas. Así, en un accidente de tránsito, no podemos preguntar al imputado: “es cierto que Ud. venía conduciendo apurado”, porque seguramente nos responderá que no. Pero si podemos preguntarle desde los detalles, para luego llegar a esa conclusión. Así, podremos preguntar por sus horarios de ingreso a la oficina, por los costos que le representa llegar tarde, por la reunión que tenía ese día a esa hora, etc. En síntesis, trabajar al inicio del interrogatorio sobre los detalles nos permite acercarnos al testigo de un modo amigable, y obtener proposiciones fácticas que luego servirán para realizar inferencias.

El modo de presentar esas líneas de contraexamen no tiene por qué ser cronológico. El tribunal o jurado ya ha escuchado hace unos instantes la versión del testigo y la tiene a flor de piel. De modo tal que la falta

<sup>141</sup> Por ello afirma Quiñones Vargas: “A diferencia del interrogatorio directo donde las preguntas van dirigidas a la narración de una historia en forma cronológica, en el contra interrogatorio las preguntas van dirigidas a aspectos específicos y definidos, pasando de unos a otros sin prestar atención a la cronología de los sucesos” (Quiñones Vargas, Héctor, *Las técnicas de litigación oral en el proceso penal salvadoreño*, Consejo Nacional de la judicatura, El Salvador, 2003, p. 208).

<sup>142</sup> En igual sentido, Lubet, Steven, *Modern Trial Advocacy*, op. cit., p. 98.

de un orden cronológico no debiera generarles ninguna dificultad en su comprensión, máxime si incluimos en la primer pregunta el tema o línea de interrogación que habremos de desarrollar (iluminación, consumo de crack, corte en el rostro, etcétera). De ese modo, el Tribunal va a poder comprender fácilmente que es lo que pretendemos destacar en el contra.

El orden que sugerimos en la producción de las líneas de contraexamen es más bien temático. El orden temático implica agrupar cada línea de contraexamen por tema, de modo que todas las preguntas que versen sobre el mismo punto queden agrupadas y el interrogatorio resulte más persuasivo. Por el contrario, desaconsejamos el orden cronológico por tres razones concretas. En primer lugar, si vamos a confrontar nuestro relato con el del testigo, es aconsejable que mantengamos el control de aquél. Por el contrario, el orden cronológico le permite al testigo estar más atento para poder ir acomodando sus respuestas, ya que puede anticiparse a nuestra jugada, esto es, lo que le será preguntado<sup>143</sup>. No queremos decir con esto que pretendamos engañar al testigo, ni que este esté dispuesto a mentir en una sala de audiencias. No se trata de eso. En absoluto. Lo que queremos decir es que, por ejemplo, si un testigo reconoció a una persona como el autor del hecho es porque seguramente creerá que fue quien lo cometió. De allí que si realizamos un contraexamen que pretende mostrar que el testigo no estaba en el mejor escenario para realizar una identificación certera, seguramente aquél intentará minimizar cualquier déficit que haya habido en la escena del hecho (estaba oscuro, pero...; la luz era débil pero me permitió ver...; consumí crack, pero no me afectó porque...). Entonces, lo que queremos es evitar esa reacción normal –reflejo defensivo del testigo– de defender a ultranza su postura o interpretación de los hechos. No queremos contradecir ni discutir con el testigo, pero tampoco queremos dejar que éste se prepare para minimizar nuestra información.

<sup>143</sup> Sobre este punto afirma el autor puertorriqueño Julio Fontanet Maldonado lo siguiente: “De seguirse un orden cronológico, al testigo le será fácil enfrentarse al contrainterrogatorio, toda vez que podrá prever todas las preguntas. Es necesario no “telegrafiar” hacia donde nos dirigimos. Por otro lado, algunos autores señalan que debe tenerse mucho cuidado con esta técnica de “ir o saltar de tema en tema”, porque puede confundir al jurado. Los de temática no pueden realizarse de manera atropellada que hagan imposible poder seguir la secuencia de las preguntas” (*Principios y técnicas de la práctica forense*, op. cit., p. 243). Por nuestro lado, entendemos que mientras no se mezclen las líneas de contraexamen, y se trabaje basándose en títulos, difícilmente un contraexamen temático pudiera generar confusión en el jurado o el tribunal.

El segundo lugar, debe descartarse el orden cronológico por cuanto ese formato de llevar adelante el contraexamen puede generar que debamos comenzar con algún plano débil o inseguro, lo que resulta francamente desaconsejable. No todas las líneas a interrogar tienen la misma fuerza e intensidad, ni tampoco tienen la misma seguridad en su ejecución. Llevándolo al caso de "Justicia Criminal" al intentar acreditar que el lugar del ataque estaba oscuro es un buen punto pero, seguramente, no define el caso. Hay varias explicaciones posibles que aun puede válidamente sostener la acusación en el alegato de clausura ("estaba oscuro, pero tuvo el rostro de su agresor a escasos centímetros de su cara", "el brillo del cuchillo iluminó su rostro", "es una persona con muy buena vista", etcétera). Por el contrario, si logramos acreditar que consumió crack instantes antes de la agresión y que el consumo de ese estupefaciente genera una afectación en los sentidos, mareos, visión nubosa, falta de equilibrio, difícilmente la acusación podrá, en la clausura, sostener con fuerza que el reconocimiento efectuado por Denisse es creíble y sin margen de error. Sin embargo, mientras el primer punto parece sencillo de ejecutar (solo necesitamos contar con una inspección ocular que dé cuenta de la iluminación del lugar, incorporada a través de un testigo), el segundo presenta una dificultad mayor (requiere de la acreditación del consumo de crack y de los efectos que causaron en su propio organismo, que pueden ser diferentes en cada individuo).

Las variables "seguridad en su ejecución" y "relevancia" deben ser analizadas al momento de decidir con qué tema comenzar cada contraexamen. Como vemos, toda decisión en juicio debe ser adoptada desde una visión profundamente estratégica. La selección del orden de los temas no es la excepción. Un buen contraexamen debe comenzar con un tema seguro antes que otro que, si bien con un mayor grado de dificultad, sea más contundente. Es importante que cuando ingresemos a practicar nuestro interrogatorio comencemos a desarrollar puntos seguros que nos otorguen mayor confianza en nosotros mismos y en el tribunal y que, a su vez, deje una imagen bien clara en el testigo: que el abogado conoce el caso y sabe qué es lo que tiene que preguntar.

El tercer motivo por el cual debe descartarse el orden cronológico se debe a la importancia de la primacía y la conclusión<sup>144</sup>. Cuando el

<sup>144</sup> Entre otros, Pozner, Larry y Dodd, Roger, *Cross Examination*, op. cit., p. 378. Explican los autores la importancia de la primacía y la conclusión no solo en cuanto a los temas (decidir con que

tribunal nos interroga si vamos a contraexaminar al testigo, y nosotros respondemos afirmativamente, estamos enviando una señal muy clara al tribunal: el examen directo está ocultando algo que le quita valor al relato. Así, si cuando comienza el contraexamen fijamos puntos poco trascendentes o no tan claros, la confianza y credibilidad del tribunal hacia el litigante disminuirá y puede que pierdan la atención. Por el contrario, al comenzar fuertemente ganaremos en confianza y en la atención del tribunal.

Por otro lado, está estudiado que uno tiende a recordar con mayor facilidad lo primero y lo último que escucha. De allí la importancia de comenzar fuerte. Del mismo modo, es importante que al finalizar la tarea, el abogado termine con una línea fuerte y segura de interrogación<sup>145</sup>. De hecho, si en el alegato de apertura ha comenzado con un lema, es preferible utilizarlo en el contraexamen. Así, si el lema del caso de Denisse era "los efectos del crack", terminar con una pregunta sugestiva que marque esos efectos sobre los sentidos es una excelente manera de finalizar el interrogatorio<sup>146</sup>.

Por el contrario, si en el último tema examinado no logramos acreditar el punto o la proposición fáctica que pretendíamos obtener, perdemos en la imagen de fortaleza de nuestro trabajo y quien gana es el testigo y su versión dada en el examen directo. Por ello es que un abogado no debe terminar un contraexamen con una objeción a la que se hace lugar, con una pregunta abierta o con una respuesta que no satisface sus expectativas. Si ello ocurre, deberá tener algún otro punto preparado para terminar adecuadamente, obteniendo alguna proposición fáctica en el último plano del interrogatorio.

tema comenzar), sino también sobre las preguntas realizadas sobre cada línea de contraexamen. (conf. capítulo 12 de la citada obra).

<sup>145</sup> Para lo que se requiere conocer bien el caso y saber cómo terminar. En igual sentido, Fontanet Maldonado, *Principios y técnicas de la práctica forense*, op. cit., p. 238; y Mauet, Thomas, *Trial techniques*, op. cit., p. 255. Tal como afirma Lubet, el punto que será nuestra salida tiene que tener garantizado el éxito (Lubet, Steven, *Modern Trial Advocacy*, op. cit., p. 100). No nos podemos retirar con una respuesta desfavorable.

<sup>146</sup> Como bien señala Pelayo Vial Campos, es preciso planificar cuidadosamente el contraexamen para terminar con un tema destacado como objetivo final. La última meta es una excelente oportunidad para invocar el lema del caso (*Técnicas y fundamentos del contraexamen*, op. cit., p. 159).

#### 4.2.5. La utilización de preguntas abiertas

En líneas generales, la realización de preguntas abiertas en el contra-interrogatorio está contraindicada y su utilización no parece ser una buena estrategia. Incluso parte de la doctrina sostiene enfáticamente que nunca deben emplearse preguntas abiertas en el contraexamen<sup>147</sup>. La razón de ello obedece a que, cuando formulamos una pregunta abierta, perdemos el dominio y el control del testigo, por lo que este podrá contestar sobre planos que no queríamos ingresar y podría también profundizar algunos puntos del examen directo al que preferiríamos no regresar.

Técnicamente, estamos de acuerdo con que una pregunta abierta nos quita el control del testigo y que, en principio, no debieran emplearse para contrainterrogar. Si nosotros pretendemos introducir temas en el contraexamen a través de preguntas abiertas (o incluso cerradas) difícilmente obtengamos las proposiciones fácticas que nos proponemos. Así, si al interrogar a Denisse en el caso "Justicia Criminal" le realizamos preguntas abiertas sobre la iluminación del lugar (por favor, ¿cómo era la iluminación en el lugar?) o sobre el efecto que le provocó el crack (¿qué efectos sensoriales le ocasionó el consumo de crack?), seguramente nos contestará algo distinto de lo que pretendíamos obtener. Sobre la iluminación posiblemente nos contestará que no era mala, que estaba oscuro pero que había luz artificial (con lo que no estará mintiendo). Sobre el efecto del crack posiblemente nos diga que recién estaba empezando a consumir y que no la había afectado, que era una dosis muy pequeña, o cualquier otra observación que la quite del lugar incómodo que puede representar hablar sobre el consumo de drogas en una corte penal (y tampoco estará faltando a la verdad).

Ahora bien, no toda pregunta abierta implica, como en los ejemplos recién indicados, arruinar el contraexamen. Por el contrario, entendemos que la formulación de preguntas abiertas en "zonas seguras" donde no requerimos demasiado control, puede traer aparejados enormes beneficios, siempre que las utilicemos en forma adecuada<sup>148</sup>. La primera ventaja radica en que, con su utilización, se evita la mono-

<sup>147</sup> Entre otros, Vial Campos, Pelayo, *Técnicas y fundamentos del contraexamen...*, op. cit., p. 143.

<sup>148</sup> En palabras de Paul Bergman, en lugares colaterales (*La defensa en juicio*, op. cit., p. 144).

tonía del formato del interrogatorio sugestivo<sup>149</sup>. La formulación de un contraexamen que solo cuenta con preguntas sugestivas pudiera llegar a generar, en caso de que esté plagado de temas y tenga cierta extensión en su duración, una imagen negativa en el litigante. No en el sentido de un examen directo dirigido, pero sí en cuanto a la imagen del abogado que pretende confundir, con sus técnicas de litigación, al testigo. De allí que la realización de alguna pregunta abierta en zonas seguras puede ser adecuada como técnica de persuasión.

Para realizar este tipo de preguntas es fundamental tener en cuenta dos aspectos: el testigo y la zona donde la técnica va a ser empleada. Así como no todos los abogados tienen las mismas destrezas, lo mismo ocurre con los testigos. No todos los testigos tienen la misma facilidad de palabras ni se comportan igual frente a un contraexamen. De allí que tengamos que tener presente a qué clase de testigo nos enfrentamos y cómo se está llevando a cabo el contraexamen. Si se trata de un testigo que está intentando fundamentar sus respuestas para introducir más información de la que le solicitamos, no parece ser una buena estrategia la utilización de preguntas abiertas, por más segura que nos parezca la zona donde pretendemos introducirla. Seguramente ese terreno será aprovechado para dar respuestas amplias que no queremos recibir.

Veamos un ejemplo hipotético de contraexamen con preguntas sugestivas realizado al oficial de policía del caso "Fuenzalida" —el que se encuentra al final de esta obra—, que estuvo en el lugar de los hechos con la víctima y que ésta le dio poca información sobre las características del autor:

P. Ud. estuvo con la víctima.

R. Sí.

P. Y ella le dio las condiciones físicas de su agresor, ¿no es verdad?

R. Exacto.

P. Y le refirió que era cabezón, y que tenía remera blanca.

R. Sí, estaba apurado por obtener información, ya que...

P. No le dio ninguna otra característica, ¿no es cierto?

R. Bueno, es muy común, que en ese momento, nos den lo más distintivo, por cuanto se encuentran en tensión por lo ocurrido y...

<sup>149</sup> Así, Mauet, Thomas, *Trial techniques*, op. cit., p. 259.

Como vemos, en un contraexamen dirigido a un oficial de policía con ganas de justificar su labor, intentar realizar una pregunta abierta es casi un acto suicida, por lo que tendremos que tener ello presente.

El segundo punto a tener en cuenta para introducir una pregunta abierta está en la determinación de qué entendemos por "zona segura". Llamamos zona segura a aquel sector del relato en que ningún tipo de afirmación puede dañar nuestra teoría del caso, ya sea porque no se trata de un punto en discusión –hechos no controvertidos (ambas teorías del caso, parte de reconocer el hecho)–, o tratándose de hechos en discusión, contamos con evidencia que respalda nuestra hipótesis, ya sea por contar con una declaración previa del testigo en ese sentido o con otras evidencias.

La segunda ventaja de utilizar preguntas abiertas está relacionada con la credibilidad de la información que ingresamos utilizando, para ello, las propias palabras y descripciones del testigo. Dijimos que un testigo de la contraparte podía sernos útil para acreditar alguna proposición fáctica. Si lo que pretendemos es acreditar una afirmación o un hecho, lo mejor que podemos hacer es realizar preguntas abiertas para que el jurado o tribunal recuerden luego al testigo declarando y no al abogado introduciendo esa información en el juicio. Para utilizar preguntas abiertas en ese plano también tenemos que tener bien en claro dos aspectos. En primer lugar, que se trate efectivamente de una zona segura, en el sentido que no le permitamos al testigo ampliar declaraciones sobre algún aspecto que no relató en el examen directo. En segundo lugar, que estemos seguros sobre cómo declarará el testigo. Tengamos presentes que, posiblemente, no hayamos tenido una extensa entrevista con el testigo. De modo tal que si no estamos seguros de que el testigo efectivamente brindará el relato que pretendemos obtener, la utilización de preguntas sugestivas de un solo punto deberá ser nuestra primera y única opción.

La tercera ventaja que podemos conseguir a través de la formulación de preguntas abiertas radica en obtener, a través de las propias palabras del testigo, determinada información que nos interesa destacar para luego poder impugnar su credibilidad. La utilización de preguntas abiertas en este caso puede tener dos objetivos bien claros: *a.* queremos destacar que se trata de un testigo que cambia sus versiones y, por ello, no es creíble; o *b.* queremos acreditar una incoherencia en su relato. Tanto para un caso (cambiar versiones) como para el otro (incoherencia interna en su versión de los hechos) necesitamos que quede bien en

claro el relato del testigo en el punto central donde nos posicionaremos al momento de impugnar su credibilidad. Para ello necesitamos que el testigo reafirme lo declarado en el examen directo con sus propias palabras, para evitar luego que pretenda encontrar una escapatoria en afirmaciones tales como "Ud. no me entendió bien", "lo que pretendí decir es..." o "es una mala interpretación suya sobre lo que dije".

Veámoslo con dos ejemplos concretos. Para el primer caso (testigo que cambia versiones) necesitamos dejar bien en claro qué es lo que acaba de declarar en juicio para poder confrontarlo con una declaración previa. Supongamos que en el caso "Justicia Criminal", Denisse declaró durante la investigación penal preparatoria que el lugar estaba mal iluminado, que era muy oscuro y que, al principio, le costaba ver y distinguir incluso la escalera. Ahora, luego de que el Fiscal la interrogó en juicio oral durante el examen directo, Denisse refirió que se veía muy bien y que la iluminación artificial era suficiente para observar todo con claridad. Lo que necesitamos ahora en el contraexamen es "tenderle la trampa", en el sentido de que Denisse sea bien precisa en reafirmar lo que acaba de declarar en el examen directo. Queremos que no quede margen de duda, para presentar luego a Denisse como una persona que no es creíble porque cambia sus versiones. Así, podríamos sugerir el siguiente contraexamen:

P. Denisse, Ud. nos acaba de contar que el lugar estaba muy bien iluminado.

R. Sí, así es.

P. Que se veía bien.

R. Efectivamente.

P. Que no le costó observar a su agresor.

R. Sí.

P. ¿Cómo describiría la iluminación del lugar? (Pregunta abierta en zona segura que tiende la trampa al testigo hostil).

R. Bueno, yo diría que era muy buena para ser de noche.

P. ¿Sería correcto afirmar que la luz era brillante?, (pregunta cerrada que intenta cerrar toda escapatoria).

R. Sí, sí, es correcto.

P. Cuéntenos que artefactos eléctricos había para generar esa luz brillante (pregunta que se posiciona sobre la respuesta anterior).

R. Bueno, había....

Como vemos intercalar preguntas abiertas en zonas seguras, con el objeto de tender la trampa y no dejarle escapatoria al testigo es una gran estrategia que todo litigante debe utilizar para estos casos. Una vez fijado el punto que parece ser contraproducente para la postura de la defensa (estamos trabajando sobre la "excelente" iluminación del lugar que había sido acreditada en el examen directo), llegará el momento de acreditar la declaración previa de la testigo, utilizarla y demostrar que es una testigo que cambia las versiones y que por ello no merece el crédito del jurado o del tribunal<sup>150</sup>.

El segundo caso, el de la incoherencia interna en el relato del testigo, también requiere fijar el punto para evitar que el testigo pueda escaparse. No hay mejor manera que fijar esa "trampa" a través de los propios dichos del testigo. Veamos el caso de la película "Cuestión de honor", filmada en el año 1992, dirigida por Rob Reiner e interpretada por Tom Cruise, Jack Nicholson, Demi Moore, Kiefer Sutherland, Kevin Bacon y Kevin Pollak, entre otros. En esa película, dos abogados militares deben defender en juicio a dos marines que cumplían funciones en la Bahía de Guantánamo, Cuba. Según la acusación han matado a un compañero. Ellos sostienen, sin embargo, que cumplieron órdenes del coronel Nathan R. Jessep para castigar a su compañero William T. Santiago por haber infringido el código de honor del Cuerpo de Marines, y que la muerte de éste fue un accidente. La defensa se encuentra con grandes dificultades para averiguar la verdad por las trabas que pone el coronel durante la investigación. En el contraexamen realizado al Coronel,<sup>151</sup> con el que la defensa pretende demostrar que en realidad hubo una orden suya para que golpearan al soldado Santiago (clave roja), que

<sup>150</sup> Este punto lo veremos con mayor detalle en el apartado sobre contraexamen con posibilidad de refutar la información.

<sup>151</sup> En rigor, de verdad, no es un contraexamen, sino un examen directo realizado por la defensa sobre un testigo hostil. Se trata de un testigo que para la acusación no tiene ningún interés en que declare, por lo que es citado por la defensa y pide la aplicación de las reglas del contraexamen por tratarse de un testigo manifestamente hostil y que, sin preguntas sugestivas, resultaría imposible confrontar su teoría del caso con la versión del testigo. Se encuentra regulado por la regla 611 c. de las Reglas de Evidencia Federales en los Estados Unidos que lo regulan del siguiente modo: "When a party calls a hostile witness, an adverse party, or a witness identified with an adverse party, interrogation may be by leading questions". Esto implica que si una parte convoca a un testigo hostil, una parte adversa o un testigo identificado con una parte adversa, el interrogatorio puede ser realizado a través de preguntas sugestivas.

luego le costó su vida, el litigante introduce previamente determinadas proposiciones fácticas que hacen que la declaración del Coronel pierda coherencia interna y credibilidad. Así fija una contradicción que es la siguiente: el coronel Jessep refiere que el soldado Santiago estaba en peligro por cuanto había presentado una carta pidiendo que se le dé la baja, pasando por encima de sus superiores más inmediatos. También refirió que dio la orden de que no tocaran a Santiago. Que sus órdenes se cumplen. Si todas estas premisas son correctas, no se explica cómo pudo estar en peligro el soldado Santiago. Los invitamos a que observen con detenimiento el contrainterrogatorio que surge en la película.

#### 4.2.6. No haga la pregunta de más

Todo contraexamen tiene un límite y es preciso que el litigante lo reconozca. No debe pedir a la prueba más de lo que esta puede darle. Un litigante con experiencia tiene siempre presente que el testigo es hostil a su caso –precisamente por eso no lo ofreció como propio–, por lo que no debe exagerar los beneficios de un buen contrainterrogatorio.

El contraexamen es la técnica de saber reconocer que hay grises. Buscarlos es la función del abogado. Difícilmente un contraexamen transformará lo blanco en negro. Si el testigo acaba de declarar de una manera sobre un punto, nada hace pensar que ahora, unos minutos después, va a cambiar su opinión sobre lo recientemente afirmado. Si la víctima acaba de declarar, por ejemplo en el caso "Justicia Criminal", que está segura en un cien por ciento sobre el reconocimiento en rueda de personas realizado sobre el imputado, difícilmente, luego de un contraexamen que aborde distintas áreas que dan cuenta de determinadas condiciones al momento del hecho (oscuridad, tensión, poco tiempo, corte en el rostro, consumo de crack), ahora responda que se equivocó y que en realidad no está segura de que, a quien reconoció, haya sido el autor del crimen.

El litigante debe reconocer esos límites, saber manejarse en ese territorio y trabajar generando las dudas sobre la credibilidad de las afirmaciones dadas por el testigo. En definitiva, lo relevante no es la seguridad del testigo en sus afirmaciones, sino cuál es la conclusión a la que el Juez o Jurado debe arribar en base a las proposiciones fácticas que las partes le arrimen en un juicio. Es por eso precisamente que una de las reglas básicas del contraexamen es que "no debe



formular la pregunta de más". Un excelente y brillante contraexamen puede ser arruinado con una sola pregunta mal efectuada. Si en el interrogatorio a Denisse, en el caso "Justicia Criminal", trabajamos las distintas áreas recién detalladas, no podemos al final formular la siguiente pregunta final sobre el fondo:

P. Entonces, Ud. no está segura de que a quien reconoció haya sido quien la agredió, ¿no es verdad? O, entonces, ¿puede ser que haya incurrido en un error al reconocer a mi cliente?

Esa pregunta debe ser excluida de nuestra línea de interrogación. Como bien señalan Pozner y Dodd, las preguntas deben ser sobre hechos, no sobre conclusiones, ya que su objetivo es persuadir<sup>152</sup>. La tarea del abogado es sembrar las dudas que puede generar la credibilidad del testimonio o de los testigos de la contraparte. Nunca se debe hacer la pregunta directa a la que apunta la línea de contraexamen. Como dice Bergman, "una pregunta sugestiva no convertirá mágicamente la evidencia perjudicial en evidencia útil"<sup>153</sup>. Si el objetivo es demostrar que el reconocimiento efectuado tiene un amplio margen de error por las condiciones en que fue realizado, sobre esto no se debe interrogar al testigo de un modo directo. No queremos que el testigo saque conclusiones sobre su manera de observar el caso. No le corresponde a él resolver sobre la calidad de la información ingresada al juicio, sino al tribunal o jurado. Y es por ello que la técnica adecuada de un contraexamen consiste en evitar realizar preguntas directas. Será el alegato de clausura la oportunidad para sacar sus conclusiones, presentarlas y exponerlas limpiamente al tribunal.

Dijimos antes que no debemos discutir ni confrontar con el testigo. Hay dos maneras de discutir con el testigo. La primera, es frontal respecto al testigo (técnica propia del sistema inquisitivo<sup>154</sup>). La restante es confrontar con lo que ha declarado. Si nosotros pretendemos introducir preguntas directas que tienen por objeto que el testigo se desdiga de lo declarado en el examen directo, lo que estamos haciendo, en definitiva, es confrontando con él. Y, como dijimos, difícilmente el testigo cambie

<sup>152</sup> Pozner, Larry y Dodd, Roger, *Cross examination...*, op. cit., p. 227.

<sup>153</sup> Bergman, Paul, *La defensa en juicio*, op. cit., p. 142.

<sup>154</sup> Al respecto, ver el capítulo 1.1. de la presente obra.

de parecer. Es por ello que no debemos intentar sacar conclusiones con el testigo, ni tampoco darle tiempo para que explique su punto de vista.

Del mismo modo, también debemos evitar toda pregunta que esté orientada a justificar la respuesta del testigo que nos ha perjudicado<sup>155</sup>. Las preguntas sobre "cómo", "por qué" o cualquier otra fórmula que esté orientada a motivar la respuesta debe ser eliminada del decálogo de preguntas del contraexaminador.

Sobre la base de las reglas aquí fijadas, veamos el contraexamen que el abogado defensor realiza en la película "Testigo de cargo" (dirigida por Billy Wilder, en el año 1957, basada en una obra de Agatha Christie y que obtuvo seis nominaciones para los Oscar) sobre la testigo "estrella" de la acusación. Se trata de la empleada de la víctima (ama de llaves) que refirió haber escuchado la voz del imputado en la casa de la víctima, minutos antes de que ésta sea asesinada. A continuación se encuentra parte de ese contraexamen:

P. Ud. refirió que escuchó la voz del acusado Leonard Vole.

R. Sí.

P. Sin embargo, no pudo referirnos qué dijo concretamente.

R. Exacto.

P. La puerta estaba cerrada.

R. Sí.

P. Y Ud. estaba apurada para agarrar el molde que había ido a buscar.

R. Exacto.

P. De modo que pasó rápido por al lado de una puerta cerrada.

R. Sí.

P. Imagino que no escuchará Ud. detrás de las puertas.

R. Claro que no.

P. E igual, esta segura de que era su voz.

R. Sí, quien otro iba a ser.

P. Entiendo que así funcionó su mente. Dígame, la Sra. French (la víctima) ¿miraba televisión frecuentemente por la noche?

R. Sí, le gustaban las películas y obras de teatro.

<sup>155</sup> En igual sentido Goldberg, Steven, *El primer juicio oral*, p. 194.

P. ¿No es posible que cuando pasó rápidamente por al lado de la puerta cerrada, las voces que escuchó fueran las de la televisión?

R. No.

P. ¿Por qué no?

R. Porque esa semana había llevado el televisor a reparar.

Como vemos, en este ejemplo, el contraexamen estaba dando sus frutos (desacreditar el testimonio, en lo referente a las condiciones de percepción del reconocimiento) y estaba siendo realizado con un formato adecuado (preguntas sugestivas de un solo punto, con un tono afirmativo). Sin embargo, la pregunta que busca una respuesta directa ("¿por qué está segura?") es la que tira por la borda todo el trabajo efectuado en el contraexamen. Si el litigante se hubiese detenido antes de la pregunta final, hubiera dejado al tribunal la hipótesis posible de que tal vez la testigo estuviera equivocada y efectivamente lo que escuchó era la televisión, aun cuando ésta lo haya negado. Sin embargo, al realizar una pregunta de más, sobre el motivo ("por qué"), permitió a la testigo que se acomode y se vea fortalecida al poder justificar su respuesta, sin poder siquiera refutar esa última respuesta, de la que no sabremos si era verídica o falsa<sup>156</sup>, ya que no contamos con prueba de referencia.

#### 4.3. El control del testigo

El mayor temor de un litigante al enfrentar un contraexamen está centrado en no poder mantener el control del interrogatorio. Uno pierde el dominio sobre el testigo cuando éste logra escapar de nuestra línea de interrogación, ya sea porque no responde concretamente a lo que le preguntamos (respuestas evasivas) o porque, en vez de limitarse a la pregunta, su respuesta es amplia y pretende fundamentar y justificar cada punto sobre el que es interrogado.

El control que debe mantenerse en el contraexamen es vital para el éxito de la empresa. Y para ello necesitamos no solo realizar preguntas sugestivas de un solo punto, sino también mantener la calma si inicialmente el testigo no se limita a responder los puntos que le son interrogados. Todo abogado tiene el temor de enfrentarse a un testigo

<sup>156</sup> Claro que el caso no termina allí, y luego, el abogado defensor deberá trabajar sobre otra línea de contraexamen –audiencia de la testigo– para ganar el caso.

al que no pueda controlar, dejándolo en ridículo frente al Tribunal. Este temor no es infundado. Al contrario, es muy frecuente que algunos testigos pretendan fundamentar sus respuestas, dando por tierra toda la planificación. Así, por ejemplo, en el caso Fuenzalida que está marcado en el capítulo de casos, si la víctima declaró en el examen directo que pudo ver el rostro del acusado y luego reconocerlo en rueda de personas, y la primer línea del contraexamen se dirige a acreditar la oscuridad del lugar, el poco tiempo que duró el asalto, los pocos rastros que dio a la policía, etcétera, lo más frecuente es que si le damos un pequeño margen al testigo, éste pretenderá justificar respecto de que está seguro de que el autor del hecho es el acusado.

En síntesis, las preguntas sugestivas de un solo punto no se asemejan a la magia ni a ciencias oscuras que logran transformar lo blanco en negro. Como dijimos, solo sirven para manejarnos dentro de los grises y, para ello, hay que emplear adecuadamente varias técnicas de control y sujeción que guardan relación con el ritmo que debe emplearse en el interrogatorio, el manejo de la escena en la sala de audiencias, el tono que debe emplear el abogado, la manera de dirigirse al testigo y la forma de realizar determinada clase de preguntas cuando éste pretende responder libremente por fuera del ámbito de la pregunta.

Así, para evitar que cuando le realizamos, por ejemplo, las siguientes preguntas al testigo:

P. Es cierto que estaba oscuro.

P. Que el asalto duró solo unos diez segundos.

P. Que Ud. pudo reconocer el arma.

P. Porque estaba atento a ella.

P. Que no había luz artificial; el testigo nos interrumpa y nos diga:

R. "Pero quédese tranquilo que estoy cien por ciento seguro de que quien me robó es ese señor que está sentado al lado suyo", debemos tener un buen manejo de las técnicas de control, esto es, tener herramientas para poder sujetar al testigo cuando responde sobre ámbitos de los que no ha sido interrogado.

A la dificultad de ejecutar un buen contraexamen, debemos agregarle otros tres inconvenientes adicionales posibles. En primer lugar, el uso de las objeciones puede interrumpir nuestra labor. Si nos enfrentamos a un

abogado experimentado, debemos tener presente que éste puede perjudicar nuestra tarea, realizando objeciones por preguntas ambiguas<sup>157</sup>, compuestas<sup>158</sup>, impertinentes<sup>159</sup>, repetitivas<sup>160</sup> o levantando una queja por cuanto no se deja responder al testigo libremente<sup>161</sup>. Es preciso que el abogado no pierda la calma, no se deje llevar por las pasiones y pueda, en ese caso, responder adecuadamente la objeción haciendo saber al tribunal que no se trata de un examen directo, que no quiere hacer perder tiempo al tribunal yendo a lugares que ya han sido examinados en el directo y que solo pretende destacar determinada información en el contraexamen, como herramienta que fortalezca la garantía del contradictorio. Nada más que eso debería bastar para limitar las objeciones de la contraparte. Por el contrario, si el abogado acepta el combate argumentativo que le propone su contrincante, ingresará en un terreno fangoso que le llevará tiempo y le quitará ritmo al contraexamen.

La segunda dificultad está centrada también en un plano externo, esto es, la labor del tribunal y su interpretación sobre las reglas de litigación. No todos los jueces adoptan el mismo temperamento a la hora de evaluar el alcance de un contra examen –recuerde que no se trata de aplicar reglas fijas, sino de determinar el alcance de ciertos estándares–. Hay quienes dejan un mayor espacio para el contraexamen, haciéndole saber al testigo que solo debe responder “por sí o por no” a las preguntas

<sup>157</sup> En el sentido de que no es claro qué se pretende interrogar al testigo.

<sup>158</sup> Por incluir más de un hecho por pregunta. En este caso, si no desmenuzamos la información, corremos el riesgo de que el abogado de la contraparte nos quite ritmo con estas intervenciones.

<sup>159</sup> Nos pueden tratar de frenar el interrogatorio sobre la base de la falta de pertinencia de la pregunta. Debemos tener presente que el contraexamen puede girar no solo sobre las preguntas realizadas en el examen directo, sino también sobre cualquier otra cuestión que guarde relación con la credibilidad del testigo y su testimonio. Así lo establecen las Reglas de Evidencia Federales de los Estados Unidos (regla 611 b). En su caso, debemos pedirle al Tribunal que nos deje fundar la pertinencia o, para no indicarle al testigo hacia donde vamos, pedirle que contemple la posibilidad de autorizarlos a realizar algunas preguntas más para poder exhibir la pertinencia.

<sup>160</sup> Debemos tener bien presente que no es objetable la pregunta por repetitiva por el solo hecho de haberse realizado en el examen directo; práctica muy común en los sistemas mixtos. En el contraexamen solo es objetable una pregunta por repetitiva si lo que se pretende es volver sobre un punto en forma confusa, con la sola finalidad de inducir a error al testigo.

<sup>161</sup> En este caso no es que el abogado de la contraparte esté centrando su tarea en obtener un resultado favorable con su interrupción. No pretende ganar la objeción, eso es irrelevante para esa estrategia. La finalidad que lo mueve es frenar el contraexamen cuando está haciendo daño, para darle tiempo al testigo a adecuar sus respuestas.

sugestivas de un solo punto que le efectúen. Pero también hay quienes permiten una mayor intervención del testigo, dándole lugar para justificar y fundamentar cada respuesta, aun cuando ello no sea parte de la pregunta. Aun nos encontramos en los albores de la vigencia del sistema adversarial en la región y resta aun un largo camino hasta que las prácticas se asienten. Creemos que, en líneas generales, la primera debiera ser la respuesta correcta del tribunal. Si al testigo se le pregunta para que afirme si estaba oscuro, si no había luz artificial, si el asalto duró solo diez segundos, etc., el testigo debe limitar su intervención a esas respuestas. Pretender justificar si pudo ver o no al asaltante no es parte de las preguntas. De hecho, esa es la conclusión que debe tomar el tribunal basándose en la información recolectada en juicio. De allí que no debiera permitir ese tipo de respuesta. Aun así, el litigante debe manejarse con sumo cuidado por cuanto aun no sabe cómo interpreta este punto el tribunal y, por ende, debe ser cauteloso al momento de su intervención.

La tercer dificultad está centrada en el manejo que debemos tener sobre nuestra credibilidad como abogado –uno de los principales valores en el arte de litigar– y sobre nuestra teoría del caso. Si el testigo es interrumpido constantemente por el abogado –tratando de silenciarlo–, el tribunal (y sobre todo un jurado) podrá generar una imagen negativa de aquel. Si siempre lo está interrumpiendo, podrá pensar el Tribunal: “tal vez la información no tenga la calidad y solidez necesaria para ganar el caso”. El abogado debe evitar generar esa imagen a través de diversas técnicas de control que son más eficaces que “callar” al testigo cuando dice algo que no favorece su caso.

Las estrategias que fortalecen el control del testigo las podemos agrupar en tres grandes ejes. Por un lado, las técnicas que tienen que ver con el ritmo y forma de encarar el contraexamen. Las segundas apuntan al manejo de la escena: la sala de audiencias. Las terceras guardan relación con la confección de las preguntas adecuadas frente a la falta de respuesta del testigo.

#### 4.3.1. El ritmo y la forma de realizar un contraexamen

La realización de preguntas sugestivas de un solo punto, de algún modo, es una técnica de control del testigo. Lo limita a responder solo sobre el plano interrogado. Si le pregunto al testigo: “Ud. consume

crack, ¿no es verdad?", no le estoy permitiendo que responda más allá de la pregunta efectuada. No le pido que me indique por qué consume, ni qué efectos le provoca. Solo tiene dos alternativas: o responde que consume o que no lo hace. Ahora, puede ser que el testigo –en el caso "Justicia Criminal", Denisse– pretenda responder más allá de la pregunta. Que pretenda dar información que busque explicar por qué consume droga –irrelevante y que no nos daña nuestra teoría del caso–, o que pretenda justificar su respuesta anterior –reconocimiento positivo de su agresor–, dando razones para sostener que el consumo no le afectó, en lo más mínimo, sus condiciones de percepción, lo que claramente sí daña nuestro caso.

Para evitar que ello suceda, requerimos de una técnica adecuada para formular las preguntas sugestivas de un solo punto. El primer aspecto a tener en cuenta está centrado en la *entonación*. Si la pregunta sugestiva la realizamos con entonación de pregunta, ésta es menos sugestiva y no deja entrever que, en definitiva, nosotros sabemos la respuesta y solo queremos que el testigo en la sala de audiencias la ratifique. No tiene el mismo impacto, desde un punto de vista del control y dominio que ejercemos sobre el testigo, preguntar "¿Ud. consume crack?" que hacerlo a través de una afirmación del siguiente modo "Ud. consume crack. ¿No es verdad?". Mientras que la primera opción puede dejar al testigo –y al tribunal– en la creencia de que el abogado no maneja la información, en el segundo no hay margen de duda, el litigante sabe lo que pregunta<sup>162</sup>. La entonación en el contraexamen debe ser basada en una afirmación más que a una interrogación, con voz firme y segura. Es bueno que el testigo sepa que miente, seguramente el abogado tendrá como demostrarlo y hacerle pasar un mal momento, a través de la presentación de evidencias de referencia. De este modo se mantiene el respeto por el testigo, pero se hace la tarea de modo enérgico. Que no se mal interprete. No estamos hablando de tener un mal trato con los testigos, ni mucho menos de gritarles o ser irrespetuosos. Esto nos dejaría en una mala situación frente al tribunal. Se trata de ser firme en los planteos y no mostrar un tono de duda o interrogación. Como

<sup>162</sup> Toda pregunta presupone en principio que, quien la realiza, no conoce la respuesta. De allí que deje una suerte de "olor a duda". Por ello, la técnica de realizar el contrainterrogatorio a través de preguntas con entonación afirmativa genera otra imagen con el Tribunal y provoca otro tipo de sujeción. Al respecto, ver el punto 4.2.1. de este libro.

dice Bergman, eso bastará para indicarle al testigo que usted espera una respuesta breve y concisa<sup>163</sup>. Con eso alcanza para que el testigo advierta que contamos con información del caso.

También habrá que tener en cuenta la clase de testigo que estamos interrogando. Seguramente el Tribunal estará de acuerdo con nuestra estrategia de tener un tono más firme y sólido con testigos que son oficiales de policía, investigadores o incluso profesionales. Pero, ¿qué hacer con las víctimas? ¿Cómo tratarlas? El tono muy firme, con preguntas en formato afirmativo puede, eventualmente, dejarnos mal parados. Si la contraparte –en este caso, la acusación– pide al tribunal que la defensa tenga un mejor trato con la víctima, es más que posible que éste acceda, salvo que se esté sospechando que se trató de una denuncia falsa o que se vislumbre alguna mentira o exageración en su relato. Sin embargo, el tono sigue siendo relevante para dejar menos margen de maniobra al testigo en el contra. Nuestra sugerencia es manejarnos con cierta ambigüedad entre un modelo y otro. Mientras consideremos que la línea de contrainterrogatorio no va a ser negada por el testigo –zonas seguras de contraexamen– la confección de preguntas sugestivas con formato de interrogación y menor énfasis en el tono serán suficientes. Ahora, si ingresamos en un terreno menos seguro, será necesario el modelo de pregunta con voz firme y entonación afirmativa. La menor cantidad de preguntas con ese formato nos permitirá que cualquier objeción de la contraparte tenga menos margen para ser aceptada.

El segundo plano para mantener el control del testigo está centrado en la intensidad que debemos imprimirle. Para que un contraexamen sea realmente efectivo, es fundamental que este se practique con un intenso ritmo<sup>164</sup>. Llevándolo al plano musical, se asemeja más a un reguetón que a una balada. ¿Qué queremos decir con esto? Que el contraexamen para que sea efectivo, debe ser rápido, con poco tiempo entre pregunta y otra, y de corta duración<sup>165</sup>. De allí que requiera mucha

<sup>163</sup> Bergman, Paul, *La defensa en juicio*, op. cit., p. 140.

<sup>164</sup> Que en litigación se observa bajo la idea de "tocar y correr". (Blanco, Rafael y otros, *Litigación estratégica*, op. cit., p. 216 y Bergman, Paul, *La defensa en juicio*, op. cit., p. 136). No queremos decir que debe mantenerse un tono agresivo ni tan rápido que al jurado le cueste internalizar las preguntas. Se debe hablar con claridad y celeridad (Blanco, Rafael, op. cit., p. 214).

<sup>165</sup> Al utilizar para el ello el cuadro visto en el capítulo 3.3. Se recomienda utilizar una hoja por cada contraexamen.

preparación previa, conocimiento de los antecedentes del caso a flor de piel y tener confeccionado un cuadro de líneas de interrogación para cada testigo que iremos a contraexaminar. La sala de audiencias, la cantidad de personas presentes observándolo y esperando una genialidad suya, la ansiedad del momento, la imposibilidad de volver el tiempo atrás nos pone en una situación de presión especial que no todos los abogados asimilan de igual manera<sup>166</sup>. De modo que cuanto más claro tengamos nuestro objetivo y nuestra línea de interrogación, con mayor velocidad y menores riesgos podremos realizar nuestro interrogatorio.

La velocidad en el contraexamen, la realización de preguntas sugestivas secuenciales y el ritmo entre una pregunta y otra, sin intervalos ni tiempos muertos, tiene una razón de ser. No queremos que el testigo intente justificar sus respuestas anteriores, ni queremos darle tiempo para que acomode sus respuestas al relato anterior. Queremos que el testigo responda rápidamente a las afirmaciones que le estamos introduciendo, sin darle tiempo a pensar qué respuesta se acomoda más a la versión que ya dio en el examen directo. Por el contrario, si dejamos silencios —más o menos prolongados— entre una pregunta y otra, le estaremos dejando la posibilidad de que intente justificar sus respuestas, o que vea cuál es el argumento que estamos preparando para el alegato de clausura.

El silencio entre una pregunta y otra juega un papel fundamental en quien está siendo interrogado<sup>167</sup>. No solo le deja un espacio de tiempo para pensar hacia donde estamos dirigiendo nuestra línea de interrogación, sino que lo deja en una situación de creer que se espera otra respuesta de él. Recordemos qué nos pasaba en la universidad, en un examen oral, cuando luego de una pregunta terminábamos de dar nuestra respuesta. Si el profesor no realizaba rápidamente otra pregunta, nos daba la sensación de que ese silencio jugaba en nuestra contra, como que faltaba “algo” en la respuesta que era esperable por el tribunal examinador. Entonces, si nos dejaban un espacio de tiempo muerto, retomábamos la palabra. Eso mismo es lo que le sucede al testigo en

<sup>166</sup> Si no queremos experimentar en juicio lo que le pasa al fiscal en la película “Mi primo Vinny” que, al momento de los alegatos iniciales, entra en pánico, debemos prepararnos adecuadamente.

<sup>167</sup> Como bien señala Steven Goldberg, “el silencio invita a explicar al testigo”. Frente a un silencio, “el testigo llenará ese espacio vacío con una explicación de la razón” (*Mi primer juicio oral*, op. cit., p. 191).

una sala de audiencias. Si queremos que esto no pase, lo mejor es no dejar espacios de tiempo muerto entre una pregunta y otra.

Llevándolo a un caso práctico, posiblemente si en la línea de contraexamen a Denisse, le realizamos las siguientes preguntas sugestivas con tono afirmativo (Estaba oscuro; no había ventanas en el lugar del hecho; la iluminación era mala; solo había un farol distante a unos 20 metros, el agresor la atacó por la espalda), con un intervalo de tiempo entre una y otra, dejando un silencio prolongado al final, la testigo se esforzará en explicarnos que igual lo pudo reconocer porque luego giró y tuvo a su agresor muy cerca de su rostro, o cualquier otra afirmación similar que fortalezca su versión de los hechos. Así, como el contraexamen no debe contar con preguntas abiertas que nos quiten control, también debemos tener presente que los silencios hacen las veces de preguntas abiertas al estilo “responda lo que Ud. quiera”. El silencio siempre es una invitación a explicar<sup>168</sup>.

El contraexamen debe trabajarse con ritmo y, una vez agotadas las preguntas que versan sobre una línea, rápidamente debemos irnos a otro tema, haciéndole saber al testigo que el punto sobre el que le acabamos de interrogar ya está agotado. Por ello, una vez finalizado el tema, debemos hacérselo saber al testigo con una frase del estilo: “Déjeme que lo llevemos a otro tema. Quiero llamarle la atención ahora sobre el reconocimiento que Ud. efectuó...”. De ese modo, cerramos la posibilidad de que el testigo responda por fuera de nuestra nueva línea de interrogación.

El tercer plano que tenemos que tener presente para mantener el control del testigo es tener preparadas preguntas abiertas que sirvan como “válvulas de escape”<sup>169</sup>. Puede suceder, sobre todo en abogados con menor experiencia en litigación, que no puedan mantener un ritmo intenso, o que tengan alguna dificultad para saltar de un tema a otro, con el riesgo que implica un silencio en un contraexamen. Incluso en abogados experimentados puede suceder que, en un momento dado,

<sup>168</sup> Recuerdo que el programa televisivo “Caiga quien caiga (CQC)”, había un personaje que se ocupaba de realizar entrevistas a famosos y le hacía una sola pregunta, pero luego mantenía silencio, dejándole el micrófono al invitado. En estos casos, cuando el entrevistado terminaba de contestar, frente al silencio del notero, volvía a retomar la palabra. Es un ejemplo más que sirve para graficar la afirmación que acabo de hacer.

<sup>169</sup> Punto que habíamos anticipado en el apartado 3.3 de este libro.

pierdan el eje o la concentración en una línea de interrogación. En ese caso, consideramos que lo aconsejable es tener preparadas preguntas abiertas sobre temas seguros que no estén en contradicción —hechos no controvertidos—, que juegan como verdaderas “válvulas de escape”. Así, en el caso “Justicia Criminal”, a Denisse podrán preguntarle por el tiempo que demandó su atención médica, en qué hospital le realizaron las primeras curaciones y en qué consistieron. La ventaja que tiene contar con válvulas de escape es que, si bien le quita la intensidad al contraexamen, al hacer hablar al testigo, permite por un lado que este no pueda pensar por donde pasará el nuevo ataque o línea de interrogación y, por el otro, le otorga tiempo al abogado para preparar el tema siguiente, ya que la respuesta que está dando el testigo no es relevante.

El cuarto punto a tener en cuenta radica en evitar concurrir al contraexamen con preguntas ya escritas. Contrariamente a lo que nos puede parecer, ir a la audiencia con las preguntas ya anotadas nos quita control del testigo y nos impide tener una real dimensión de qué está ocurriendo en la sala de audiencias<sup>170</sup>. Utilizar preguntas previamente anotadas presenta tres grandes riesgos. En primer lugar, nos hace perder la atención al testigo, al tribunal y al jurado, por lo que no tendremos una clara referencia de cómo se está llevando a cabo el contra y qué podremos argumentar con éxito en el alegato de clausura. Es muy importante que un litigante observe cuál es la actitud del juez o jurado mientras se desarrolla un examen directo y un contraexamen. Si son ellos los que resolverán el caso, es fundamental observar, a través del lenguaje no verbal, si están aprobando o desaprobando interrogatorios más vehementes. En segundo lugar, nos quita la capacidad de improvisar y, por ende, quedamos sujetos a un único modelo posible. Con esto no queremos decir que el contraexamen es un terreno fértil para la improvisación o intuición. Al contrario, simplemente tenemos que estar atentos por si surge algún dato relevante que debamos aprovechar. Nunca un testigo —nuestro o de la contraparte— responderá exactamente todo lo que nosotros creemos. Siempre habrá una variación. Y la confección y lectura de preguntas sugestivas nos quitará la capacidad de improvisar y aprovechar información que puede proporcionarnos el

<sup>170</sup> En igual sentido, Pelayo Vial Campos, *Técnicas y fundamentos del contraexamen*, op. cit., p. 74.

testigo y que puede ser muy relevante para el caso<sup>171</sup>. En tercer lugar, perdemos espontaneidad y persuasión en nuestra tarea. Nada menos convincente que un abogado que, con la vista baja y mirando un anotador, se dedica a leer un interrogatorio. Si queremos perder credibilidad, sin duda, que este es uno de los caminos posibles.

#### 4.3.2. El manejo de la escena

Reconocer que, en algún punto, el juicio es un escenario<sup>172</sup> donde un conflicto se redefine a través de una decisión judicial<sup>173</sup>, implica hacerse cargo de la idea de que el abogado litigante debe tener un adecuado manejo del espacio físico. Para ello, hay técnicas que un buen litigante debe manejar para tener mayor control sobre el testigo al momento de contraexaminarlo. Es importante que el abogado esté atento a todo lo que ocurre en la sala de audiencias y a la reacción del jurado o del tribunal<sup>174</sup>.

<sup>171</sup> Por ejemplo, en el caso “Justicia Criminal”, supóngase que Denisse refiere voluntariamente que estaba un poco mareada al bajar las escaleras. Sin duda que será un buen punto para trazar y profundizar una línea de contraexamen.

<sup>172</sup> Explica Tedesco que el diseño arquitectónico de la sala de audiencias, desde lo espacial, cumple una función importante en el proceso de imposición de un castigo y, a lo largo de la historia, se ha ido transformando según cuáles fueran los principios políticos del sistema penal. Es por ello que “en el diseño estadounidense de la sala de juicio prevalece, por un lado, la posibilidad de que todos los que participan en el juicio puedan tener la mayor visibilidad posible de lo que acontece y, por el otro, la correspondencia entre la ubicación de cada uno de los actores de la representación escénica con las garantías procesales establecidas en la Constitución”. (Tedesco, Ignacio, *El acusado en el ritual judicial*, Del Puerto, Bs. As., 2007, ps. 252 y 258). Así como el sistema inquisitivo se ocupaba de dar publicidad del modelo a través del castigo, como una suerte de “exhibición pública del poderio” (Anitua, Gabriel Ignacio, *Justicia Penal Pública*, Del Puerto, Bs. As., 2003, p. 58), en los sistemas adversariales la publicidad está centrada en el juicio, en la toma de decisiones de conformidad con las garantías constitucionales, como principio político que fortalece la autoridad, y es ese escenario el que el abogado debe aprovechar para ver fortalecido el contradictorio.

<sup>173</sup> Binder, Alberto, *Introducción al Derecho Procesal Penal*, Ad Hoc, Bs. As., 1999, p. 103.

<sup>174</sup> Afirma Steven Goldberg lo siguiente: “Mientras el testigo declara en el examen directo, usted debe observar tanto al testigo como a los jurados. Es necesario apreciar de qué modo se ofreció el testimonio, y como los jurados reaccionaron frente al testigo. Si uno no observa lo que está sucediendo, no puede saber qué clase de relación existe entre el testigo y los jurados al término del interrogatorio directo” (*Mi primer juicio oral*, op. cit., p. 201). En palabras de Batista Ortiz, es preciso mientras se desarrolla el examen directo ver al jurado a través de su *body language*, para saber si están o no alertas. Así, si vemos que están poco atentos, es preciso comenzar el contrainterrogatorio con algún punto fuerte o llamando de algún modo su atención (*El abogado defensor...*, op. cit., p. 573).

Mientras en el examen directo el manejo de la escena exige al abogado ubicarse lo más alejado posible al testigo (él tiene que cobrar protagonismo y debe el jurado o tribunal observarlo, sin que la imagen del abogado interfiera y le quite espacio, ya que queremos que, al momento de resolver el caso, el tribunal recuerde al testigo y no al abogado), en el contraexamen ocurre a la inversa. El abogado, siempre que las reglas de litigación lo permitan, debe acercarse al testigo<sup>175</sup> y realizar su interrogatorio de pie, manteniendo contacto visual con aquel. Es cierto que en varias regiones de Latinoamérica, la práctica es que los abogados intervengan sentados en su escritorio (tal es el caso de Argentina, sobre todo, en el plano federal). No advierten la implicancia que tiene en el caso el lenguaje no verbal que nos proporciona el manejo del escenario —la sala de audiencias—. Sin embargo, no hay normas que impidan que el abogado ejerza su rol de pie. Para ello deberá pedir autorización al tribunal, como así también permiso para acercarse al testigo.

El interrogatorio efectuado de pie, cerca del testigo y sin quitarle la vista, fortalece la concentración en la tarea, y deja una imagen al testigo de que el abogado tiene pleno manejo del caso. Por otro lado, es muy frecuente que la tensión de la actividad nos genere movimiento como una forma de liberar energía<sup>176</sup>. Debe evitar ello, por cuanto puede generar que el tribunal pierda la atención en el testigo y se concentre sobre usted. Mantenerse en el lugar suele ser más efectivo como técnica de control de la situación.

<sup>175</sup> Steven Goldberg trabaja la relación entre el espacio físico y la actitud del testigo frente a aquél. Afirma el citado autor que el espacio físico sugiere una explicación del testigo, mientras que la falta de aquél desalienta la explicación en la respuesta. Así concluye que “si el espacio físico está clausurado, el espacio psicológico favorable a la explicación se ve igualmente clausurado, por lo menos, en la mente del testigo” (*Mi primer juicio oral, op. cit.*, p. 192).

<sup>176</sup> Diana González Obregón afirma que es muy usual que los litigantes muevan la cabeza asintiendo frente a cada respuesta esperada, lo que genera una imagen negativa y de preparación del testigo que debe evitarse (*Manual práctico del juicio oral, op. cit.*, p. 311). También es frecuente que el abogado afirme cada respuesta del testigo con frases cortas tipo muletilla (por ejemplo, es muy común escuchar un “bien”, al final de las respuestas). Debe evitarlo. Al poco tiempo, termina por ser molesto y distractivo para los jueces, los que, después de largas horas de audiencia, buscarán cualquier excusa para irse mentalmente de la sala.

#### 4.3.3. El uso de preguntas repetitivas frente a la falta de respuesta

Aun tomando todos estos recaudos, esto es, con preguntas sugestivas secuenciales, simples, con ritmo, sin dejar espacios temporales entre una y otra, con un adecuado manejo de la escena, puede ocurrir que el testigo esté empeñado en hacernos pasar un mal día al no contestar nuestras preguntas. Esta situación nos coloca, cuanto menos, en una posición incómoda que puede debilitar nuestra tarea, siempre que no tengamos un antídoto para ello. Frente a una pregunta concreta: “el lugar estaba oscuro, ¿no es verdad?”, el testigo pudiera responder evasivamente, al estilo, “igual, pude identificar a mi agresor. Estoy seguro que fue él”.

Este tipo de respuestas nos coloca en un lugar difícil. El testigo sabe cuál es nuestra línea de contraexamen (iluminación del lugar) y cuál es nuestro objetivo final (las condiciones en que el reconocimiento fue efectuado dejan un margen de duda sobre su efectividad). Está claro que el litigante debe intervenir y no se puede quedar callado con este tipo de respuestas evasivas, ya que no se le ha preguntado al testigo si está seguro del reconocimiento efectuado, sino sobre si el lugar estaba o no oscuro. No nos parece aconsejable comenzar a discutir con el testigo<sup>177</sup>. Mucho menos dar por concluido el contraexamen. Tampoco pedir al tribunal que, frente al primer problema, le haga saber al testigo que debe responder exclusivamente lo que se le pregunta. Este tipo de solicitud temprana de auxilio tiene varios inconvenientes. En primer lugar, no estamos seguros de cuál es la postura del tribunal frente a las preguntas sugestivas, por lo que corremos el serio riesgo de que aquel no haga lugar al auxilio requerido (por ejemplo, le parece adecuada la respuesta y está de acuerdo con que profundice), fortaleciendo la postura negativa del testigo<sup>178</sup>. Si ello ocurre, el testigo habrá ganado la primer batalla y ese contraexamen se hará cada vez más cuesta arriba. En segundo lugar, aun si el tribunal le hace saber al testigo que tiene que responder lo que se le pregunta, podemos también dejar una imagen negativa en el jurado o tribunal respecto de que nuestro caso está

<sup>177</sup> Esta variable ya la habíamos descartado en el primer capítulo de la obra.

<sup>178</sup> Debemos tener también presente que, como explica Lubet, a muchos jueces no les gusta interceder en el contraexamen y consideran que los abogados tienen herramientas para lograr que el testigo responda a sus preguntas. Al respecto ver, Lubet, Steven, *Modern Trial Advocacy, op. cit.*, p. 142.



"atado con alambre", en el sentido de que **no** queremos que responda abiertamente **porque** nuestro caso es un poco débil. Por último, el tribunal nos agradecerá que no le estemos solicitando su intervención a cada rato. Si al comienzo, en la primer pregunta ya requerimos de su auxilio, lo que **estamos** exhibiendo es la falta de recursos de litigación antes que la necesidad real de apoyo jurisdiccional.

Una primera recomendación para mantener el control del testigo, sobre todo en casos en que sospechamos que este tendrá intención de responder nuestras preguntas en forma evasiva (ya sea por el carácter, o porque se trata de un testigo con experiencia en prestar declaraciones, como un oficial de policía o investigador, muy hostil a nuestro caso), es la siguiente: ni bien comenzamos el contrainterrogatorio, le hacemos saber al testigo en qué consiste este y qué esperamos de él. Puede que lo sepa y que el abogado que lo citó se lo haya explicado. Sin embargo, no se trata de cumplir con un rol meramente pedagógico, sino de ponerlo sobre aviso y dejarlo en evidencia ante el tribunal, si es que luego no cumple con la consigna. Por ello, y para evitar también el riesgo de que el tribunal nos pueda decir que es su tarea hacer saber al testigo sobre sus derechos, nuestro consejo es comenzar el contraexamen del siguiente modo:

P. Buenos días Sr. González. Voy a examinarlo sobre algunos puntos bien concretos. Con la venia del Tribunal, le pido que sea preciso y que responda por sí o por no a las preguntas que le haré a continuación. Quiero que nos concentremos en la iluminación del lugar al momento del hecho. Estaba oscuro, ¿no es verdad?

Como vemos a través de esta primera intervención, si el testigo no responde a la pregunta que le acabamos de realizar, queda en evidencia que está adoptando una conducta hostil, de modo que si necesitamos luego pedir auxilio al tribunal, estaremos en una mejor posición<sup>179</sup>.

<sup>179</sup> En sentido contrario a lo aquí sostenido, afirma Paul Bergman que los abogados no tienen la facultad de hacerle saber al testigo sobre cómo deben contestar y que, por ende, podría ser objetado ese comentario por la contraparte. El citado autor sugiere trabajar esta idea de un modo más amable y gentil, realizando la siguiente pregunta al testigo: "Si estuviese en condiciones de contestar por sí o por no a las preguntas que le formule, Ud. ¿adoptaría ese criterio?" (*La defensa en juicio*, op. cit., p. 170). Entendemos que la decisión entre un modelo más o menos agresivo de-

Si aun así, el testigo mantiene respuestas evasivas ("igual lo pude reconocer al agresor y estoy cien por ciento seguro de que quien se sienta a su lado fue quien me agredió"), debe continuar con su línea de contraexamen y hacerse cargo de que el testigo no está respondiendo a lo que Ud. preguntó. Si se lo deja pasar, el testigo recibirá un mensaje de que puede responder lo que quiera y cada vez le será más difícil obtener las proposiciones fácticas buscadas. Por ello, la segunda recomendación que hacemos es la técnica de repetir la pregunta realizada. Así, frente a la respuesta dada, sugerimos que el litigante intervenga del siguiente modo:

P. Sr. González, Ud. no está contestado lo que le pregunté, y le hice saber que debía responder a mis preguntas. Le vuelvo a realizar la pregunta. El lugar, al momento de sufrir la agresión, estaba oscuro ¿no es verdad?

Si, aun así, el testigo sigue siendo reticente a contestar lo que se le pregunta, el tercer paso es volver a realizar la pregunta en forma más pausada, dejando entrever que el testigo está siendo hostil. Así, en esta oportunidad, el abogado debe realizar la misma pregunta de manera pausada:

P. Eso no es lo que le pregunté. Ud. no está respondiendo a mis preguntas. Le vuelvo a reiterar. "EL LUGAR ESTABA OSCURO. ¿No es verdad?"

Como vemos, cada paso que vamos dando, aun sin obtener la respuesta esperada, estamos ganando en credibilidad en nuestra teoría del caso, ya que el testigo está dejando una mala imagen y de mucha parcialidad. El jurado o el tribunal ya debe estar haciéndose la siguiente pregunta "¿Por qué el testigo no quiere responder lo que se le pregunta? ¿Qué es lo que quiere ocultar?"

pendará de varios factores, entre los que tenemos que considerar la clase de testigo, la posibilidad de que éste no conteste a nuestras preguntas, quién es nuestro adversario en el juicio, quién es el Juez que preside la audiencia y cuál es su visión sobre el caso y, por último, con qué formato el abogado se siente más cómodo. Tal como afirma Fontanet Maldonado, uno de los principales mandamientos de un litigante es conocer quién es el Juzgador (*Principios y técnicas de la práctica forense*, op. cit., p. 51). Con un mayor desarrollo sobre la materia, Elpidio Batista Ortiz realiza una clasificación y descripción de las diferentes clases de magistrado y lo esperable de sus decisiones (*El abogado defensor puertorriqueño*, op. cit., p. 38 y siguientes).



El paso siguiente, frente a la respuesta evasiva, es realizar la pregunta en forma inversa, esto es, por la negativa<sup>180</sup>. Así, la pregunta sugerida será la siguiente.

P. Déjeme ser más claro aun. Era de noche, no es verdad. ¿Y el lugar estaba claro y luminoso?

R. No.

P. Entonces es correcto afirmar que el lugar estaba oscuro. ¿No es verdad?

También puede ocurrir que el testigo no solo evada la pregunta, sino que aproveche para comenzar a dar una respuesta muy larga, a través de la cual pretende reiterar los conceptos que acaba de dar en el examen directo. De ese modo, el testigo termina por transformar su intervención en un segundo examen directo, declarando sobre planos donde se siente más cómodo. En este caso, interrumpir al testigo, no suele ser la mejor alternativa posible por los argumentos antes dados: no es bueno que el abogado termine por cumplir un rol de silenciador. Lo aconsejable es utilizar previamente otras técnicas de control. En primer lugar, puede utilizar el lenguaje no verbal<sup>181</sup>. A veces levantar un brazo, como una suerte de pedido de palabra, suele ser un mensaje claro para que el testigo se calle. También se puede optar por mirar hacia otro lado, demostrando al tribunal que el testigo está siendo hostil a nuestra intervención y no está respondiendo a nuestra pregunta. Si estos mecanismos no terminan por ser útiles, ya sea porque el testigo continúa hablando, o porque la respuesta que pretende dar es demasiado larga, el litigante no debe perder la paciencia y ser respetuoso. Sepa que si discute con el testigo, el que estará perdiendo es el abogado, ya que con la discusión no logra introducir ninguna proposición fáctica. Así, lo aconsejable será una intervención respetuosa al interrumpir al testigo, con el siguiente formato.

P. Sr. González, permítame que la interrumpa. No quiero hacerlo perder tiempo a Ud. ni al Tribunal en temas que ya fueron con-

<sup>180</sup> En igual sentido, Pelayo Vial Campos, *Técnicas y fundamentos del contraexamen*, op. cit., p. 134.

<sup>181</sup> Es muy importante la utilización de lenguaje no verbal en la sala de audiencias. No hace falta gritar ni enfadarse con el testigo para exhibirle al Tribunal lo que Ud. piensa de ese testigo. Basta con el manejo del cuerpo, de la vista, de la actitud postural son buenas herramientas para hacerle saber al Tribunal que el testigo no está cumpliendo con su obligación al no responder a las preguntas.

testados y que no he preguntado. Mi pregunta es bien concreta, le pido que se focalice en ella y preste atención, para no perder tiempo. Mi pregunta no fue sobre si Ud. está o no seguro del conocimiento. Mi pregunta es si el lugar estaba oscuro. ¿Es así?

Recién si todos estos intentos fracasan, resulta aconsejable pedir al tribunal que le haga saber al testigo que debe responder a las preguntas concretas que le hace cada parte<sup>182</sup>, y que, si ello no es así, se estará afectando el contradictorio, como garantía de la defensa en juicio. A esta altura, difícilmente el Tribunal estará del lado del testigo y la imagen de éste habrá perdido consistencia, razón por la cual en nuestra tarea de contraexaminar a un testigo que se presentaba como "difícil", habremos ganado la primer batalla –credibilidad–, aun sin obtener respuestas favorables. Habremos incorporado tácitamente otras proposiciones fácticas tales como: "el testigo no responde" o "el testigo evade las respuestas" de lo que se puede inferir que está ocultando algo o que no está siendo veraz en todo su relato.

#### 4.3.4. La pérdida de control (los NO del contraexamen)

Es importante remarcar que hay preguntas que un litigante debe evitar ya que, con su formulación, perderá el control del interrogatorio<sup>183</sup>.

Así, no deben realizarse preguntas argumentativas. Si uno interroga al testigo pidiéndole que argumente sobre algún punto, estamos dándole la posibilidad de que pueda explayarse y dar una explicación a cada una de sus afirmaciones. El rol argumentativo no debe ser del testigo. El momento de argumentar es exclusivo de las partes y solo les está permitido hacerlo al momento de la clausura del juicio. Así, una pregunta del estilo: "¿nos puede explicar cómo es que observó los

<sup>182</sup> Tal como afirma Paul Bergman, si bien algunos jueces permiten que el abogado instruya al testigo en relación con su obligación de responder a las preguntas que se le formulan, resulta aconsejable que sea el tribunal el que realice esta actividad, a menos que ya nos haya autorizado a proceder así (*La defensa en juicio*, op. cit., p. 176).

<sup>183</sup> Al decir de Lubet, las preguntas que nos hacen perder el control del testigo son: preguntas abiertas o no sugestivas, preguntas sobre el "por qué" o que permiten una explicación del testigo, preguntas de "pesca", preguntas largas, preguntas que dejan un amplio espacio para que el testigo pueda responder, preguntas utilizando calificaciones y preguntas por conclusiones (Lubet, Steven, *Modern Trial Advocacy*, op. cit., p. 116 y siguientes).

hechos, estando a una distancia de X metros?”. Ese tipo de preguntas tiene la respuesta que un litigante no desea obtener. Nunca una pregunta debe comenzar con un “por qué”. Se pierde el control y se permite al testigo que pueda explicar sus dichos.

Tampoco debemos realizar una pregunta del estilo intimidante. Como afirma Lubet, el rol del abogado no es el de confrontar con el testigo, de insistir con las respuestas que esperábamos, de gritarle o tratarlo de modo intimidante<sup>184</sup>. Ese tipo de comportamiento exhibe la falta de recursos del abogado y le hará perder su credibilidad en la corte.

No se deben efectuar preguntas que contengan adjetivaciones. Así, las preguntas que incluyen adjetivos tales como “cerca”, “rápido”, “fuerte”, etc., no deben ser formuladas por ser pasibles de objeción por vaguedad. Así, podrían ser objetables preguntas tales como: “y Ud. estaba cerca, no es verdad?”, “es cierto que corría rápido” o “mientras Ud. lo golpeaba fuertemente”. Con esas preguntas no solo corremos el riesgo de que la contraparte pueda frenar el interrogatorio a través del uso de las objeciones, por tratarse de opiniones o conclusiones del testigo, sino que tienen dos riesgos adicionales<sup>185</sup>. Por un lado, generamos información de baja calidad. Aun, cuando no sean objetadas, si la línea del contrainterrogatorio finalizara allí, el tribunal no tendría claridad sobre el significado de lo dicho por el testigo. Por el otro, permitimos que aquel nos domine la escena por cuanto podrá no contestar argumentando no entender la pregunta, o ampliar para donde él quiera.

Debemos evitar preguntas excesivamente largas. Las preguntas que, anotadas, nos llevarían más de un renglón debieran ser revisadas. Es posible que en su formulación contengan más de un hecho (preguntas compuestas pasibles de objeción), que no sean claras (preguntas capciosas también pasibles de objeción) o que no sean lo suficientemente sugestivas para mantener el control del testigo. Debemos reducirla en cuantas partes podamos.

Por último, tampoco debemos realizar preguntas que asuman hechos que el testigo no ha afirmado aun. Así, no podremos realizar preguntas

<sup>184</sup> Lubet, Steven, *Modern Trial advocacy*, op. cit., p. 88.

<sup>185</sup> Al decir de Batista Ortiz, las preguntas con adjetivos proveen una puerta de escape al testigo. Batista Ortiz, Elpidio, *El abogado defensor puertorriqueño*, op. cit., p. 576.

que partan de preconceptos aun no afirmados. Por ejemplo, si preguntamos del siguiente modo: “Sr. X, luego de que ud. saliera de la oficina, se encontró con fulano”. Si aun no hemos acreditado que X estuviera en la oficina, la pregunta puede ser objetada por capciosa.