

de la Magistratura de la CABA–, por el apoyo incondicional para realizar este tipo de trabajos de investigación. Asimismo, a Jaime Arellano –Director del Centro de Estudios de Justicia de las Américas– quien confió en mí para la realización de este tipo de estudio.

Por último, quiero agradecer a los integrantes del Poder Judicial del Estado de Nuevo León, México, con quienes vengo trabajando fuertemente para la consolidación del modelo adversarial, donde se observan grandes avances y que, seguramente, será un Estado referente para la reforma en México y en toda la región. Sin duda, muchos de los aportes de esta obra están basados en ideas que se fueron consolidando en los cursos allí dictados. En especial a Gustavo Guerrero Gutiérrez, Presidente del Consejo de la Judicatura, y a Jesús Demetrio Cadena Montoya, Director del Instituto de la Judicatura, ambos del Poder Judicial del Estado de Nuevo León, quienes han confiado en nuestra institución –INECIP– para cooperar en esa tarea.

1. Introducción

Los casos se ganan o se pierden, por regla general, en el examen directo de nuestros testigos². Es por eso que en el sistema anglosajón –con una vasta experiencia en la planificación estratégica del litigio– se suele referir al examen directo como el corazón del caso³, como la principal oportunidad para narrar y acreditar una historia. La razón de ello obedece, básicamente, a que las proposiciones fácticas más relevantes –hechos– tendemos a acreditarlas a través de nuestros testigos con sus respectivos exámenes directos. Para eso tenemos que presentar un relato que resulte confiable, creíble y que aborde y profundice los temas centrales del caso. No se trata que los testigos brinden un relato social del hecho, tal como lo vivenciaron a través de sus sentidos, sensaciones y sentimientos⁴. Como lo afirman Baytelman y Duce, el examen directo “no consiste en guiar al testigo para que diga todo lo que sabe, sino, más bien, para que diga todo lo que sirve y, desde el punto de vista del litigante, esto es todo aquello que fortalece su teoría del caso o debilita la de la contraparte”⁵.

² Lubet, Steven, *Modern Trial Advocacy. Analysis and Practice*, NITA, Second edition, Indiana, 1997, p. 45. La traducción de las obras en inglés me pertenece.

³ *Ibídem*. En igual sentido, Thomas Mauet, quien afirma que la mayoría de los casos se ganan en los puntos fuertes de nuestro caso; no en las debilidades de su oponente (Mauet, Thomas, *Trial Techniques*, seventh edition, Advisors, New York, 2007, p. 97).

⁴ Nos referimos a lo que cada persona pudiera declarar respecto de un hecho ilícito que presencié o sufrí. No necesariamente ese relato se focalizará en los hechos que el litigante necesita obtener para ganar el caso.

⁵ Baytelman, Andrés y Duce, Mauricio, *Litigación penal, juicio oral y prueba*, Ediciones Universidad Diego Portales, Santiago de Chile, 2004.

Para poder contar una historia persuasiva a través del relato de nuestros testigos, es preciso que los testimonios se orienten hacia los puntos medulares y centrales del caso, donde se presentan hechos controvertidos. Identificar estos nudos es la primer actividad que debe realizar un abogado litigante, para lo cual, debe valerse de la teoría del caso como herramienta metodológica de trabajo. De poco serviría pretender realizar un interrogatorio eficaz sobre nuestros testigos si no hemos abordado previamente, a través de alguna guía analítica que nos permita obtener una visión global del caso, la distinción de los hechos controvertidos de los incontrovertibles –esto es, aquéllos que por más que quisiésemos que no estén, son parte del caso y nuestra historia tiene que asumirlos–; los hechos principales de los secundarios; y los hechos relevantes de los que no lo son. Para ese fin, la teoría del caso es, ante todo, nuestra explicación sobre lo ocurrido, la que nunca podrá ser abandonada en el juicio, ni en los interrogatorios directos realizados sobre nuestros testigos, ni durante el contraexamen de los testigos de la parte contraria. Pero en rigor de verdad, la teoría del caso es mucho más que la determinación de los hechos. Se comporta como “el conjunto de actividades estratégicas que debe desarrollar un litigante frente a un caso, que le permitirán determinar la versión de hechos que sostendrá ante el tribunal, y la manera más eficiente y eficaz de presentar persuasivamente las argumentaciones y evidencias que la acreditan en un juicio oral”⁶.

La preparación del juicio oral comienza mucho tiempo antes que dé inicio la audiencia de debate. En la selección que hacemos de nuestras evidencias durante la investigación penal preparatoria, y que se discute su admisión en la audiencia preparatoria de juicio oral –también conocida como etapa intermedia–, se define mucho de lo que irá a ocurrir en la audiencia de debate⁷. No solo se trata de identificar qué pruebas

⁶ Moreno Holman, Leonardo, *Teoría del caso*, Ediciones Didot, Buenos Aires, 2012, p. 28.

⁷ A pesar de la enorme importancia que tiene el tratamiento de la admisión de prueba en la audiencia preparatoria de juicio, y su indudable implicancia en el resultado del juicio oral, la litigación sobre estos ejes es aun francamente pobre. El principio de amplitud probatoria, propio de la tradición racionalista de la prueba (*free proof*), sumado a la falsa creencia de que cuanto mayor cantidad de elementos de prueba ingresen a conformar el *corpus* probatorio, mayores serán las expectativas de arribar a la verdad, terminan por provocar que no haya un debido control de la calidad de información que ingresa como prueba al debate. En la región no se advierte aún que el modelo adversarial debe partir necesariamente de interpretar al derecho probatorio como una suerte de límite o regla de exclusión que opera en la etapa intermedia y que evita, precisamente,

pretendemos presentar en el juicio oral, sino también cuáles hechos son los que queremos acreditar con aquéllas, realizando un juicio lógico sobre nuestras expectativas de éxito en el caso. Reconocer los hechos controvertidos, planificar el desarrollo y ejecución de las pruebas tendientes a acreditarlos y proyectar nuestras chances de éxito en el caso, son algunos de los principales desafíos de la litigación oral.

Es cierto que un caso –tal como muestras las películas–, se puede ganar también con un buen contraexamen, debilitando la credibilidad del testigo o del testimonio, por ejemplo, ya sea por las condiciones de iluminación del lugar donde se percibieron los hechos, o generando un cuadro de dudas sobre la credibilidad o falibilidad del testimonio⁸. Sin embargo, en la gran mayoría de los casos, son precisamente los exámenes directos los que inclinan la balanza para uno u otro lado y, por ende, requieren de una preparación y planificación responsable por parte del litigante.

Ahora la pregunta es, de qué modo podemos planificar adecuadamente un examen directo. O, dicho de otra manera, cómo presentar una narración persuasiva de un testigo a través de un examen directo, si en nuestra formación académica, en líneas generales, no se ha profundizado en una visión práctica y estratégica de la litigación y de la abogacía⁹. Sabemos que cuanto más precisos, claros y circunstanciados presentemos los hechos, más persuasivos y eficaces seremos, y mayores

el ingreso de información de baja calidad. Al respecto ver, Ferrer Beltrán, Jordi, “La prueba es libertad, pero no tanto: una teoría de la prueba casi benthamiana”, en AA.VV., *Formación y valoración de la prueba en el proceso penal*, Abeledo Perrot, Santiago de Chile, 2010, p. 4.

Como bien señala Taruffo, el principio de libertad probatoria tiene límites que están desarrollados bajo el concepto de “*law of evidence*”. Así, “existen algunas zonas en las que operan, en cambio, reglas jurídicas que de distintas formas –principalmente introduciendo limitaciones– se superponen y sustituyen a aquellos criterios, en función de exigencias o valores incorporados al ordenamiento jurídico y que se considera que deben prevalecer sobre el principio de libertad de la prueba” (Taruffo, Michele, *La prueba de los hechos*, 4ª edición, Trotta, Madrid, 2011, ps. 359 y ss).

⁸ Para ello, precisamente, está el contraexamen. Al respecto, ver, Rua, Gonzalo, *Contraexamen de testigos*, Ediciones Didot, Buenos Aires, 2014.

⁹ Cómo se explica sino que, a pesar de su importancia, haya tan poca literatura sobre este punto. El sistema inquisitivo de justicia y la visión tradicional de que tanto las partes como el Juez deben procurar arribar a la verdad, han tallado fuertemente la forma de producir prueba en el proceso penal. Y la prueba testimonial no ha sido la excepción. Tal como apunta Binder, “de lo que se trata es de lograr pasar de un modelo de administración de justicia basada en el trámite, en la petición (que es el modelo de las peticiones administrativas), a una administración de justicia basada en el litigio” (Binder, Alberto, *La implementación de la nueva justicia penal adversarial*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2012, p.

serán nuestras chances de obtener un resultado satisfactorio en el juicio. Básicamente porque estaremos brindando la posibilidad al jurado o al juez de revivir los hechos según nuestra perspectiva¹⁰, aquélla que constituye nuestra teoría del caso, nuestra explicación sobre lo ocurrido, y que será expuesta en el alegato de apertura.

Para cumplir adecuadamente esa función, como dijimos, se requiere algo más que sentar a un testigo en una sala de audiencias y dejar que cuente “todo lo que sabe”, tal como lo regulan los sistemas mixtos e inquisitivos. Ese no parece ser un ejercicio muy profesional de la abogacía, sino más bien implica dejar librado al azar, a la actitud y aptitud de un tercero —en este caso, el testigo— para narrar determinados hechos. Al contrario, como veremos en esta obra, se requiere de un entrenamiento adecuado sobre determinadas áreas y destrezas, hasta hace pocos años casi inexploradas por estas tierras. Identificación de los hechos relevantes, preparación del testigo y del testimonio, acreditación adecuada de aquél, detalles precisos del relato en los hechos controvertidos y control de la prueba, son algunos de los ejes centrales donde debe profundizarse el estudio de la abogacía.

Si las partes pretenden presentar una historia creíble y persuasiva a través de su prueba, es fundamental que tengan cabal conocimiento de quiénes son sus testigos, qué vieron y qué escucharon. No deben limitar su tarea a revisar el legajo de pruebas, sino que deben profundizar la investigación. Nunca un testigo dice todo lo que sabe en una declaración previa. Y no queremos que la parte que no relató nos sorprenda en la audiencia de juicio. Al tener en cuenta ello, no hay duda que los abogados deben conocer a sus testigos¹¹ para preparar una narración persuasiva de los hechos que pretenden dar por ciertos.

Sin embargo, a pesar de los más de veinte años de esta nueva oleada de reformas en la región, que comenzó con la vigencia del Código Procesal Penal acusatorio en Guatemala en el año 1994¹², en líneas

180). Para ello, es necesario aferrarnos a la idea de que el proceso penal en un sistema adversarial es un proceso de partes, donde corresponde a éstas y no al Juez, probar los hechos del caso.

¹⁰ Mauet, Thomas, *Trial Techniques...*, op. cit., p. 97.

¹¹ Conf. Chaia, Rubén, *La prueba en el proceso penal*, Hammurabi, Buenos Aires, 2010, p. 528.

¹² Sobre la evolución de la reforma procesal penal en América Latina, se puede consultar el trabajo de Langer, Máximo, “Revolución en el proceso penal latinoamericano: difusión de ideas le-

generales, cuesta aún observar en la práctica una adecuada planificación de un examen directo. No ha sido sencillo torcer el bagaje cultural proveniente del modelo anterior.

La falta de un plano normativo adecuado que realice una diferenciación entre la forma de examinar y contraexaminar a un testigo, las facultades probatorias de los Jueces, la potestad de incorporar muchas declaraciones por escrito bajo un sinnúmero de supuestos regulados, la “mala prensa” que aún tienen las entrevistas de los abogados con los testigos y la escasa preparación de los litigantes han sido suficiente antídoto para lograr cambios profundos en las prácticas, al inicio de este proceso de reforma. Estas circunstancias terminaron por generar un terreno pantanoso para la tarea que debe realizar un abogado litigante en las salas de audiencias.

En el presente libro trabajaremos desde un punto de vista teórico-práctico sobre los casos “Carmen” y “Donda”, que se encuentran en el anexo de casos al final de esta obra, por lo que sugerimos su lectura previa.

1.1. La credibilidad del testimonio

En los últimos veinte años se ha intensificado el estudio sobre la incidencia de la prueba testimonial en las sentencias y la dificultad de determinar, a través de parámetros objetivos, la veracidad de lo narrado por los testigos, que necesariamente impregnan de subjetivismo sus relatos¹³. ¿Son creíbles los testimonios? ¿Es previsible determinar si un testigo miente? ¿Qué parámetros tenemos en cuenta para apreciar la veracidad de un testimonio? Estos interrogantes plantean una necesidad mayor en la preparación de la prueba testimonial e ilustran sobre la importancia de mantener bajo control la forma en que ingresa la información al juicio. Ya no es suficiente la sola afirmación de un testigo para tener por acreditados los hechos, sino que también es preciso dar buenas razones para sostener y argumentar su credibilidad. Sobre este punto ya nos alertaba hace más de cien años Framarino dei Malatesta quien

gales desde la periferia”, *Revista de Derecho Procesal Penal. El proceso penal adversarial*, Tomo II, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2009.

¹³ Si bien es cierto que la llamada “psicología del testimonio” ha sido una preocupación desde hace varios siglos atrás, en los últimos años ha habido una fuerte evolución y preocupación para determinar criterios razonables y objetivos de credibilidad del testimonio. Sobre la evolución en la materia, ver Nieva Ferroll, Jordi, *La valoración de la prueba*, Marcial Pons, Madrid, 2010, p. 214.

refería que el testimonio tiene tanto valor probatorio como exactitud la percepción de los hechos aseverados, y si no se sabe cómo se llevó a cabo la percepción, no se puede tener fe en su exactitud¹⁴. No se trata de dejar que el testigo relate los hechos a su libre albedrío, sino antes bien, precisar y dar sustento a sus dichos, a través de hechos secundarios, que le den mayor veracidad. Entendemos por hechos secundarios aquéllos que no están destinados a acreditar directamente alguno de los hechos contenidos en la acusación o en la teoría del caso de la defensa, sino que tienden a brindar credibilidad o sustento a las afirmaciones aportadas por el testigo sobre el hecho principal¹⁵. La acreditación de los hechos secundarios, en casos donde abunda prueba indiciaria, resultan vitales para el éxito de nuestra empresa.

Como dijimos, en el proceso penal actual ya no es suficiente con el relato de un testigo que refiere haber observado al imputado en la escena del hecho, sino que corresponde al litigante también proporcionar buenas razones para dar mayor credibilidad del testimonio. A modo de ejemplo, ¿es creíble lo que afirma? ¿Hay razones para sostener que el testigo tendría interés en el caso que lo lleva a mentir? ¿Cómo era la iluminación del lugar al momento en que el testigo habría observado al imputado? ¿Pudo equivocarse? ¿Hay margen de error que supera la duda razonable? ¿Y a qué distancia se encontraba de la persona que dice haber observado? ¿Y cómo era la visión del testigo al momento en que ocurrieron los hechos? Éstas y otras preguntas similares debe formularse un litigante para comenzar a diagramar el interrogatorio, de modo tal que, a través de estos hechos secundarios, le proporcione mayor credibilidad a su testigo.

Como bien señala Perfecto Andrés Ibáñez tanto en el modelo de pruebas legales –prueba tasada– como en el de libre convicción, si bien opuestos, se parte en ambos desde una simplificación en el análisis de la prueba

¹⁴ Framarino Del Malatesta, Nicola, *Lógica de las pruebas en materia criminal*, 3ª edición, Unione Tipografico Editrice, Torino, 1912, (trad. por Simón Carrejo), Temis, Bogotá, 1997, p. 105.

¹⁵ Al decir de Taruffo, los hechos secundarios o simples se distinguen de los hechos principales en la medida en que no reciben calificación jurídica alguna. Afirma el autor que “estos hechos adquieren significado en el proceso solo si de ellos se puede extraer algún argumento acerca de la verdad o falsedad de un enunciado sobre un hecho principal” (Taruffo, Michele, *op. cit.*, p. 120). Como ejemplos de hechos secundarios de un reconocimiento podríamos mencionar la iluminación del lugar, el tiempo que duró el hecho, el estado de nervios de la víctima, etcétera.

testimonial carente de racionalidad. En términos de Ibáñez, en ambos modelos se parte “acríticamente de una simplificación”¹⁶. Mientras que en el primer modelo –propio del sistema inquisitivo– se partió de la supuesta racionalidad de que bajo determinadas reglas la prueba era concluyente (por ejemplo, la existencia de dos testigos), en el modelo de libres convicciones se ha tendido también a simplificar el proceso de determinación de los hechos, centrando el análisis de la credibilidad de la prueba testimonial en aspectos poco claros como ser la seriedad del testigo, la tranquilidad, la forma en cómo relata los hechos o los detalles arrimados en el testimonio¹⁷. Bajo la misma lógica, el profesor cubano Danilo Rivero García apunta que a la falibilidad del testimonio se une la pobreza de los conocimientos indispensables por parte de los juristas, para con un mínimo de rigor científico, someter a crítica el testimonio escuchado (conocimiento de la psicología judicial, por ejemplo), quedando su apreciación de esta manera, sujeta a la más absoluta arbitrariedad¹⁸. Sumado a ello, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sido bien clara al establecer que la revisión de un fallo condenatorio “debe ser un recurso ordinario, accesible y eficaz, que permita un examen o revisión integral del fallo recurrido, esté al alcance de toda persona condenada y respete las garantías procesales mínimas”¹⁹, entre los que deben incluirse, obviamente, los hechos secundarios que dan mayor o menor sustento a lo declarado por los testigos.

¹⁶ Conf. Andrés Ibáñez, Perfecto, *Prueba y convicción judicial en el proceso penal*, Claves del derecho procesal penal, Hammurabi, Buenos Aires, 2009, p. 100.

¹⁷ Al decir del autor español, la prueba testifical “tiene algo de auto contradictorio, porque, mientras atribuye al que la presta una auténtica capacidad de transmitir datos fácticos, incluso hechos al tribunal: elementos por tanto, dotados de supuesta consistencia objetiva; al propio tiempo asocia el valor de verdad de tales informaciones a la apreciación de elementos tan inaprensibles y de tanta relatividad como los de referencia, cuya lectura, siendo función personalísima, no podría dejar de variar según el sujeto que la lleve a cabo”. (Ídem, p. 103). Sobre todo si no se cuenta en juicio oral con un sistema que registre la audiencia en video digital.

¹⁸ Añade el profesor cubano varios ejemplos. Así expresa que podría “darle crédito a un testimonio porque el sujeto declaró con firmeza ante el Tribunal, y restárselo a otro, por hacerlo con dubitación. El primero podía estar acostumbrado a mentir a los Jueces, incluso por haberse preparado para ello. El otro, hombre de campo, quien acude al Tribunal por vez primera, se siente nervioso y teme enfrentarse a ese escenario” (Rivero García, Danilo, *Estudios sobre el proceso penal*, ONBC, La Habana, 2014, p. 129).

¹⁹ Conf. CIDH, fallo “Norin Catriman vs. Chile”, 29-5-2014, par. 270. En igual sentido, “Herrera Ulloa vs. Costa Rica” y “Mohamed vs. Argentina”, del 23-11-2012.

Al inconveniente del modo en que en la práctica judicial se valora y otorga credibilidad al testimonio, basado en aspectos poco centrales y carentes de científicidad, contamos con el problema adicional de cómo se construyen los recuerdos en la memoria, el cual tiene un alto componente de reelaboración y que, bajo determinados aspectos, se vuelve falible y fácilmente maleable²⁰. Se ha estudiado desde la psicología que las huellas de la memoria no son una réplica exacta de la realidad, sino una recreación de ella que va reconstruyendo y reelaborando lo ocurrido con la diversa información que va recibiendo. No podemos reproducir nuestros recuerdos como si se tratara de una video filmación. Cada vez que evocamos uno, integramos los detalles que recordamos a nuestras expectativas de lo que deberíamos recordar²¹.

²⁰ Mazzoni, Giuliana, *¿Se puede creer a un testigo? El testimonio y las trampas de la memoria*, Trotta, Madrid, 2010, p. 24. Señala la autora que el testimonio no solo depende de la memoria del testigo. Hay diversos factores a tener presente tales como la edad del testigo, el nivel de conciencia del individuo, el grado de atención prestado, la cantidad de recursos cognitivos empleados y los esquemas mentales de referencia que entrar en juego al interpretar el significado del episodio, entre otros (Ídem, ps. 20 y ss.).

²¹ Así, lo exponen claramente Chabris, Christopher y Simons, Daniel, en su libro *El gorila invisible y otras maneras en las que nuestra intuición nos engaña*, (trad. Gabriela Ferrari), Siglo veintiuno, Buenos Aires, 2011, p. 72). Allí exponen una serie de experimentos, entre ellos el famoso caso del “gorila invisible”, que puede ser buscado en internet. Allí exhiben el funcionamiento de la memoria y como tiende a procesar información de manera intuitiva, aún cuando la misma pudiera ser falsa. En esta obra, los autores citan una demostración palmaria de este principio que fue realizada por los psicólogos William Brewer y James Treyns. Allí condujeron a unas personas a una oficina de una universidad y se les pidió que esperasen allí durante unos minutos. Treinta minutos más tarde se los condujo a otra oficina y se les pidió que escribieran en una lista todo lo que habían observado. Se trataba de una típica oficina de postgrado, con escritorio, sillas, estantes, etc. Pero la oficina era inusual, ya que no tenía ningún libro. Sin embargo, el 30 % de los encuestados afirmó recordar haber visto libros, lo que da cuenta del tipo de “falsa memoria” (Ídem, ps. 67 y ss.). Del mismo modo, para verificar estas pautas, en un curso destinado a fortalecer las destrezas de los Jueces para la conducción de audiencias y la toma de decisiones, organizado por el Poder Judicial del Estado de Nuevo León, México, luego de dar clases durante un par de horas, solicité a los cursantes (en total eran cerca de veinticinco) que me dijese de qué color era la corbata que llevaba puesta –que instantes antes había procedido a quitármela–, y que me indicaran si estaban seguros o no de ello. Fue llamativo que solo el 25 % de los alumnos pudo responder a la pregunta de manera correcta y con un alto grado de seguridad. Sin embargo, más llamativo aún fue que el 50 % de los cursantes afirmaron que mi corbata era de otro color a la que llevaba puesta, indicando que estaban 100 % seguros de ello. En este caso, la memoria les había jugado una mala pasada, construyendo información por fuera de los recuerdos.

Tal como lo expone el premio nobel de economía y psicólogo Daniel Kahneman, existen dos tipos de procesos mentales para procesar información. El primero opera de manera rápida y automática

Estas dos circunstancias –juicio de credibilidad judicial de la prueba testimonial y falibilidad de la memoria– dan una pauta no solo de la enorme complejidad que implica valorar un testimonio, sino también la dificultad de producir adecuadamente la prueba testimonial, lo que da cuenta de la necesidad de fortalecer un examen directo a través de información –hechos secundarios– que refuerce su credibilidad. Resulta claro que un sistema que no regule un genuino contraexamen con la admisión de preguntas sugestivas que permitan confrontar la información vertida, no parece ser un buen modelo a seguir para la producción de información de alta calidad. De hecho, hay casos que requieren un mayor trabajo para determinar la fiabilidad del testimonio, tales como los casos de identificación de sospechosos y ruedas de reconocimiento, que veremos más adelante en esta obra²².

1.2. La herencia del sistema inquisitivo

Los casi quinientos años de vigencia del sistema inquisitivo cultural y normativamente impuesto en nuestra América Latina, han dejado una profunda huella en la forma de aplicar el derecho que persiste

(sistema uno), mientras que el segundo centra la atención en actividades mentales (sistema dos). Usualmente las personas utilizan el pensamiento rápido e intuitivo para la toma de decisiones cotidianas, ya que si no sería bastante compleja y tediosa la vida. Si preguntamos la hora a otra persona, creemos que nuestro interlocutor nos dice la verdad y tendemos a creerle sin realizar otro tipo de análisis mental. Solo cuando con el pensamiento rápido encontramos alguna dificultad, ingresa el sistema mental más lento para procesar otra información. Cuando realizamos un cálculo mental de cierta complejidad, como una multiplicación de 24 por 17, requerimos de un trabajo mental y esforzado que realice diversos pasos para arribar a una conclusión. Asimismo, existen ilusiones del pensamiento que se denominan “ilusiones cognitivas”, que nos generan un amplio margen de error en la toma de decisiones. Para reducir el margen de error es preciso reconocer cuando el pensamiento rápido (sistema uno) es insuficiente para la toma de decisiones (Kahneman, Daniel, *Pensar rápido, pensar despacio*, Debate, Buenos Aires, 2012, ps. 45 y ss.). Llevándolo al campo jurídico, las afirmaciones que realiza un testigo no siempre son producto de un pensamiento mental complejo (sistema dos), y algunas de las conclusiones a las que arriba pueden tener un margen de error. Es condición del abogado litigante fortalecer la credibilidad de sus afirmaciones (en el examen directo) o desacreditar aquéllas (contraexamen).

²² Como veremos más adelante, la forma en que el personal policial se dirige al testigo dando cuenta que el imputado “debe estar ahí”, los datos que le aporta a la víctima el oficial a cargo de la investigación, entre otras, pueden ser elementos extremadamente peligrosos para recrear y reelaborar la información que posee el testigo y, por consiguiente, su memoria. Sobre ello, conf. Mazzoni, G., Ídem, ps. 22/23; y Andrés Ibáñez, P., Ídem, p. 116.

hasta nuestros días²³. A pesar del extenso movimiento de reforma de la justicia penal latinoamericana operado en las últimas décadas, cuyo objetivo sigue siendo remover la matriz y la tradición inquisitorial del proceso penal²⁴, aún persisten prácticas que se apoyan en dicha tradición. Esa marca indeleble, aunque con menor intensidad, mantiene hoy día su presencia en la práctica judicial y en la forma en que se instrumentan los diferentes medios de prueba, que requieren aún de un largo camino de evolución hacia modelos más adversariales, sobre todo en lo atinente al registro de la información, preparación de la prueba, planificación y valoración de ésta en juicio²⁵. Como remarca Damaska, durante muchos siglos la administración de justicia continental e inglesa han diferido notablemente en este terreno (referido a la prueba), pues uno se apoya en lo que está registrado –en un frío expediente, adjetiviza el autor en otra parte de la obra– en un archivo y el otro, en la comunicación oral²⁶.

²³ Tal como explica Maier, en el año 1567, a través de la Nueva Recopilación, se acordó la vigencia en América hispana como derecho común a las Siete Partidas, que había sido sancionada por Alfonso X, "El sabio", promediando el siglo XIII. Con esta ley, España recibía del derecho romano canónico el modelo inquisitivo en la persecución penal (Maier, Julio, *Derecho Procesal Penal*, Tomo I. *Fundamentos*, 2ª edición, Del Puerto, Buenos Aires, 1996, ps. 300 y 302), el que continuó vigente algunos años después de la independencia de España (Ídem, p. 460). Independientemente de la efectiva vigencia de las Siete Partidas en la región, el modelo cultural impuesto desde la conquista de América fue el inquisitivo, no quedando influencia alguna de la legislación indígena anterior a la conquista (Ídem, p. 328).

²⁴ Afirma Binder que para el cambio de la matriz y la tradición inquisitorial del proceso penal ha sido un hito la transformación del procedimiento penal hacia uno de estructura predominantemente adversarial, lo que comporta un horizonte de proyección con capacidad evolutiva (Binder, Alberto, *Derecho Procesal Penal. Hermenéutica del proceso penal*, Tomo I, Ad-Hoc, 2013, ps. 32 y ss.).

²⁵ Como bien explica Nicora, el "lastre inquisitivo en la cultura jurídica" opera bajo un esquema profundamente arraigado en nuestra sociedad, que está centrado en un modelo autoritario donde el juez tiene un inmenso poder para descubrir la verdad (Nicora, Guillermo, "¿El fin de la adolescencia? Definiendo el rol del Ministerio Público en un proceso acusatorio", *Revista de Derecho Procesal Penal. El Proceso penal adversarial*, Tomo I, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2008, p. 78).

²⁶ Damaska, Mirjan, *Las caras de la justicia y el poder del estado. Análisis comparado del proceso legal*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2010, p. 109. Del mismo modo, Carrara remarca que no es que en el sistema acusatorio no exista una investigación previa. Solo que esa investigación que ocurría en Roma era tan solo preparatoria del juicio criminal, sin que tenga parte alguna en él, a diferencia del modelo inquisitivo en el que la inquisición escrita da soporte al juicio oral (Carrara, Francesco, *Programa de Derecho Criminal*, Temis, Bogotá, 1996, Tomo 2, p. 300).

Y la prueba testimonial no ha sido la excepción; al contrario. Históricamente la prueba testimonial, de algún modo, fue la base del sistema inquisitivo, ya que el testimonio es nuestra mayor fuente de creencia e información y, en dicho modelo, al ser tomado por el inquisidor, valía aún de mayor credibilidad y confianza²⁷. Si bien es cierto que en el proceso inquisitorial la confesión era la reina de las pruebas, no lo es menos que aún bajo ese modelo se valía de una denuncia –aunque más no sea informal– para comenzar la investigación. De modo tal que ese testimonio era el que, usualmente, motorizaba la investigación y las torturas para obtener la confesión, la que tendía a reafirmar lo denunciado.

Ya desde las Partidas se prestaba especial atención a la forma de llevar a cabo ese testimonio para intentar desentrañar la verdad de los hechos, fijando modos de interrogación que tendían a trabajar sobre aspectos o hechos secundarios que pudieran dar mayor credibilidad tanto a los dichos del testigo, como así también a la forma de realizar el interrogatorio durante la práctica de la tortura²⁸. Y la información que allí se volcaba se mantenía secreta, incluso para las partes, ya que lo relevante no era la publicidad, sino antes bien, el mecanismo para arribar a la verdad²⁹.

²⁷ Tal como afirma Páez, la mayoría de los testimonios son aceptados irreflexivamente, sin que medie un proceso de deliberación consciente. Nuestra credibilidad probablemente está apuntalada por mecanismos subconscientes muy estables que sopesan la plausibilidad de las afirmaciones de los demás (Fricker, 1995). De hecho, nuestra confianza en las palabras de los demás son un requisito para la interacción social en general (Páez, Andrés, "Una aproximación pragmática al testimonio como evidencia", en AA.VV., *Estándares de prueba y prueba científica*, Marcial Pons, Madrid, 2013, p. 216).

²⁸ Por ejemplo, en la Partida III, Tit. XVI, Ley 28, se menciona que el Juez debía interrogar sobre el tiempo en que fue hecho aquello sobre que atestiguan, la presencia de otros testigos y demás circunstancias, distinguiendo los testigos de buena fama de aquellos que son viles o sospechosos. Solo a éstos debiera realizarse más preguntas sobre el tiempo y demás circunstancias del caso. Al respecto, ver Nieva Ferroll, J., Ídem, p. 213.

²⁹ Señala Maier las características principales del sistema inquisitivo. "El secreto absoluto de las actuaciones, que comprendía, incluso, el nombre de los denunciantes y de los testigos de cargo, y hasta la misma sentencia, razón por la cual el imputado absuelto seguía preso si no pedía su libertad –y de oficio no se disponía– y acababa su vida en la prisión, porque el secreto comprendía al público que, prácticamente, solo constataba la desaparición de un vecino. La obligatoriedad de la denuncia o de la delación, aún entre parientes próximos, con el fin de adquirir información a todo trance y tornar punible hasta el silencio. El interrogatorio del imputado bajo juramento y tortura, sin que existieran privilegios personales que eximieran de la aplicación de tormento" (Maier, Julio, *Derecho Procesal Penal*, Tomo I, op. cit., p. 302).

Ese formato de testimonio, fuertemente influido por la inquisición, estructurado bajo un modelo escrito y sin posibilidad de controvertir su información, pasó al sistema mixto –o inquisitivo morigerado– bajo los resabios del viejo molde, casi sin variables, aunque con mucho maquillaje para intentar mostrar otro rostro. Así, si bien se le permitió a la defensa conocer las pruebas que había en su contra y producir prueba de descargo en juicio, las declaraciones testimoniales recibidas durante la instrucción quedaban escritas, formalizadas y sacralizadas en un expediente, con la posibilidad de su posterior incorporación por lectura en el juicio, haciendo las veces de pruebas pre-constituidas –una suerte de anticipo probatorio– sin control de las partes.

La existencia de un expediente como antesala de la realización del juicio oral, y la supuesta excepcionalidad de su incorporación por lectura –que terminó por ser más una regla–, fue determinante al momento de instrumentar la prueba testimonial³⁰. La prueba testimonial se convirtió más en una reafirmación de la declaración prestada durante la instrucción que en la producción de una prueba autónoma, nueva y sujeta a contradicción. Al dársele un trato de reafirmación de un acto anterior, la declaración testimonial no tuvo un cauce adecuado de crecimiento. La amplia recopilación de información formalizada y ritualizada en un expediente, como antesala del juicio, tuvo una enorme influencia en aquél.

Detrás de este modelo de instrumentación y materialización de la prueba testimonial, propio del modelo mixto, está la base conceptual del anterior sistema inquisitivo preocupado por obtener la verdad real de lo ocurrido a cualquier costo y por cualquier medio. Al modelo inquisitivo no le preocupaba que la información ingresada no estuviese sujeta a contradicción, ni el riesgo de error judicial³¹. De allí su preemi-

³⁰ Como prueba basta citar al Código Procesal Penal de la provincia de La Rioja que permite una amplitud del tribunal en revisar el expediente. Así, el art. 424 dispone: "la Cámara puede ordenar la lectura de la denuncia, de actas del sumario o cualquier otro documento perteneciente a la instrucción". Cabe destacar que al momento de la redacción de esta obra se encuentra en tratamiento un proyecto de Código adversarial presentado por el INECIP, que fue elaborado a través de una comisión conformada, entre otros, por los riojanos Jorge Gamal Chamía, Héctor Daniel Barria, Lucas Romero Ratti, Laura Cora Bogani, Hugo Montivero, Mario Martínez, y por el INECIP Tobías Podestá, David Terroba y Gonzalo Rua.

³¹ Como bien alertaba Framarino dei Malatesta al oponerse a los sistemas que permitían la incorporación de la prueba por escrito, el principio de oralidad "tiene su fundamento en un principio más amplio, es decir, en el del examen directo de las pruebas, al cual es preciso confiarse, siempre

nencia en la incorporación por lectura de actas judiciales sin control de partes, donde se plasmaban los dichos brindados por un testigo a la instrucción. Bajo ese manto se interpretó, incluso, que los defensores eran auxiliares del juez³² y se partió de la errónea idea de que tanto el Juez como las partes (acusación y defensa) estaban en una audiencia de juicio para desentrañar la verdad, generándose así una confusión de roles en una maraña de intereses contradictorios y confusos. Solo así puede justificarse que se permita incorporar en juicio la declaración de un testigo que fue prestada sin la presencia de un juez y de las partes, y que no se encuentra registrada en soporte digital de audio y video. Nada menos confiable que la incorporación de una evidencia por lectura sin intermediación y que fue tomada de semejante forma³³, cuando, precisamente, el juicio oral no es otra cosa que un mecanismo muy eficiente para depurar la información sobre la base de la cual se han de tomar decisiones de gran relevancia³⁴.

Al contrario, tal como lo explica Ferrajoli, el sistema acusatorio parte de una base conceptual diferente. Ya no es la primacía del fin de una verdad obtenida por cualquier medio –propio del inquisitivo y aceptado con algunos matices por el sistema mixto–. Se trata, en el proceso

que ello sea posible, para evitar el influjo extraño del espíritu de quien redactó el testimonio sobre la mente del juez que debe pronunciar la sentencia". (Framarino dei Malatesta, N., Ídem, p. 24).

³² Cuesta creer que aún hoy en Argentina contemos con Procuradores Generales que estén a cargo de funciones diametralmente opuestas como la de ser jefe de los Fiscales y Jefe de los Defensores Públicos. Así, las provincias de Tucumán, Santiago del Estero y Buenos Aires, entre otras, mantienen aún esa figura de monstruo de dos cabezas representada por la responsabilidad de acusar y defender adecuadamente.

Francamente me resulta imposible comprender cómo pueden cumplir esa función. Me imagino ordenando a los fiscales que acusen con errores procesales, o a los defensores que defiendan con armas poco convincentes. Esta doble función no solo repercute negativamente en la función propia de acusar y defender sino también en la organización y la disponibilidad presupuestaria para una y otra función.

Esta postura de mantener el dominio de ambos Ministerios, como pretenden algunos procuradores, es tan absurda y contradictoria como lo es la función del Juez de Instrucción, aún vigente en el ámbito de la Justicia Federal y Nacional en Argentina, en la que se le da la irracional función de velar por las garantías de los imputados que ellos mismos investigan.

³³ ¿Cómo fue tomado el testimonio? ¿Se utilizaron preguntas sugestivas? ¿Capciosas? ¿Se interpretó realmente lo que quiso decir el testigo? ¿Entendió el testigo la respuesta? ¿Se transcribió exactamente lo que dijo el testigo? Y si no fue así, ¿lo redactado representa lo que el testigo dijo?

³⁴ Tal es la conceptualización que utilizan Mauricio Duce y Cristian Riego, para definirlo (Duce, Mauricio y Riego, Cristian, *Proceso Penal*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2007, ps. 385 y ss.).

acusatorio, de la "primacía de los medios", en cuanto garantía de una verdad mínima, pero lo más cierta posible³⁵. En palabras de Binder, la verdad ya no es el motor de búsqueda propio del sistema inquisitivo. En el sistema acusatorio el Juez no busca la verdad sino que la exige a los acusadores³⁶. De allí que las reglas de comprobación –teoría de la prueba– se constituyan como una dimensión de la garantía del hecho, como un límite infranqueable para la toma de decisiones³⁷.

Distinto de cómo se encuentra regulada la prueba testimonial en el sistema mixto, bajo el molde adversarial solo puede ser considerada prueba aquella información que fue válidamente controvertida por las partes en juicio oral, bajo las garantías de imparcialidad del Juez y contradicción, que terminan por operar como garantías de verdad, por cuanto permiten un mejor escenario para la toma de decisiones³⁸. Es este el nuevo horizonte de proyección tanto de la prueba testimonial como del resto de las reglas de comprobación del proceso penal.

En ese contexto cultural, no nos debiera llamar la atención que, en las escuelas de Derecho en Argentina, no haya habido mayores avances en capacitación sobre técnicas de litigación en exámenes de testigos –el qué y el cómo interrogar a un testigo–³⁹. Al contrario, a la ense-

³⁵ Esa diferente primacía –de la verdad o de los medios a aplicar– se observa en la forma de regular la prueba testimonial. Así, Ferrajoli afirma: "Es en estas actividades donde se manifiestan los diferentes estilos procesales; del estilo acusatorio, en el que es una máxima la imparcialidad del juez, simple espectador del interrogatorio que desarrollan la acusación y la defensa, al mixto, en el que los espectadores son las partes y es el juez quien conduce el interrogatorio, hasta el inquisitivo, donde el juez se identifica con la acusación y por eso interroga, indaga, recoge, forma y valora las pruebas. Los diversos estilos indican la distinta relación antes ilustrada entre medios y fines en el proceso" (Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Trotta, Madrid, España, 1998, p. 612).

³⁶ Binder, Alberto, *La implementación...*, op. cit., p. 222.

³⁷ Idem, p. 228.

³⁸ Así, Guzmán afirma que "el contradictorio y la imparcialidad tienen la particularidad que además de ser garantías que protegen la libertad del imputado, facilitan la tarea del conocimiento de los hechos" (Guzmán, Nicolás, *La verdad en el proceso penal*, Del Puerto, Buenos Aires, 2006, p. 137).

³⁹ Es cierto que en las universidades del sur de Argentina ha habido mayores avances, producto del impulso del modelo de justicia de la provincia de Chubut, pionera en el sistema adversarial en Argentina, y más tarde de los modelos de las provincias de La Pampa, Neuquén y Río Negro, con su código acusatorio recientemente aprobado en diciembre de 2014, en cuya comisión redactora participé. Más a nivel nacional, los avances aún son significativamente reducidos, impulsado más por esfuerzos docentes individuales que por una orientación institucional.

ñanza del derecho pareciera no importarle que la práctica forense siga un modelo opuesto al Estado de Derecho y contrario a los postulados docentes. Como explica Binder, la enseñanza del derecho procesal alimenta esas rutinas en tanto las ignora o las aparta de sus preocupaciones como parte de una realidad respecto de la cual nada puede hacer o tienen que decir, o las incorpora en el saber forense⁴⁰. Del mismo modo, la doctrina –en líneas generales– ha trabajado sobre la prueba testimonial desde un plano estrictamente teórico, pero alejado de la praxis forense, sin advertir que sin profundizar sobre ese eje, difícilmente puedan fortalecerse las garantías constitucionales del contradictorio y de la defensa en juicio. De qué sirve conocer la imputación y poder realizar prueba de descargo, si se incorporan por lectura –o bajo la consigna de "refrescar la memoria" del testigo–, declaraciones que no se pudieron cotejar ni contradecir.

Es necesario montar un nuevo escenario conceptual sobre el cual debe proyectarse la práctica y el modo de recibir una declaración testimonial. La determinación de cómo se debe interrogar a un testigo, cómo individualizar sus fortalezas y debilidades, la identificación de las proposiciones fácticas que he de obtener, los puntos de la declaración que no tienen mayor peso en el caso, la acreditación, la forma de incorporar prueba material a través de los testigos y el orden en que presentarán a declarar, no han tenido un mayor desarrollo teórico aún. Diría que la teoría de la prueba, en lo que respecta al modelo europeo continental, se ha detenido solamente en fijar límites a la prueba testimonial basados en un marco normativo, más no en la forma de producir ese testimonio. Así, se han fijado límites a la capacidad de la prueba testimonial para acreditar determinados hechos (por ejemplo, no se puede probar por testigos el estado civil de las personas, para lo que se requiere de las partidas pertinentes). Otros límites apuntan a no vulnerar el secreto profesional (por ejemplo, médicos), o en dar mayor protección al valor de la familia y su integración (así, la prohibición de declarar en contra de un pariente cercano, salvo que el delito haya sido cometido en perjuicio del testigo o de un pariente igual o más próximo). Sin embargo, poco se ha avanzado sobre los límites que surgen desde el plano teórico práctico, esto es, aquellos mecanismos

⁴⁰ Binder, Alberto, *Derecho Procesal Penal...*, op. cit., p. 41.

tendientes a fortalecer el contradictorio para la toma de decisiones. Las reglas de litigación operan en ese orden, fortaleciendo la calidad de la información a través de un genuino juego de igualdad de armas y posibilidad de controvertir la prueba de la parte contraria⁴¹.

Contrariamente a lo sostenido en los sistemas inquisitivos o mixtos, la versión del testigo que se requiere en juicio es bien distinta a la versión social sobre cómo ocurrieron los hechos⁴². Es por ello que la declaración del testigo no debe limitarse a permitir que el testigo, en primer lugar, declare "todo lo que sabe". El litigante es un narrador de historias que tiene la particularidad de guiar el relato que hace un tercero –el testigo–, de modo que debe generar interés y expectativa en el público –jurado o jueces profesionales–, profundizando los planos centrales del relato y pasando rápidamente por los aspectos periféricos o menos relevantes. Un buen litigante, como buen narrador de historias, no puede dejar librado al azar el qué y cómo se cuenta la historia⁴³.

El testimonio, como medio de prueba, presenta una diferencia sustancial en el nuevo sistema adversarial, al reconocer que quien requiere la presencia del testigo –órgano de prueba– realiza un examen directo con precisas reglas de interrogación, que son bien distintas a las que puede utilizar quien contraexamina al testigo –reglas de contraexamen–. En base a ello la normativa ha variado considerablemente en los nuevos ordenamientos procesales en América Latina, que es preciso puntualizar.

⁴¹ De la investigación realizada por el INECIP en el año 2012, sobre el funcionamiento de los Tribunales Orales en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, se pudo comprobar la falta de profundización en las técnicas de litigación, siendo difícil observar una diferencia en la ejecución de un examen directo y un contraexamen. Al respecto, ver García Yomha, Diego y Ahumada, Carolina, *Relevamiento sobre el funcionamiento de los Tribunales Orales en lo Criminal de la Ciudad de Buenos Aires*, investigación del INECIP, Buenos Aires, 2012.

⁴² Conf. Baytelman y Duce, *op. cit.*, p. 115.

⁴³ Vayamos a la fábula del lobo y los tres cerditos, conocida por todos, que usualmente es utilizada para ejercicios de litigación por el profesor Martín Sabelli. Si el narrador de la historia infantil se queda atrapado en aspectos poco trascendentes como ser el lugar donde uno de los cerditos consiguió la paja para construir la primer casa, el precio que pagó el tercer cerdito por el ladrillo, la negociación en la compra del material en un corralón, seguramente el público empezará, cuanto menos, a bostezar. Sin embargo, si esos detalles los pasamos por alto, pero detenemos nuestra atención en el momento en que el lobo está por atrapar los cerditos con intención homicida, la atención aumentará. Esa es la tarea del litigante junto a su testigo: utilizar los conocimientos del testigo para generar una narración persuasiva sobre los aspectos centrales de la historia.

1.3. El cambio normativo en la región. El juego de las diferencias

Los sistemas mixtos han sido, si se quiere, bastante displicentes al momento de regular cómo se debe llevar a cabo la prueba testimonial. No solo no hacen distinción alguna entre lo que es un examen directo y un contraexamen⁴⁴, sino que tampoco le quitan al tribunal las potestades probatorias autónomas que complementan a la de las partes, viendo así afectada su imparcialidad y confundiendo los roles en el proceso penal, en franca discordancia con los postulados constitucionales del proceso penal.

Esta forma displicente de regular todo lo concerniente a la prueba testimonial ha sido modificado enteramente en los sistemas adversariales, brindándole otro enfoque al testimonio como medio de prueba. Así se establecen reglas tendientes a fortalecer su eficacia (pertinencia de la entrevista previa con el testigo y su preparación; prohibición de interrogar de los jueces, quienes no conocen el caso y mal pueden ser eficaces en su interrogatorio; relevancia de la acreditación, que queda en manos de los litigantes; entre otras), y otras destinadas a establecer mecanismos adecuados de refutación de la información (facultades autónomas de investigación de ambas partes; reconocimiento de igualdad de armas durante todo el proceso; posibilidad de efectuar un contraexamen a través de preguntas sugestivas; entre otras).

Básicamente, podemos encontrar diez diferencias sustanciales entre ambos modelos. Todas ellas apuntan al fortalecimiento del sistema acusatorio y a las garantías constitucionales reconocidas en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que fue ratificada por la mayoría de los países de la región en las décadas de los 70 y 80⁴⁵, y con los restantes tratados internacionales sobre derechos humanos.

Veamos pues el juego de las diferencias.

⁴⁴ Aunque parezca mentira debemos aún hablar en presente, ya que son varios los códigos en Argentina que mantienen muchas de las características de la regulación normativa del testimonio en el sistema inquisitivo morigerado, aún cuando profesen los principios del sistema acusatorio. Ello no es otra cosa que la huella que el modelo inquisitivo dejó en nuestra cultura.

⁴⁵ Ratificada por todos los países americanos, salvo los casos de Estados Unidos, Canadá, Guyana, Belice, Antigua y Barbuda, Bahamas, San Kits y Nevis, Santa Lucía y San Vicente y las Granadinas. Ver www.cidh.org/basicos/basicos3.htm.

a. Facultades probatorias del tribunal

A diferencia de los códigos mixtos en los que el Tribunal tenía amplias facultades probatorias, en los sistemas adversariales carecen de todo tipo de potestad en torno a la prueba. Los códigos mixtos, vigentes aún en algunas provincias argentinas⁴⁶, mantienen la instrucción suplementaria como una potestad del Tribunal de producir nuevas pruebas no trabajadas durante la investigación u ordenar la producción de algunas no requeridas por las partes, por considerarlas indispensables para la resolución del caso⁴⁷. E incluso aún en códigos acusatorios de segunda generación⁴⁸ es posible advertir como coexisten normas que otorgan facultades probatorias al Tribunal –por encima de las peticiones de las partes–, francamente contrarias a los postulados constitucionales del proceso penal adversarial⁴⁹. Es frecuente la presencia de normas propias de

⁴⁶ Nos referimos a las provincias de Tierra del Fuego, Santa Cruz, San Juan, San Luis, Misiones, Formosa, La Rioja y Corrientes, aunque estas dos últimas con proyectos de reforma hacia un modelo adversarial. Y en el caso de Formosa, con un sistema acusatorio oral para casos flagrantes en la jurisdicción capital.

⁴⁷ Así, el CPPN (actualmente vigente a la fecha de redacción de este texto, ya que el código procesal penal recientemente aprobado –ley 27.063– aún no entró en vigencia) regula la instrucción suplementaria, donde permite al Tribunal ordenar pruebas de oficio (art. 357). Esta misma institución es mantenida aún en los códigos de Tierra del Fuego (art. 327), Santa Cruz (art. 340), Formosa (art. 324), San Luis (art. 317), La Rioja (art. 388), entre otros. Para ver una excelente recopilación normativa sobre la materia, ver Gómez Urso, Juan Facundo, *El juicio oral*, Hammurabi, Buenos Aires, 2011, ps. 34 y ss.

Con buen tino, los primeros códigos acusatorios de la Argentina han eliminado las facultades probatorias de oficio del tribunal, aunque admitiendo la posibilidad, siempre a pedido de parte, de realizar una instrucción suplementaria. Así, los Códigos de Catamarca (art. 362), Chaco (art. 362), Córdoba (art. 365), Mendoza (art. 369) y Jujuy (art. 394), entre otros.

⁴⁸ Nos referimos a códigos adversariales aprobados en este siglo y que no solo adscriben a un acusatorio formal (división de funciones entre el poder requirente y decisorio), sino que le agregan un sistema de audiencias para la toma de todas las decisiones en el proceso.

⁴⁹ Así, a modo de ejemplo, el CPP Peruano, en su art. 385 dispone lo siguiente: “Otros medios de prueba y prueba de oficio. 1. Si para conocer los hechos, siempre que sea posible, que no se haya realizado dicha diligencia en la investigación penal preparatoria o ésta resultara manifiestamente insuficiente, el Juez Penal, de oficio o a pedido de parte, previo debate de los intervinientes, ordenará la realización de una inspección o de una reconstrucción, disponiendo las medidas necesarias para llevarlas a cabo. 2. El Juez Penal, excepcionalmente, una vez culminada la recepción de las pruebas, podrá disponer, de oficio o a pedido de parte, la actuación de nuevos medios probatorios si en el curso del debate resultasen indispensables o manifiestamente útiles para esclarecer la verdad. El Juez Penal cuidará de no reemplazar por este medio la actuación propia de las partes. 3. La resolución que se emita en ambos supuestos no es recurrible”.

modelos inquisitivos que perduran en sistemas adversariales como resultado del debate parlamentario y de los movimientos más conservadores del modelo cultural inquisitivo, que aún pervive y mantiene determinados nichos de poder⁵⁰. La identificación de esas normas deviene necesaria para evitar su aplicación –por parte de los jueces–, o plantear su inaplicabilidad o inconstitucionalidad –por el lado de los litigantes–, por afectar la imparcialidad del Tribunal⁵¹, que se traduce en el interés de introducir información no requerida por las partes, y debilitar el contradictorio, frente a la imposibilidad de argumentar oponiéndose a su admisión.

Este tipo de normas que permiten al Tribunal introducirse en la producción probatoria, ya sea ordenándola –en caso de un testigo no requerido por las partes–, produciéndola –en caso de una pericia⁵²– o interviniendo en el momento en que la misma se materializa en el juicio oral –interrogando testigos– tiene enormes implicancias en la afectación a determinadas garantías constitucionales en el proceso penal. Un tribunal que produce prueba claramente pierde su imparcialidad en el caso. Así como el acto de interrogar nunca es un acto puramente neutral⁵³, tampoco lo es el ordenar la citación de un testigo que no ha sido ofrecido por las partes. Por otro lado, otorgar esas facultades probatorias al tribunal también afecta su imparcialidad porque le permite tomar contacto con el expediente⁵⁴, ya que sino no se entiende cómo

⁵⁰ Aunque, claro está, no resultarían aplicables a través de un control formal y material de legalidad de la norma cuestionada.

⁵¹ Al respecto ha dicho la Corte Suprema de Justicia que la “imparcialidad del juez es uno de los pilares en que se apoya nuestro sistema de enjuiciamiento, ya que es una manifestación directa del principio acusatorio y de las garantías de defensa en juicio y debido proceso, en su vinculación con las pautas de organización judicial del Estado. Que en ese contexto, la imparcialidad del juzgador puede ser definida como la ausencia de prejuicios o intereses de éste frente al caso que debe decidir, tanto en relación a las partes como a la materia” (L486, XXXVI, Llerena, Horacio Luis s/ abuso de armas y lesiones –arts. 104 y 89 del CP, causa 3221, rta. 17-5-2005; Fallos 328:1491).

⁵² Uno de los cambios de paradigmas de la prueba pericial en el sistema adversarial está centrado en que prueba es solo el perito declarando en juicio, mientras que en el formato inquisitivo motivado la prueba pericial era concebida como un informe o dictamen escrito que ingresaba por lectura al juicio. De allí la mayor afectación a la imparcialidad cuando era el Juez quien ordenaba y producía la prueba en la instrucción suplementaria. Al respecto, ver, Duce, Mauricio, *La prueba pericial*, Ediciones Didot, 2013, p. 38.

⁵³ Conf. Guzmán, Nicolás, *op. cit.*, ps. 153/154.

⁵⁴ Explica Gómez Urso que el objetivo perseguido por el legislador al erradicar la posibilidad de que un tribunal produzca prueba está precisamente en “el mantenimiento de la imparcialidad del juz-

podría analizar la pertinencia de la prueba suplementaria ordenada que no fue requerida por las partes⁵⁵.

El motivo por el cual el juez no puede inmiscuirse en la producción de prueba está centrado en la clara división de los roles en el proceso penal. El juez, a diferencia de las partes, no gestiona ningún tipo de interés⁵⁶. Por el contrario, mientras el acusador gestiona el interés de la víctima y de la sociedad, la defensa gestiona el interés de su asistido. Es en esa división de intereses que las partes tienen la potestad y obligación de ofrecer la prueba que mejor satisfaga su teoría del caso. Por el contrario, el juez no maneja ninguna teoría del caso, razón por la cual tampoco puede ordenar la producción de prueba aún cuando creyera que ésta pudiera favorecer a la defensa. La única potestad que tiene el tribunal con respecto a ésta, radica en verificar que haya una efectiva defensa de los intereses del imputado y, en caso contrario, ordenar la sustitución del defensor.

Por otro lado, la producción probatoria oficiosa del Tribunal también genera una afectación a la garantía de defensa en juicio, ya que se trata de una medida ordenada sin un previo contradictorio entre las partes. La audiencia preparatoria de juicio tiene por finalidad brindar un escenario de juego justo donde las partes peticionan ante un juez imparcial la admisión de la prueba ofrecida y puedan también objetar las evidencias presentadas por la contraparte por innumerables razones (irrelevancia, sobreabundancia, ilicitud de la prueba, información de baja calidad que genera prejuicios en el tribunal, etc). La producción oficiosa del tribunal impide a las partes generar un contradictorio sobre su admisión.

gador al impedir que tome contacto con las evidencias de una instrucción preliminar que adolece del resguardo constitucional que reviste y caracteriza al juicio oral, pues ellas han sido obtenidas, en la mayoría de los casos, sin contradicción y sin inmediatez, particularidad que, en principio, las invalida para consolidar una sentencia condenatoria” (Gómez Urso, J., *op. cit.*, ps. 41/42).

⁵⁵ Tal como explican Diego García Yomha y Santiago Martínez, el gran inconveniente del expediente está centrado en que la existencia del sumario permite que los jueces elaboren conclusiones con las constancias escritas que no fueron controladas por las partes (García Yomha, Diego y Martínez, Santiago, *La etapa preparatoria en el sistema adversarial*, Del Puerto, Buenos Aires, 2013, p. 50).

⁵⁶ Como afirma, Laporta, el juez que tiene y manifiesta la necesidad de interrogar a un testigo, está concluyentemente admitiendo que su rendimiento como factor probatorio es insuficiente y debiera limitar allí su actividad para no afectar su imparcialidad (Conf. Laporta, Mario Hernán, “Algunos aspectos del juicio oral frente al principio acusatorio. La necesidad de su reforma, y las ya escasas chances actuales de corrección material”, *Revista de Derecho Procesal Penal. El Proceso penal adversarial*, Tomo I, Hammurabi, Buenos Aires, 2008, p. 356).

Es por ello que los códigos más modernos de la región prohíben al tribunal toda injerencia o potestad sobre la prueba⁵⁷. Y para evitar que se contaminen con el debate probatorio dejan esta decisión –audiencia preparatoria de juicio– en manos de un Juez de Garantías –en la mayoría de los casos– o en otro juez que, aún siendo del Colegio de Jueces de Juicio, no intervenga en el debate propiamente dicho⁵⁸.

b. Facultad de disponer sobre la prueba

Los códigos mixtos partían de la idea que los testigos, una vez ofrecidos y admitidos, “eran del tribunal” y que, por ende, no podían las partes desistirllos legítimamente, quedando esa decisión bajo la exclusiva potestad del presidente del tribunal.

Al partir desde la visión conceptual de la búsqueda de la verdad real como uno de los fines del proceso penal, el juez mantenía la obligación de producir prueba en forma oficiosa –instrucción suplementaria–, y la de evitar que las partes puedan desistir de testigos propios, aún cuando la contraparte estuviera de acuerdo, siempre que esa actividad –a juicio del tribunal– pudiera poner en riesgo tales fines⁵⁹. Ese modelo de juez que gestiona el interés de la verdad en el proceso penal es claramente contrario al modelo de juez propio de un sistema acusatorio, en el que

⁵⁷ Así, el CPPCABA (Código Procesal Penal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires), solo permite la admisión en juicio de las pruebas ofrecidas por las partes, ordenando al Juez de Garantías que no envíe al Juez de Juicio el legajo de investigación fiscal. Del mismo modo el Código de Santa Fe es tajante al regularlo del siguiente modo: “En ningún caso podrán tomar conocimiento previo de los elementos probatorios que puedan valerse en el juicio” (art. 308.3). El código de Chubut hace lo propio en el art. 300. Del mismo modo, los Superiores Tribunales de Justicia de las provincias de Santiago del Estero y Entre Ríos, mediante acordada reglamentaria que los habilita a interpretar el Código acorde a los postulados constitucionales, dejaron en manos del Juez de Garantías la realización de la audiencia preparatoria de juicio. Las acordadas pueden consultarse en las páginas oficiales respectivas.

Del mismo modo está regulado en los recientes códigos de Neuquén, Río Negro, Código Nacional de Procedimiento Penales de México (art. 344) y el Código Procesal Penal para el Estado de Nuevo León (art. 337) que es, sin duda, el estado más avanzando en la reforma penal en México, con un fuerte avance en la gestión y organización judicial.

⁵⁸ Tal es el caso del CPP de La Pampa que deja en manos del Presidente del Colegio de Jueces de Juicio la dirección de las audiencias preparatorias de juicio (conf. art. 328).

⁵⁹ Es una derivación lógica de la primacía del fin de arribar a la verdad de los hechos, obtenida a cualquier costo, propio del modelo inquisitivo. Ver, Ferrajoli, L., *op. cit.*, p. 612.

su principal función está centrada en resolver los contradictorios que las partes le presenten. Como antes sostuvimos, el juez exige la verdad sobre los hechos sostenidos por la acusación.

Al contrario, en el modelo adversarial, frente al desistimiento de un testigo nada puede objetar el tribunal. Esta nueva regla genera a su vez varias consecuencias. En primer lugar, son las partes las que tienen que hacer comparecer a sus testigos a las audiencias de juicio. Son ellas quienes tienen interés en la producción de esa prueba y deciden su orden de presentación. Va de suyo que si el testigo no comparece a la audiencia fijada por un error de la parte –por ejemplo, falta de citación– el tribunal se encuentra en condiciones de tener tácitamente por desistido ese testigo o, eventualmente, hacerlo comparecer a otra audiencia bajo el debido apercibimiento. De allí que las partes deben comparecer a las audiencias con el resultado de las citaciones cursadas, para poder acreditar que han cumplido con su obligación legal.

En segundo lugar, las partes deben adoptar decisiones estratégicas al aportar su prueba. Esto quiere decir que si la defensa tiene intención de escuchar, eventualmente, a un testigo de la acusación, también debe ofrecerlo como propio en la audiencia preparatoria de juicio.

En tercer lugar, si el testigo solo ha sido ofrecido por una de las partes, válidamente puede desistirlo sin que nadie pueda objetarlo u oponerse, salvo que también haya sido ofrecido por aquélla. Tal como afirma Bergman, el riesgo de los testigos acumulativos es que la fuerza de las proposiciones que con ellos acreditamos, se debilita si solo uno de aquéllos presenta debilidad en su testimonio⁶⁰. Y es común que la acusación, al obtener una determinada proposición fáctica a través de varios testigos, desista del resto de los citados para el mismo fin.

c. Discusión sobre la admisión de la prueba testimonial

A diferencia de los códigos mixtos, los sistemas adversariales latinoamericanos son más estrictos al regular la admisión de pruebas a juicio. Mientras que los modelos mixtos no prestaban mayor atención a la admisión de pruebas –de hecho, lo dejaban en manos del presidente del tribunal que juzgará el caso–, los adversariales tien-

⁶⁰ Conf. Bergman, Paul, *La defensa en juicio*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1989, p. 113.

den a generar un amplio debate sobre la calidad de la información que se pretende introducir en juicio. Así, se puede excluir prueba por irrelevancia cuando con su inclusión se pretende incorporar proposiciones fácticas que no guardan relación en sí con el caso y que buscan generar un prejuicio en el juzgador⁶¹. Es preciso que las partes fundamenten en la audiencia preparatoria de juicio, qué proposiciones fácticas –hechos–, ya sean principales o secundarios –esto es, referidos a dar credibilidad y sustento a los hechos principales– se pretende acreditar con la prueba ofrecida.

Si bien existe un principio de libertad y amplitud probatoria (principio de “free proof”), en función del cual todo elemento de prueba relacionado con el hecho es, en principio, admisible, existen reglas jurídicas que limitan dicho principio (principio de “law of evidence” o reglas de evidencia)⁶². La teoría de la prueba no es otra cosa que un límite a la facultad estatal de acreditar un hecho. Corresponde a las partes introducir tales limitaciones y al juez resolver sobre dichas peticiones. Para que una prueba pueda ser admitida, se requiere del ofrecimiento de la parte –imposibilidad de incorporar prueba de manera oficiosa– y de verificar que la misma sea pertinente y necesaria (criterios de admisibilidad), por referirse a uno de los hechos sostenido por las partes y por no existir ningún tipo de limitación en su producción, ya sea éste originado por valores preestablecidos por el legislador (por ejemplo, prohibición de ciertos testigos a declarar contra familiares), reglas jurídicas (imposibilidad de acreditar el estado civil a través de testigos) o límites constitucionales (afectación de garantías constitucionales).

d. Acreditación del testigo y del testimonio

Otro cambio significativo se observa en la forma en que se materializa la acreditación de los testigos, tema que será mayormente desarrollado en el capítulo quinto de esta obra. En los códigos mixtos los jueces tienen una amplia participación en la acreditación de los testigos. Son éstos los

⁶¹ En ese sentido, Hernández, Héctor, “Pertinencia como garantía: prevención del prejuicio en el examen de admisibilidad de la prueba”, en AA.VV., *Formación y valoración de la prueba en el proceso penal*, Abeledo Perrot, Santiago de Chile, 2010, ps. 26-35.

⁶² Al respecto, ver Taruffo, M., *op. cit.*, p. 358.

encargados de interrogarlos sobre sus condiciones personales, pasando luego los litigantes a trabajar sobre los hechos en sí⁶³.

De ese modo se pierde la posibilidad de que las partes puedan realizar un trabajo serio y minucioso de acreditación de sus propios testigos. Ésta no es una tarea rígida y neutral que pueda ejecutar el tribunal⁶⁴. Los jueces no conocen aún el caso, ni saben quiénes son los testigos admitidos a juicio, de modo tal que no pueden realizar una acreditación adecuada y limitan luego la posibilidad de que las partes puedan ejecutarla de modo correcto y efectivo⁶⁵. Del mismo modo que afirmamos que interrogar nunca es un acto neutral, acreditar a un testigo tampoco lo es. Toda pregunta que el tribunal realice sobre el testigo será intentando acreditarlo o desacreditarlo, por lo que esa tarea debe quedar librada al arbitrio de las partes.

Precisamente por esto, en los sistemas adversariales la única actividad del juez frente al testigo radica en tomarle juramento, dejando luego la acreditación para la parte que ofreció la prueba. El modelo adversarial parte de una diferencia tajante entre admisión y credibilidad de los testigos. Mientras que en la audiencia preparatoria de juicio se discute la admisión de la prueba –que requiere pasar el umbral de la pertinencia, relevancia y legalidad–, esto es, la autorización para que un testigo ingrese a juicio, es en la audiencia de debate donde se discutirá qué tan creíble es el testimonio. Esta diferencia se traduce en que todos los testigos admitidos ingresan a juicio (admisión), pero no todos pesarán lo mismo (pesaje de la prueba a través de la acreditación de proposiciones fácticas relevantes y la credibilidad de su relato). Será a través de la acreditación que se comenzará a fijar el peso específico de cada uno de ellos.

⁶³ El art. 249 segundo párrafo del CPPN, seguido por varios estados provinciales, establece: “El juez interrogará separadamente a cada testigo, requiriendo su nombre, apellido, estado civil, edad, profesión, domicilio, vínculos de parentesco y de interés con las partes y cualquier otra circunstancia que sirva para apreciar su veracidad”.

⁶⁴ En sentido contrario, Julio Maier, parece sostener que es el Tribunal quien debe interrogar sobre las condiciones personales (conf. Maier, Julio, *Derecho Procesal Penal*, Tomo III, Del Puerto, Buenos Aires, 2010, p. 137).

⁶⁵ En la misma línea, Chaia, Rubén, *op. cit.*, p. 535.

e. Facultad del juez para interrogar testigos

En los modelos mixtos, muchos de ellos aún vigentes en los estados provinciales argentinos, se mantiene la facultad del Tribunal de interrogar a los testigos⁶⁶. Esta actividad, por cierto poco neutral, afecta seriamente la imparcialidad del tribunal ya que se entromete en las estrategias y teoría del caso de las partes, alejándolo de la posibilidad de arribar a la verdad⁶⁷, por cuanto está comprobado que la imparcialidad y el contradictorio generan el mejor escenario para arribar a ella⁶⁸. Cuando el juez se entromete en la actividad probatoria destinada a la comprobación del hecho (interrogar es una actividad tendiente a la acreditación de una de las hipótesis que tienen las partes sobre los hechos) pierde objetividad para analizar los resultados obtenidos.

Por otro lado, el rol proactivo del juez frente a la prueba provoca un inconveniente adicional. Como todos sabemos –más allá del desarrollo que haremos en el capítulo respectivo– no toda pregunta está permitida en el examen directo a un testigo. Así, es una verdad de Perogrullo en el ámbito procesal penal, que las preguntas sugestivas, esto es, que contienen una afirmación que el testigo debe aceptar o negar, por regla general no están permitidas en el examen directo. Tampoco están permitidas preguntas por la opinión o conclusión en terrenos donde el testigo no tiene cierta experticia acreditada. Básicamente por cuanto la primera se trata de una afirmación efectuada por el abogado, y la segunda es un hecho que contiene muy baja calidad de información. No nos interesa la opinión de un testigo en una materia sobre la cual no tiene un manejo o conocimiento especializado. Ahora bien, ¿cómo podrían los litigantes,

⁶⁶ Así, el CPP de la Nación aún vigente (ya que el código aprobado por ley 27.063 no entró en vigencia), en su art. Art. 389, dispone lo siguiente: “Los jueces, y con la venia del presidente y en el momento en que éste considere oportuno, el fiscal, las otras partes y los defensores podrán formular preguntas a las partes, testigos, peritos e intérpretes”. Del mismo modo lo regulan los Códigos de Corrientes (art. 413), Formosa (art. 356), La Rioja (art. 421), Misiones (art. 389), entre otros. Como se observa de la norma, la actividad queda principalmente en manos del Juez y, subsidiariamente, en las partes. Al respecto, ver Gómez Urso, J., *op. cit.*, p. 36.

⁶⁷ Como bien señala Guzmán, “pareciera que para el descubrimiento del error y de la falsedad, el examen desarrollado por las partes de un mismo tema probatorio, pero desde posiciones antagónicas, tendrá una eficacia superior al método de la narración fluida realizada en secreto delante del inquisidor” (Guzmán, N., *op. cit.*, p. 154).

⁶⁸ Como dice Binder, “un juez del sistema adversarial no busca la verdad sino que la exige a los acusadores” (Binder, Alberto, *La implementación de la nueva justicia penal adversarial*, *op. cit.*, p. 223).

válidamente y con efectividad, objetar la pregunta realizada por un juez? ¿Cómo no ganarse la antipatía del tribunal y conseguir que éste haga lugar a la objeción de la pregunta por él realizada?⁶⁹. Precisamente debido a que corresponde a los jueces resolver toda objeción o planteo que hagan las partes, no pueden entrometerse en ningún tipo de actividad probatoria, por más “inocente” que pueda parecernos la pregunta⁷⁰.

El modelo adversarial parte desde el presupuesto objetivo que el tribunal no puede realizar ningún tipo de pregunta⁷¹, salvo que se trate de una

⁶⁹ Recuerdo que en una de mis visitas a Chile para ver el funcionamiento de la justicia penal, fui invitado a observar audiencias preliminares. En una de ellas, donde se estaba discutiendo la libertad, el juez que presidía la audiencia comenzó a realizar preguntas al imputado que estaba declarando. El defensor, sorprendido por la intervención intempestiva del juez, que claramente se apartaba de lo que es una mera pregunta aclaratoria, rápidamente y con voz fuerte y firme gritó: “Objeción”. A poco que comenzó a fundamentar su petición, advirtió que esta decisión poco estratégica le podía generar mayores costos que beneficios, por lo que en su motivación empezó a bajar el tono de voz y hablar en potencial. Así, adujo que “a su juicio, la pregunta podría tratarse de algo más que aclaratoria, por lo que sugería, con el mayor de los respetos, que se prescindiera de ella, ya que podría llegar, eventualmente, a dañar la imparcialidad del Tribunal”. La forma en que el litigante introdujo sus argumentos claramente exhibía que no se encontraba en situación de igualdad al intentar interrumpir un interrogatorio del Tribunal, ya que éste, en ese momento, se había convertido en juez y parte. Ciertamente, el Juez refirió “no ha lugar a la objeción” y continuó con sus preguntas. Así como en el modelo mixto un Juez de Instrucción no puede ser juez y parte (tiene a su cargo el control de legalidad de los actos de investigación que el mismo ordena y ejecuta), sin afectar su imparcialidad, tampoco lo puede ser un Juez de Garantías o de Juicio, si queda sobre sí la potestad de producir prueba interrogando testigos. Pierde imparcialidad al momento de resolver las objeciones planteadas a su línea de interrogación.

⁷⁰ Un caso que pude observar en Panamá fue la mejor representación sobre los inconvenientes que genera que, quien tiene el deber de resolver el caso, realice preguntas en un juicio. En el año 2010, en una visita a Panamá donde estaba dando una capacitación en técnicas de litigación en juicio para el Ministerio Público Fiscal, fui invitado a presenciar un juicio oral con jurados por un hecho calificado como homicidio –solo para casos graves está establecido el juzgamiento con un jurado popular–. En aquél entonces la reforma procesal penal no había entrado en vigencia (comenzó en septiembre de 2011 para las provincias de Coclé y Veraguas, continuando por Herrera y Los Santos, ya que siguen un modelo progresivo de entrada en vigencia). Recuerdo que en aquella oportunidad el juez profesional, luego de que las partes interrogaran al testigo, le dio la posibilidad al jurado para que efectuaran alguna pregunta “aclaratoria” sobre los hechos. Uno de los miembros del jurado tomó la palabra e hizo la siguiente pregunta: “para Ud. ¿el imputado fue quien mató a la víctima?”. Cómo vemos la posibilidad de la defensa de objetar esta pregunta era realmente muy costosa en términos de credibilidad, ya que ganaría la antipatía del jurado. Esta es otra muestra de los problemas que acarrea la actividad de producción de información por parte de quien debe juzgar el hecho.

⁷¹ Así, el CPPCABA es muy claro al establecer que “el tribunal no podrá interrogar a los testigos” (art. 236). Del mismo modo el CPP de Chubut no permite ningún tipo de preguntas del tribunal

pregunta aclaratoria⁷². Sin embargo el concepto de “pregunta aclaratoria” y la especificidad de su contenido no ha sido una tarea sencilla, no resultando un dique de contención adecuado para frenar a los jueces en su cultura de “desentrañar por sí la verdad”. A lo largo de estos años pude observar muchas audiencias en los países que visité por capacitaciones y consultorías en procesos de reforma, como así también en los diversos estados provinciales argentinos. Y allí pude comprobar que el alcance que se da a las preguntas aclaratorias, va más allá del concepto propio de aclarar una respuesta de la que no se entendió su explicación (por ejemplo, Sr. testigo Ud. acaba de referir que sí, pero no nos quedó claro si su afirmación incluye la última parte de la pregunta o solo la primera). Se pueden observar jueces que bajo el paraguas de la “pregunta aclaratoria”, realizan nuevas líneas de interrogación, agregan elementos a las preguntas formuladas por el fiscal⁷³, trabajan sobre nuevos subtemas, interrogan sobre las condiciones de visibilidad, etc. Todas estas preguntas son inválidas por cuanto afectan el contradictorio y la imparcialidad del tribunal. Si alguno de estos temas no fueron interrogados, entonces el tribunal deberá tenerlo por no acreditado bajo las

(art. 325). Lo propio hacen los Códigos de Jujuy (art. 423) y de Panamá (art. 398) que solo habilita a las partes a examinar a los testigos.

Por su lado, el Código Procesal de Nuevo León, México, establece que: “La declaración de los testigos y peritos se sujetará al interrogatorio de las partes” (art. 381), mientras que el Código Nacional de Procedimientos Penales de México sigue el mismo modelo, para luego establecer lo siguiente: “el Órgano Jurisdiccional podrá formular preguntas para aclarar lo manifestado por quien deponga, en los términos previstos en este Código” (art. 372, 2º párr., *in fine*).

⁷² Así, los Códigos de Santiago del Estero (art. 391), Buenos Aires (art. 364), Chaco (art. 893) y La Pampa (art. 342), entre otros.

⁷³ Un buen ejemplo de ello se observa en el caso citado por Julio Rojas (Rojas Chamaca, Julio, “El Rol del juez en la prueba: Efectos que genera en el juicio oral la formulación de preguntas aclaratorias a testigos y peritos conforme al artículo 329 inciso 4 del Código Procesal Penal”, *Diez años de la reforma procesal penal en Chile*, Santiago de Chile, 2011, p. 445), en donde transcribe un caso en que el magistrado interviniente no solo intermedió en las preguntas que formuló el fiscal, sino que agregó en ellas facilidades o elementos que propendían a la respuesta de la víctima, así como además, al tiempo de formular aclaraciones, agregó circunstancias del caso”, lo que provocó que la sentencia condenatoria sea revisada y anulada (causa rol n° 6.156-09 de la Corte Suprema de justicia). Veamos como realizó las preguntas el fiscal y cómo completó el Tribunal.

Fiscal: que diga cuáles son los rasgos que recuerda de esas personas.

Tribunal: Cuáles son, a ver tómeselo el tiempo, aquí la respuesta tiene que ser de su parte de acuerdo a lo que ud. sabe, por lo tanto, haga memoria, hay... genéricamente parta por la estatura, por el color, por la dimensión, por la obesidad...” (Ídem, p. 446).

consecuencias que ello implique, las que serán distintas según se trate de una pregunta formulada por la acusación o por la defensa. Como lógica consecuencia del alcance de la verdad en el proceso penal –como exigencia sobre cada uno de los sub-hechos que componen la acusación, para poder arribar a una condena–, si quedan dudas sobre un extremo de la acusación, entonces corresponderá la absolución del imputado, mientras que si queda una incógnita sobre un hecho de la defensa, ésta circunstancia no elimina la posibilidad de ocurrencia de dicha hipótesis (puede ser que aún quede espacio para una duda razonable).

La doctrina ha sido coincidente sobre este punto. Se ha afirmado que a los jueces les corresponde un papel fundamentalmente pasivo, de receptores de información⁷⁴, debiendo ser “extremadamente prudentes” al hacer uso de esa facultad, pues deben considerar que las partes no podrán objetar el ámbito de la mera aclaración, dejando, por otro lado traslucir la pérdida de imparcialidad que debieran mantener inalterable hasta el final del juicio⁷⁵.

Las preguntas aclaratorias son reconocidas al Tribunal, incluso, en las Reglas de Evidencia Federales de los Estados Unidos en donde, bajo la regla 611, B se les da tratamiento⁷⁶. Sin embargo, su ámbito de incidencia debe limitarse exclusivamente al significado de lo que acaba de responder el testigo.

No compartimos la posición de quienes entienden que el Tribunal puede interrogar en beneficio del imputado⁷⁷. No se trata de tener un rol activo en la producción de información para equilibrar las armas de las partes en el proceso penal (igualdad de armas). Frente a la inacción de la defensa técnica en una audiencia de juicio oral, cuando ello implique una defensa meramente formal y una afectación a la garantía de la defensa

⁷⁴ Conf. Cerda San Martín, Rodrigo y Hermosilla Iriarte, Francisco, *El Código Procesal Penal: comentarios, concordancia y jurisprudencia*, Librotecnia, Santiago de Chile, 2008. p. 440.

⁷⁵ Conf. Horvitz Lennon, María Inés y López Masie, Julián, *Derecho procesal penal chileno*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2004, p. 295.

⁷⁶ Lo propio ocurre con las Reglas de Evidencia de Puerto Rico, que permiten al Juez aclarar las dudas que tenga (regla 607 F). Sin embargo, no es frecuente ver en el sistema anglosajón que un Juez utilice esta facultad.

⁷⁷ Entre otros, Gómez Urso, J., *op. cit.*, p. 58, quien afirma que ello no vulnera la igualdad de armas o de partes; al contrario, las equipara.

en juicio, el Juez debe apartar al abogado sustituyéndolo por otro. Más no puede intervenir realizando preguntas en favor de la defensa simplemente porque no tiene conocimiento del caso y no puede saber cuál será la respuesta del testigo. Ésta pudiera ser desfavorable para los intereses del imputado y la supuesta inacción de la defensa no era otra cosa que una correcta estrategia defensiva. Solo las partes conocen las pruebas que presentarán en juicio y solo ellos pueden tener conocimiento de las respuestas posibles que dará un testigo. De modo que si el tribunal se inmiscuye en la prueba, aún con intención de favorecer a la defensa, puede terminar por perjudicar seriamente su caso, ya que no conoce la eventual respuesta que dará el testigo. Ahora bien, es cuanto menos francamente llamativo que los jueces, tan preocupados por la calidad de la defensa técnica, estén dispuestos a realizar preguntas a su favor y, sin embargo, siguen siendo excepcionales los casos en que se aparta a un defensor técnico en pleno juicio debido al estado de indefensión en que se encuentra el imputado. Siendo que, supuestamente, ambas medidas son tuitivas a favor del enrostrado, es sorprendente que en un caso estén más proclives a intervenir que en el otro.

f. Forma de ejecutar el testimonio

Es frecuente observar en los códigos mixtos e inquisitivos, la referencia a que el testigo “en primer término, (...) será invitado a manifestar cuanto conozca sobre el asunto de que se trate, y después, si fuere necesario, se lo interrogará”⁷⁸. Este modelo parte claramente desde una concepción de verdad única, que pretende ser revelada a través de los medios de prueba, quitándole relevancia al rol de los litigantes y a la incidencia que tienen éstos en la forma en que deben presentar sus testigos y realizar sus interrogatorios. No advierten que para poder acercarnos a la verdad de lo ocurrido es preciso tener reglas precisas y diferenciadas que permitan a los abogados presentar sus pruebas de comprobación, como así también permitir un mecanismo distinto de interrogación para refutarlo.

⁷⁸ Así lo regula el actualmente vigente Código Procesal Penal de la Nación en su art. 118, 2° párrafo. Esa fórmula se repite aún en códigos que responden a otra raíz, como es el caso del Código Procesal Penal de Tucumán (Primer código acusatorio de la región, sancionado en el año 1991), que utiliza esa expresión en su art. 133. Del mismo modo, el CPP de Salta –sancionado en el año 2012 y que, al igual que el modelo tucumano, sigue una raíz acusatoria–, también utiliza la misma expresión en su art. 166. En forma coincidente, el CPP de Chaco, en su art. 131 y el CPP Buenos Aires, en su art. 101.

La producción de información útil es algo más complejo que dejar que los testigos citados “hablen” sobre lo percibido. Ellos desconocen cuáles son los puntos relevantes del caso, cuáles los controvertidos y cuáles los que hay acuerdo de partes sobre lo ocurrido.

En esta inteligencia, consideran que la prueba testimonial es de percepción directa⁷⁹ y que, como tal, solo requiere ser escuchada por un tribunal para que emita su juicio de valor sobre la credibilidad, mediante el sistema de libres convicciones. Sin embargo, lo que realiza el testigo al declarar es brindar un relato a los jueces. Ese relato requiere de cierta profundidad en los momentos cruciales de la declaración y de no ahondar en detalles en las partes intrascendentes. De modo tal que pretender que el testigo haga un relato libre es dejar los casos librados a la aptitud de cómo lo exprese en ese momento. Ese modelo no tiene ningún sentido.

Por el contrario, en el sistema adversarial corresponde al litigante realizar las preguntas adecuadas para presentar un relato persuasivo acorde a lo que se está discutiendo en el caso, profundizando su interrogatorio en los hechos controvertidos⁸⁰. De allí la inconveniencia de dejar que el testigo relate, en primer lugar, todo lo que sabe. No debemos olvidar que el juicio es, precisamente, la confrontación de dos hipótesis en pugna, por lo que se requiere un rol muy activo de los litigantes para armar extractos de información que lo acerquen a la verdad de su relato.

g. Ámbito de las preguntas sugestivas

Sin preguntas sugestivas no hay contraexamen y sin contraexamen no hay contradictorio. Tal como afirman Baytelman y Duce, las preguntas sugestivas, lejos de estar prohibidas, son el instrumento por excelencia

⁷⁹ En esa línea Carnelutti, en *Derecho y proceso*, cit. por Andrés Ibáñez, P., *op. cit.*, p. 100.

⁸⁰ Como explica Lorenzo, se precisan preguntas adecuadas para acreditar los hechos. Así, afirma que “el litigante debe tener claro cuáles son las afirmaciones de hecho que anunció en su alegato de apertura y debe introducir a través de cada testigo, de forma tal de obtener la información completa y no meras aproximaciones o vaguedades. Aquí es donde resulta fundamentalmente importante la utilización de preguntas abiertas y preguntas cerradas que precisen la información, para de ese modo llegar a la introducción de la información desde los dichos del propio testigo”. (Lorenzo, Leticia, *Manual de litigación*, Ediciones Didot, Buenos Aires, 2012, p. 179). Sin preguntas adecuadas, se deja al testigo que decida en qué lugar profundiza su relato, con la posible falencia en acreditar las hipótesis en discusión.

del contraexamen⁸¹. Ello por cuanto el contrainterrogatorio no es otra cosa que la posibilidad de la contraparte de exhibir y extraer de los testigos aquellas porciones del relato que no han sido presentados en el examen directo y que pueden perjudicar la credibilidad del testigo/ testimonio (por ejemplo, a través de proposiciones fácticas secundarias que den cuenta de las condiciones de visibilidad del lugar). Queda claro que con un contraexamen sin preguntas sugestivas difícilmente un buen litigante pueda ingresar en terrenos que el propio testigo ha obviado intencionalmente en su relato⁸². Es por ello que un genuino contraexamen constituye el centro del sistema adversarial y la regulación que habilita la formulación de preguntas sugestivas en él, es de vieja data en el mundo anglosajón⁸³.

Sin embargo, el modelo mixto no solo no ha partido desde esos postulados, sino que prohíbe tanto en el examen directo como para el contraexamen la producción de preguntas sugestivas⁸⁴. Es más, es palpable en la Justicia Federal en Argentina, la inexistencia de un genuino contraexamen, el que debe limitarse a realizar preguntas abiertas o cerradas sobre aspectos que no hayan sido aún interrogados. Va de suyo que el espacio para trabajar el contradictorio de ese modo es absolutamente limitado⁸⁵.

⁸¹ Conf. Baytelman y Duce, *op. cit.*, p. 61.

⁸² Tal como afirma Baytelman, el contraexamen no es otra cosa que “poner a prueba” la información introducida en juicio (Baytelman, Andrés, “El juicio oral”, en AA.VV., *Nuevo Proceso Penal*, Conosur, Santiago de Chile, 2000, p. 247). Es por ello que, como sostuve en otra obra, 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 (Rua, G., *op. cit.*, p. 22).

⁸³ Actualmente las reglas de evidencia estadounidenses, en el ámbito federal, expresamente lo contemplan en su artículo 611, apartado C. Las Reglas de Evidencia de Puerto Rico lo permiten en forma amplia bajo la regla 607 D que establece lo siguiente: “Como norma general, podrán hacerse preguntas sugestivas durante el contrainterrogatorio o recontrainterrogatorio. Una pregunta sugestiva es aquella que sugiere al testigo la contestación que desea la parte que le interroga”. El modelo de contraexamen amplio a través de preguntas sugestivas es seguido por la mayoría de los códigos modernos de la región.

⁸⁴ A modo de ejemplo, el CPPCABA, no hace distingo alguno al prohibir las preguntas inadmisibles, sin mayor aclaración (conf. art. 238). Una adecuada interpretación constitucional permite habilitar a quien contraexamina, a realizar preguntas sugestivas, tal como opera en la práctica judicial en la Ciudad de Buenos Aires.

⁸⁵ El art. 118, 3º párrafo del CPPN establece lo siguiente: “Las preguntas que se formulen no serán capciosas ni sugestivas”.

h. Alcance del re-examen directo

Una práctica muy frecuente en los sistemas mixtos, que no obedece a reglas procesales sino más bien a costumbres forenses, radica en permitir a los litigantes varias rondas de preguntas, tanto para quien examina como para quien contrainterroga al testigo. Como si el contraexamen sirviera para que, quien examinó previamente al testigo pueda recordar algún punto que obvió en su línea de interrogación, y así tener una segunda, tercera y, a veces, hasta una cuarta vuelta para examinarlo.

Este tipo de práctica demuestra no solo la poca profesionalidad en el ejercicio de la abogacía por parte de algunos litigantes, evidenciando no haber preparado qué puntos y qué proposiciones fácticas pensaban acreditar con ese testigo, sino también lo indulgentes que suelen ser los jueces con los litigantes que desarrollan sus tareas de manera irresponsable. Tal como dicen Baytelman y Duce, el sistema inquisitivo es sobrecogedoramente indulgente con la ineptitud, la ignorancia y la falta de destreza de abogados y jueces⁸⁶.

Por otro lado, esa práctica revela un problema adicional. Si el litigante decide no contraexaminar, lo priva al abogado de la contraparte de continuar interrogando al testigo, evitando que pueda trazar una nueva línea de examen directo. Más si decide trazar una o varias líneas de contraexamen, estaría habilitando nuevamente a la contraria de continuar con el examen directo por cualquier plano, aún los no abordados en el contrainterrogatorio. Esta forma de interpretar el alcance posible del re-examen directo coloca una carga demasiado pesada sobre el derecho de contraexaminar a un testigo. El ejercicio de un derecho (en este caso, el de controvertir la prueba de cargo) no puede implicar la posibilidad de quedar en peor situación procesal, en el caso corporizado en la posibilidad de que la contraparte presente nuevas líneas de interrogación sobre puntos no controvertidos.

Al contrario, en el sistema adversarial, la ejecución de un contraexamen sobre determinados planos es una decisión profundamente estratégica, ya que cierra la posibilidad a la parte que propuso al testigo, de poder ampliar su examen directo sobre los puntos no abordados en el contrainterrogatorio⁸⁷. Precisamente por ello el contraexamen es posterior

⁸⁶ Conf. Baytelman y Duce, *op. cit.*, p. 31.

⁸⁷ Al respecto, ver Rua, G., *op. cit.*, p. 181.

al examen directo. Ahora bien, si al abogado litigante le dan la posibilidad de realizar su examen directo en varios estadios –una suerte de “varios tiros de gracia”–, el contraexamen pierde su lógica de prueba de refutación, amén de que la información llegue al tribunal muy sucia y entrecortada, debido a los innumerables capítulos de interrogación.

De allí que recién luego del contrainterrogatorio, el juez puede dar la posibilidad de que haya un re-examen directo centrado exclusivamente sobre los puntos desarrollados en el contraexamen⁸⁸. Así, si un litigante trabajó un examen directo sobre un testigo ocular y el contraexamen se limita exclusivamente a las condiciones de percepción de la testigo, el re-examen directo debe estar centrado exclusivamente sobre ese punto y sus subtemas (por ejemplo, visión, condiciones de percepción, luminosidad, horario, etc.). No podrá aprovechar el re-examen para introducir evidencia material que había olvidado, o trabajar sobre la presencia de otras personas en el lugar. Frente a una objeción de la contraparte, el tribunal no debiera admitir que el abogado trabaje sobre esa segunda línea de interrogación.

i. Posibilidad de volver a escuchar a un testigo que ya prestó su testimonio

De la mano de lo anterior (posibilidad de múltiples re-exámenes directos en el sistema inquisitivo), otra práctica tradicional en América Latina ha sido la de permitir que las partes requieran que los testigos permanezcan en la sala del tribunal, por si llegasen a necesitar volver a escucharlos. E incluso esta práctica opera aún sin la petición de alguna de las partes⁸⁹.

Esa práctica también repercute negativamente en la litigación –como herramienta destinada a obtener información de alta calidad con una genuina posibilidad de refutación–, y en el orden en que las partes presentan sus pruebas. Si primero se presenta la prueba de la acusación y, con posterioridad, la de la defensa, es para poder brindarle a ésta la posibilidad de controvertir las pruebas de cargo. Ahora bien, otorgar

⁸⁸ Las Reglas de Evidencia suelen ser muy precisas en esa materia. Así, las Reglas de Puerto Rico, bajo el n° 607 B, establecen que el “interrogatorio redirección se limitará a la materia objeto del contrainterrogatorio”.

⁸⁹ Por ejemplo, el art. 384 del CPP de la Nación aún vigente, establece lo siguiente: “Después de declarar, el presidente resolverá si deben permanecer (los testigos) comunicados en antesala”.

la posibilidad a la acusación de que declaren nuevamente sus testigos, luego de que la defensa presentó sus evidencias, implica una afectación a la garantía de la defensa en juicio, ya que ésta no podrá controvertir con otras evidencias esas nuevas pruebas de cargo.

Las facultades defensivas, como corolario de la garantía de defensa en juicio, comprenden la actividad de controlar la prueba de cargo, producir prueba de descargo y valorar la prueba reunida⁹⁰. Y la producción de la prueba de descargo, desde la lógica adversarial, necesariamente es posterior a la realización de la prueba de cargo, para que pueda tener efectiva vigencia el derecho a controvertir la acusación⁹¹. En esa línea, el recientemente aprobado Código Procesal Penal Nacional de Argentina, va más allá que el resto de los códigos de la región, fijando, como regla general, la imposibilidad de un segundo examen directo sobre un testigo que ya ha sido examinado y contraexaminado, salvo que se hubiera presentado prueba nueva y sea necesario examinar al testigo sobre los puntos trabajados con aquélla⁹².

Tampoco está permitido en el sistema adversarial requerir la presencia de testigos que ya han declarado para someterlos a un careo. El careo es un medio de investigación más que de prueba. Su finalidad está centrada en permitir a la acusación generar información para trazar nuevas líneas investigativas –hipótesis de investigación–, más no tiene peso en la producción de pruebas ni en la credibilidad de los testigos. Lo primero por cuanto el objetivo de un examen directo de un testigo está centrado en la acreditación de proposiciones fácticas y no en que éste discuta con otros testigos para que las partes y los jueces saquen conclusiones sobre ello. De hecho, si la contraparte no le parece creíble algún punto narrado por el testigo, tendrá el contraexamen para dejar en evidencia

⁹⁰ Al respecto, Maier, Julio, *Derecho Procesal Penal...*, op. cit., Tomo I, ps. 584-590.

⁹¹ De allí que todos los códigos adversariales de la región regulen expresamente que primero se desahoga la prueba de cargo y luego la de descargo. A modo de ejemplo, el Código Nacional de Procedimientos Penales Mexicano establece en su art. 395: "Corresponde recibir primero los medios de prueba admitidos al Ministerio Público, posteriormente los de la víctima u ofendido del delito y finalmente los de la defensa".

⁹² Así, se establece en el art. 264 lo siguiente: "No se podrá autorizar un nuevo interrogatorio después del contraexamen, salvo si fuera indispensable por considerar información novedosa que no hubiera sido consultada en el examen directo".

la falta de credibilidad de aquél⁹³. Lo segundo por cuanto la credibilidad o no de un testigo no puede estar centrada en cómo discute o defiende sus pareceres. No estamos analizando la calidad de orador o su fortaleza síquica para argumentar. Sacar conclusiones sobre la base de una discusión entre dos testigos no tiene la calidad de información requerida para fundar una sentencia⁹⁴. Es por ello que en los códigos adversariales no se encuentra regulado el careo como medio probatorio⁹⁵.

j. Incorporación de las declaraciones testimoniales brindadas durante la investigación

Los procesos mixtos en América Latina han sido demasiado laxos al permitir la incorporación por lectura de actas, ya sean éstas de detención, de secuestro; pericias, informes o simples declaraciones testimoniales tomadas durante la investigación penal preparatoria. En este último caso la cantidad de excepciones a la oralidad se ha mostrado como una barrera fácilmente franqueable frente a cualquier particularidad que se dé, como por ejemplo, que el testigo no fuera habido, cualquiera fuese el motivo⁹⁶.

⁹³ En igual sentido, afirma Chaia que las nuevas prácticas de litigación adversarial "tienden a suprimir este medio el que en aras de otorgar a las partes la facultad para interrogar y contra interrogar a los testigos, lo que hace perder significación y presencia al careo como medio idóneo para desentrañar los dichos de testigos e imputados" (conf. Chaia, R., op. cit., p. 575).

⁹⁴ Se trata de una limitación de la teoría de la prueba que, al no habilitar normativamente al careo como medio de prueba, no permite su utilización para la acreditación de un hecho. En este caso, el límite es más bien lógico y de sentido común. La información que ingresa por ese medio no tiene la calidad suficiente para fundar un fallo. Sobre los límites de la teoría de la prueba, ver Taruffo, M., op. cit., ps. 357 y ss.

⁹⁵ Así, ni el Código Procesal Penal de Ecuador, ni el de Chile, ni el de la provincia de Chubut, por citar algunos ejemplos, tienen regulado el careo como medio de prueba.

⁹⁶ Así, el CPP Nación aún vigente establece la excepción a la oralidad bajo las siguientes condiciones: Art. 391. Las declaraciones testimoniales no podrán ser suplidas, bajo pena de nulidad, por la lectura de las recibidas durante la instrucción, salvo en los siguientes casos y siempre que se hayan observado las formalidades de la instrucción: 1°) Cuando el ministerio fiscal y las partes hubieren prestado su conformidad o la presten cuando no comparezca el testigo cuya citación se ordenó. 2°) Cuando se trate de demostrar contradicciones o variaciones entre ellas y las prestadas en el debate, o fuere necesario ayudar la memoria del testigo. 3°) Cuando el testigo hubiere fallecido, estuviere ausente del país, se ignorare su residencia o se hallare inhabilitado por cualquier causa para declarar. 4°) Cuando el testigo hubiere declarado por medio de exhorto o informe, siempre que se hubiese ofrecido su testimonio de conformidad a lo dispuesto en los artículos 357 o 386". Sobre los Códigos Provinciales que siguen este modelo, ver Gómez Urso, J., op. cit., p. 111 y ss.

De hecho, en el plano argentino, fue la CSJN en el precedente "Benítez"⁹⁷, la que tuvo que salir a recortar esas excepciones sosteniendo que si una persona es condenada en base a una prueba de cargo que no pudo controvertir, porque ese testigo fue escuchado durante la investigación en sede policial y no se presentó en la audiencia de juicio oral, se ha visto afectada la garantía de defensa en juicio⁹⁸. Al contrario, en el sistema adversarial se parte desde una visión distinta, sustituyéndose el expediente por un legajo en el que se recolecta información que luego dará pie a la prueba que ofrecerán y producirán las partes durante el juicio⁹⁹.

Es claro que si no ha habido conformidad de partes, la inclusión de un acta donde consta una declaración testimonial afecta el contradictorio y la defensa en juicio, por un lado, y la intermediación entre el medio de prueba y el juez por el otro. Este último principio es fundamental para producir la convicción del tribunal sobre los hechos debatidos, pues es imprescindible la percepción directa de las declaraciones de los testigos¹⁰⁰, como así también la posibilidad de controvertir esa información. Sobre este punto Framarino dei Malatesta era categórico al negarle el

⁹⁷ En el fallo "Benítez" de la CSJN (del 12-12-06; B 1147 XL) se sostuvo que se había visto afectada la defensa en juicio. Allí se sostuvo que: "El hecho de que el Estado haya realizado todos los esfuerzos posibles para hallar al testigo y para satisfacer la pretensión de la defensa de interrogarlo, carece de toda relevancia, pues lo que se encuentra en discusión es otra cosa: si la base probatoria obtenida sin control de la defensa es legítima como tal. De allí que la invocación de la imposibilidad de hacer comparecer al testigo no baste para subsanar la lesión al debido proceso que significa que, finalmente, la parte no haya tenido siquiera la posibilidad de controlar dicha prueba". En favor del fallo, ver Muñoz, Damián, "El derecho de interrogar a los testigos, la incorporación por lectura y la distorsión de la oralidad en la etapa de juicio", *Jurisprudencia penal de la CSJN*, Hammurabi, Tomo 4, Buenos Aires, 2008, ps. 116 y ss.

⁹⁸ Habilitan la incorporación del testigo no habido, los Códigos de Córdoba (art. 397), Catamarca (art. 392), Buenos Aires (art. 366) y Tucumán (art. 406), entre otros.

⁹⁹ Ledesma, Ángela, "Proceso de reforma procesal penal y judicial. Momentos y ejes rectores", *Revista de Derecho Procesal Penal. El proceso penal adversarial*, AA.VV., Tomo 2, Rubinzal Culzoni, 2009, p. 31. En esa misma línea, el art. 56 de la Ley de Ministerio Público de la Provincia de Buenos Aires -ley 12.061- establece que los interrogatorios de los testigos deberán ser volcados en el legajo fiscal por simples anotaciones.

¹⁰⁰ En ese sentido, Horvitz Lennon, M. y López Masle, J., *op. cit.*, p. 286. Sobre este plano, apunta Muñoz Conde que es preciso verificar las reacciones del testigo, sus movimientos, sus miradas, en lo que se ha llamado psicología del testimonio. Al respecto, ver Muñoz Conde, Francisco, *Búsqueda de la verdad en el proceso penal*, Colección claves del derecho penal, Volumen I, Hammurabi, Buenos Aires 2000, p. 60.

carácter de "prueba judicial" al testimonio recibido durante la investigación, el que no debía ser considerado por el juez para basar su sentencia¹⁰¹.

Bajo la lógica que solo es prueba lo que ingresa a juicio oral a través del contradictorio y del principio de intermediación¹⁰², el sistema adversarial latinoamericano prohíbe la incorporación en juicio de información que no provenga de un genuino contradictorio entre las partes¹⁰³.

1.4. La nueva lógica de dos versiones en pugna

Sentadas las diferencias entre un modelo y otro, y los resabios del sistema inquisitivo morigerado que aún impactan en el sistema adversarial latinoamericano, debemos tener presente que, bajo la lógica de la prueba testimonial –examen directo y refutación de la información a través del contrainterrogatorio–, está el centro de la litigación que no es más que dos litigantes debatiéndose desde lo fáctico y jurídico por acreditar su hipótesis de ocurrencia de los hechos, a través del lenguaje de la prueba.

El juicio oral, desde la matriz adversarial no es un terreno de búsqueda de información, sino antes bien, es la presentación de la información ya conocida por las partes. Son los litigantes quienes verifican la información con la que cuentan, planifican su presentación de un modo estratégico y, a

¹⁰¹ Así, expresaba lo siguiente: "el carácter judicial del testimonio consiste en que se haya producido ante el juez competente para fallar la causa, y dentro del juicio público. Y no nos debe causar asombro si mediante la anterior noción les negamos carácter judicial propiamente dicho a los testimonios recogidos en el período sumarial por el funcionario competente. Sabemos que generalmente se consideran como judiciales los testimonios obtenidos por el juez instructor. Pero si esto es aceptable como ficción jurídica, no lo es como verdad exacta. Todo lo que se realiza, inclusive por parte de funcionarios competentes, fuera del juicio público, que es el verdadero, es siempre, en rigor, extrajudicial" (Framarino dei Malatesta, N., *op. cit.*, p. 78).

¹⁰² Al decir de Binder, "la intermediación se manifiesta como la condición básica que hace que esos actos y esas relaciones efectivamente permitan llegar a la verdad del modo más seguro posible, ya que la comunicación entre ellas y la información que ingresa por diversos canales (medios de prueba) se realiza con la máxima presencia de esas personas y, en especial, con la presencia obligada de las personas que deberán dictar sentencia luego de observar la prueba (los jueces y el jurado)" (Binder, Alberto, *Introducción al derecho procesal penal*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999, p. 102).

¹⁰³ Así el recientemente aprobado Código Procesal Penal Nación -ley 27.063 que a la fecha de publicación aún no entró en vigencia- solo permite la incorporación de una declaración testimonial por lectura cuando haya sido recibida a través de las reglas del anticipo jurisdiccional de pruebas, siempre que no sea posible la presencia de quien participó o presenció el acto (arts. 229 y 256).

través de las técnicas de litigación, la exhiben de un modo persuasivo. Claro que toda esa información no es totalmente coincidente entre sí. Resulta improbable que todos los relatos de los testigos, de los peritos, la información que se deriva de la prueba material, instrumental y documental, sea coincidente en todos sus planos¹⁰⁴. Cada testigo presenta un relato que es coincidente solo en parte con otras narraciones brindadas por otros testigos. La prueba material, la pericial, la documental y la informativa, que se presenta a través de testigos también brinda un relato sobre determinados hechos que coincidirá solo en parte con el relato que se adquiera con otras pruebas. Y ello precisamente, como dice Bergman, porque las recreaciones verbales provienen de seres humanos cuyos poderes de observación y de memoria son falibles y porque incluso las descripciones a través del lenguaje tienen un limitado poder para reflejar los hechos¹⁰⁵. Estas circunstancias nos muestran que la información que se deriva de cada prueba se parece a un rompecabezas o *puzzle*, en el cual cada litigante debe observar qué partes del relato –obtenido a través de los diferentes medios de prueba– “encajan” en su hipótesis sobre lo ocurrido –teoría del caso–, para presentarla de modo persuasivo, como así también qué relatos “no encajan” en su historia para refutarla o darle una explicación convincente. Ese es el sentido de la prueba testimonial, a través del examen directo –para presentar las evidencias que corroboran nuestra historia– y del contraexamen –para refutar la información que no encuadra en nuestro relato o darle una explicación lógica–. Por ello es que sostenemos que el examen directo y el contraexamen son el centro de la litigación.

Los testigos tienen su propia versión sobre lo ocurrido. Esta circunstancia fue la que provocó que erróneamente se sostuviera que los testigos eran imparciales, y de ahí sus derivaciones dejando que el Tribunal los interroge y que éstos declaren, en primer lugar, todo lo que saben. Sin embargo, esto no es así. Los testigos no son imparciales, en el sentido de que su relato se amolda más a la teoría del caso de alguna de las partes y, por ende, es más amigable o afín a una parte. Claro que no tienen un interés propiamente dicho, más allá de relatar “su” verdad. Pero es esa empatía la que lo coloca en una situación más amigable

¹⁰⁴ Si ese fuese el caso, no existiría ningún punto de debate o contradicción y una de las partes –acusación o defensa– debiera preguntarse qué está haciendo en la audiencia de juicio.

¹⁰⁵ Bergman, P., *op. cit.*, p. 18.

a una parte y, por ende, más hostil a la contraria. Por ello, se permite refutar esa información a través de un contrainterrogatorio.

En este nuevo modelo, tanto uno –examen directo– como el otro –contraexamen (también conocido como “*cross-examination*”)– tenderán a acreditar las proposiciones fácticas que, a modo de hechos, fueron presentadas en sus exposiciones iniciales. Mientras el “qué” (proposiciones fácticas) ya fue expuesto y prometido en los alegatos de apertura, les resta a los litigantes la tarea más dificultosa de “cómo” presentar esas evidencias y “a través de quién”.

De modo que el alegato de apertura sirve de guía para el examen y contraexamen de testigos. Es precisamente esa guía la que nos permite precisar, ya en la etapa preparatoria de juicio, qué testigos ofrecerá cada una de las partes, a diferencia de lo que ocurre en los sistemas mixtos en que la defensa suele ofrecer como prueba a los mismos testigos que ofreció la acusación, y como prueba documental todo lo que está agregado al expediente que, dicho sea de paso, es toda la prueba de cargo que reunió la acusación.

En ese entendimiento y colocando la lupa en las teorías del caso y estrategias decididas por una y otra parte, el juez no puede suplir la inactividad de ellas. Precisamente porque el juez desconoce las estrategias seguidas y para no perder la imparcialidad, deja de subsidiar a las partes, que tendrán la exclusiva responsabilidad de manejar sus propias estrategias en juicio para presentar la prueba de cargo y de descargo.

Este nuevo escenario requiere del litigante que realiza un examen directo una presentación persuasiva, una narración completa de los hechos que trabaje fuertemente sobre la escena del hecho –para poder colocar allí al juez o jurado–, la acción realizada y la credibilidad del testigo. Aquí también tenemos nuevos desafíos para los litigantes, muchos de ellos inexpertos, acostumbrados a realizar tan solo un vuelo rasante por los temas sin profundizarlos. En un juicio oral se requiere mucho más que enumerar las acciones o temas –lo que denominaremos a lo largo de esta obra como quedarnos en los “puros títulos”–. Se exige que haya un desarrollo desagregado de éstos. Éste también será un desafío para los litigantes.

2.

Los objetivos del examen directo

Como sostuvimos al inicio de esta obra, el litigante a través de sus testigos presenta una narración de los hechos, pero no cualquier narración sino una cuyo objetivo es obtener determinadas proposiciones fácticas relevantes sobre los hechos controvertidos del caso. Tener esta idea presente es el primer paso de una cadena de decisiones que debemos tomar para ejecutar una declaración testimonial de modo eficaz y persuasiva. Para tal fin, el litigante debiera comenzar respondiendo la siguiente pregunta: ¿por qué queremos que declare ese testigo? Si no logramos un motivo o una razón sólida sobre esa pregunta, entonces no debiéramos citarlo¹⁰⁶. Esa pregunta nos será de gran ayuda para trazar la importancia de ese examen directo. La segunda actividad está centrada en planificar y organizar concretamente cuáles serán los objetivos del examen directo que queremos cumplir. Para ello necesitamos contar con una matriz analítica que nos permita visualizar el caso de un modo más completo, exhaustivo y estratégico, observando las fortalezas y debilidades de cada testimonio, como así también los hechos controvertidos entre ambas teorías del caso. En tercer lugar, debiéramos preguntarnos cómo lograremos cumplir con esa finalidad, como lo llevaremos a cabo. Me refiero concretamente a las técnicas de litigación y a la forma de ejecutar el interrogatorio de manera estratégica, a través de la realización de preguntas apropiadas como medio para la construcción del relato.

¹⁰⁶Una estrategia pedagógica que suelo utilizar en los cursos de litigación consiste en requerir, a quien irá a realizar una práctica de examen directo sobre un testigo, que individualice concretamente qué proposiciones fácticas son las más relevantes del caso y que intentará obtener con ese testimonio.

La construcción del relato que hará el testigo no es una narración amplia y sin dirección ni control del abogado litigante, sino que está dirigida y su eje se centra en la construcción de una historia que trabaje adecuadamente las proposiciones fácticas que permitan acreditar nuestra explicación sobre lo ocurrido, esto es, “que permitan acreditar hechos relevantes para nuestra teoría del caso y que permitan darle valor a dichas afirmaciones”¹⁰⁷.

En líneas generales, la doctrina es coincidente en sostener que son cuatro los objetivos de un examen directo.

En primer lugar, debemos aprovechar el examen directo para fortalecer la credibilidad del testigo. En el nuevo sistema adversarial, el juez o jurado no cuenta con ninguna pieza procesal de los hechos¹⁰⁸ ni sabe quiénes son los testigos y por qué debe creerles. Que se haya admitido su declaración en juicio en la audiencia preparatoria o etapa intermedia, no presupone nada sobre su credibilidad. Al contrario, la credibilidad tiene matices que las partes deben acreditar y el juez valorar. No debemos olvidar que las reglas de comprobación, a través de la teoría de la prueba, no son otra cosa que una limitación a la información que puede ingresar a juicio (admisión), al modo de producirla (producción) y al formato de su valoración (reglas de valoración). Como vemos, la discusión sobre la prueba tiene distintos enfoques. En la etapa preparatoria solo se discute si un testigo puede ser admitido a juicio, esto es si es pertinente y relevante, como así también si la información fue obtenida de manera lícita. En la etapa de juicio lo que se discute es la credibilidad de la información obtenida. Para determinar la credibilidad de un testigo es necesario trabajar no solo si la persona es creíble (objeto de prueba), sino si lo que dice (testimonio) también merece un juicio asertivo de veracidad. Es por ello que el litigante debe brindar información de calidad a los jueces para solventar la credibilidad del testigo y del testimonio. ¿Cómo lo hace? Al brindar información

¹⁰⁷ Conf. Baytelman y Duce, *op. cit.*, p. 106.

¹⁰⁸ Solo recibe el auto de apertura a juicio. Sin embargo, han habido códigos adversariales en la región que han quedado a mitad de camino, exigiendo la remisión también del requerimiento de elevación a juicio, donde se encuentran plasmados los fundamentos de la requisitoria y extractos de las evidencias recolectadas durante la investigación, entre ellos, las testimoniales volcadas en esa etapa, con la consiguiente afectación a la imparcialidad del Juez de juicio, ya que recibe información no ingresada como prueba y que no tiene el control de calidad que le proporciona el contradictorio.

sobre quién es ese testigo –aspecto absolutamente desconocido por el tribunal– y por qué es creíble lo que refiere –entre otros planos, las condiciones del lugar donde el testigo percibió el hecho a través de sus sentidos, como ser iluminación, distancia, clima, etc.–. Este tipo de interrogatorio es conocido como preguntas de legitimación o acreditación del testigo y resultan ser las primeras que debemos formular antes de introducirnos en los hechos del caso. Por ahora nos quedaremos con esta información nuclear que luego ampliaremos en el apartado pertinente. Por último, el Juez no puede valorar libremente la prueba, sino que también está atado a las reglas de valoración que también operan como verdaderos límites.

El segundo objetivo del examen directo está centrado en la acreditación de nuestras proposiciones fácticas. Básicamente este es el objetivo central del examen directo, por lo que se requiere de algo más que pasar rápidamente por los “temas” del caso. Se exige precisión y detalles en los aspectos centrales del asunto. A diferencia del contrainterrogatorio en el cual la regla es “tocar y correr”¹⁰⁹, aquí es preciso dejar una imagen bien nítida de los hechos. Para ello es necesario reconocer que hay diferentes clases de hechos en un caso: hechos inamovibles o incontrovertibles –que por más que nos gustaría que no estén en el caso, sabemos que debemos armar nuestra historia haciéndonos cargo de ellos–¹¹⁰, y otros sujetos a discusión –controvertidos–. Como así también contamos con hechos que son positivos y otros que son negativos para nuestra teoría del caso¹¹¹. Es muy relevante poder encontrar cuáles son los puntos controvertidos, para basar más fuertemente allí la mayor cantidad de proposiciones fácticas sólidas y convincentes. Es allí donde se debe fijar el foco de atención del caso.

Veamos pues un buen ejemplo de alegatos de apertura que sintetizan hechos, sin exhibir ningún tipo de argumentación sobre la prueba y que grafican cuál es el punto en conflicto. En este caso, en la película *Phila-*

¹⁰⁹ Al respecto, ver Rua, G., *op. cit.*, p. 133.

¹¹⁰ Por ejemplo el hallazgo del arma homicida en la cintura del imputado. Es un hecho incontrovertible que un oficial de policía dice que la halló en la cintura del imputado. En ese caso la defensa debe hacerse cargo de ese hecho para construir su hipótesis del caso, salvo que pueda acreditar que es falso el hecho y que fue el policía quien le colocó el arma en su cintura.

¹¹¹ Ver, Moreno Holman, L., *op. cit.*, p. 76.

delphia (1993), dirigida por Jonathan Demme, observamos la demanda que un joven abogado de ascendente carrera, que contrajo el virus HIV, entabla contra el prestigioso estudio jurídico en el que se desempeñaba laboralmente y que, luego que tomaron conocimiento de su enfermedad, fue despedido. Esta es la transcripción de los alegatos:

Demandante:

Damas y Caballeros del Jurado. Olviden lo que han visto en televisión y el cine. No habrá testigos inesperados ni confesiones conmovedoras. Se les presentará un simple hecho: Andrew Beckett fue despedido. Oirán dos explicaciones de la razón: la nuestra y la de ellos. Les corresponde a ustedes escudriñar cada capa de la verdad hasta determinar qué versión suena más creíble.

Esto es lo que demostraremos:

Punto nº 1. Andrew Beckett era... es un brillante abogado, un gran abogado.

Punto nº 2. Andrew Beckett afligido por una enfermedad debilitante, decidió en forma personal, comprensible y legal, mantener en secreto su enfermedad.

Punto nº 3. Sus empleadores descubrieron su enfermedad. La enfermedad a que me refiero es el SIDA.

Punto nº 4. Entraron en pánico. Hicieron lo que casi todos queremos hacer con el SIDA: llevar al SIDA y a todos los que lo padecen lo más lejos que sea posible.

La conducta de sus empleadores parece razonable; a mí también. El SIDA es una enfermedad mortal, incurable. Pues no importa como juzguen a Charles Wheeler y a sus socios en términos éticos, morales y humanos. El hecho es que cuando despidieron a Andrew Beckett porque tenía SIDA infringieron la ley.

Demandado:

Hecho. El desempeño de Andrew Beckett en el trabajo varió de competente, bueno, a muchas veces mediocre e incluso absolutamente incompetente.

Otro hecho: Alega que es la víctima de mentiras y engaños.

Hecho: Fue Andrew Beckett quien mintió a sus empleadores, haciendo todo lo posible para ocultarles su enfermedad.

Hecho: Tuvo éxito en su hipocresía. Los socios en Wyant Wheeler no sabían que Andrew Beckett tenía SIDA cuando lo despidieron.

Hecho: Andrew Beckett se está muriendo.

Hecho: Andrew Beckett está enojado porque su estilo de vida, su conducta imprudente le han acortado su vida. Y en su enojo, su rabia ataca ferozmente. Y quiere que alguien pague. Gracias.

Como vemos en este caso, los litigantes plantean su teoría del caso en sus alegatos de apertura. En el caso de la acusación –demandante civil– plantea que el estudio jurídico sabía que Andrew tenía SIDA y que por ese motivo fue despedido laboralmente, infringiendo las leyes estatales. En el caso de la defensa –demandado civil– la teoría del caso estriba en que ese no fue el motivo del despido. El motivo del despido fue que el abogado era incompetente y que desconocían la enfermedad que padecía Andrew porque, sencillamente, éste ocultó su enfermedad a sus empleadores.

En esta primer etapa de análisis nos bastará con precisar que los litigantes han explicado sucintamente cuál es su teoría sobre cómo sucedieron los hechos, marcando sus puntos de discusión y sin realizar ninguna argumentación u opinión personal sobre la prueba, por cuanto ésta aún no fue introducida al juicio. Como vemos, ambos alegatos de apertura constituyen verdaderas hojas de ruta para mirar la evidencia. El jurado –o tribunal– ya sabe ahora no solo en qué consisten los hechos, sino también cuáles son las versiones en pugna. No está en discusión que Andrew trabajaba en el estudio Wheeler. Tampoco está en discusión que fue despedido. Esos son puntos acordados por las partes, ya que constituyen, en ambos casos, parte de sus propias teorías del caso. Es por ello que sobre estos puntos, las partes podrán presentar, eventualmente, acuerdos probatorios en la audiencia preparatoria de juicio, y es esperable que así suceda. El punto en discusión en el caso es si el bufete de abogados Wheeler conocía la enfermedad que padecía Andrew Beckett y si esa fue la causa del despido o si, por el contrario, la causa del despido fue que el demandante era incompetente en su trabajo. Es sobre estos puntos donde las partes deben trabajar fuertemente, a través de sus testigos y demás pruebas, para acreditar la mayor cantidad de hechos que den cuenta del foco de atención del caso. Es por ello que el relato que brindarán los testigos debe estar dirigido y encaminado a acreditar ese tipo de proposiciones fácticas (cómo se desempeñaba, cómo tuvieron conocimiento de la enfermedad, como varió el trato que le dieron en el estudio, que clientes y casos manejaba, si eran de mayor o menor exigencia profesional, etcétera). Y esa actividad requiere de una adecuada preparación.

Es muy frecuente, tal como lo mencionamos al inicio de este libro, que el abogado inexperto pase rápidamente y sin detalles por los puntos más importantes del caso, quedándose en los puros títulos. En estos casos es frecuente escuchar en los sistemas más adversariales que "faltó examen directo"¹¹². Y, en definitiva, el éxito de un juicio depende de la creación de una historia afirmativa verosímil durante el interrogatorio directo¹¹³.

El tercer objetivo del examen directo es la acreditación e incorporación de la prueba material. Este es un objetivo limitado a algunos testigos por cuanto no todos tendrán por función acreditar prueba material. Es más aún, habrá casos en los que no habrá ninguna evidencia para introducir al juicio. El cambio al modelo adversarial importó profundos quiebres en la forma en que se la incorpora, siendo ahora necesario que un testigo acredite la existencia previa del elemento dando su descripción, o el modo en que se preservó la prueba (cadena de custodia), para luego poder incorporarlo a los hechos y al caso. Para esta función debemos tener bien en claro cuál es el testigo más idóneo e indicado para la acreditación de la prueba material y el orden en que declarará. El testigo que acredite la prueba material debe ser necesariamente de los primeros en declarar, para luego utilizar con el resto de los testigos la evidencia material ya incorporada.

El cuarto y último objetivo de un examen directo está centrado en brindar información relevante para poder acreditar en el lugar otra prueba (ya sea material o testimonial). No se trata de un testigo que acredita evidencia material (tercer objetivo), sino que pueda dar determinadas referencias sobre un elemento o la presencia de otra persona, que den cuenta de la existencia de éstos en el lugar. Se trata de acreditar proposiciones fácticas que puedan dar mayor credibilidad o sustento a otras pruebas (materiales o testimoniales).

¹¹² Al decir de Baytelman y Duce, afirmación que compartimos, "si no hay suficiente examen directo sobre la proposición fáctica, no hay nada. No hay prueba. Tanto más si derechamente no se obtiene examen directo del todo sobre el punto" (Baytelman y Duce, *op. cit.*, ps. 108/109).

¹¹³ Conf. Bergman, P., *op. cit.*, p. 57.

3.

Planificación del examen directo

3.1. La relación entre nuestros testigos y la teoría del caso

Una vez que el acusador –público o privado– tomó la decisión estratégica de llevar el caso a juicio, y se discutió la admisión de las pruebas en la audiencia preparatoria de juicio, comienza la preparación de las partes para la audiencia de juicio. Hasta aquí, tanto la acusación como la defensa se habían ocupado de recolectar evidencias para, en primer lugar, analizar la viabilidad del caso (la aplicación de una eventual salida alternativa) y, en segundo lugar, precisar qué información presentarán en la audiencia de debate. Sin embargo, a pesar de toda la preparación que requiere la toma de una decisión tan estratégica como la de llevar el caso a juicio¹¹⁴, a las partes les resta aún mucho trabajo, consistente en cómo presentarán las evidencias, en qué orden, a través de qué testigo, cuáles son las fortalezas y debilidades de cada una de las pruebas, como preparar los exámenes y contraexámenes de testigos, etcétera. Recordemos que, como venimos sosteniendo, la preparación del juicio es bien anterior al desarrollo de la audiencia, y que ésta tiene como finalidad presentar información y no ir allí a buscarla¹¹⁵.

¹¹⁴ Decimos que es una decisión sumamente estratégica porque el sistema no está preparado para procesar todos los casos en juicio. En la mayoría de los sistemas penales los casos que terminan con audiencia de juicio son menores al 3 %. El Ministerio Público debe seleccionar adecuadamente qué casos resultan los más relevantes y con suficiencia probatoria para llevarlos a la etapa de debate. De allí que resulta ser una decisión profundamente estratégica. En igual sentido, Lorenzo, L., *op. cit.*, p. 134.

¹¹⁵ El buscar información en la audiencia de juicio, amén de la irresponsabilidad de encarar el caso de ese modo, parte de una concepción filosófica de verdad única y material en la que las partes deben ir en su búsqueda.

El primer interrogante que debe formularse todo litigante al comenzar a preparar su caso para juicio, es cómo debe presentarlo adecuadamente ante un jurado o ante un juez profesional que no conoce nada del asunto. Si bien el sistema por jurados tiene particularidades muy distintas al sistema en el que resuelve el caso un juez profesional, básicamente lo que une ambos modelos es que ni uno ni el otro tendrá un conocimiento sobre cuál es el caso que presentarán las partes, cuáles son las teorías del caso que se barajan, cuáles sus fortalezas y debilidades. Es por ello que la exposición inicial del caso no parece ser una actividad procesal meramente coyuntural o poco relevante. Al contrario, es la primera oportunidad que tienen los litigantes para presentarse ante el Tribunal y mostrar sus cartas como suficientes y creíbles.

Sintéticamente, una audiencia de juicio oral se divide en tres etapas bien diferenciadas en cuanto a sus objetivos. El primero compuesto del alegato de apertura o exposición inicial, consiste en la presentación que hacen las partes sobre su teoría del caso, sin poder alegar ni argumentar porque aún no se ha producido ningún tipo de evidencia. La segunda es la etapa de presentación de las pruebas que fueron admitidas en la etapa intermedia, que comienza luego de que finalizan las exposiciones iniciales. La tercer etapa es la única puramente argumentativa, en la que las partes argumentan y explican al tribunal cómo deben ser observadas y analizadas las pruebas que se produjeron en juicio (alegatos de clausura). De modo que siendo al inicio del juicio el primer momento en que los litigantes pueden expresarse ante el tribunal y que, vencida esta etapa, recién podrán volver a realizar manifestaciones en los alegatos de clausura, es conveniente una adecuada preparación de los alegatos de apertura para fortalecer la credibilidad no solo del caso, sino también del litigante, que repercutirá positiva o negativamente en la forma en que los jueces observarán la prueba.

Una vez que se presentan los alegatos de apertura, corresponde en primer lugar a la acusación y, luego a la defensa, presentar sus propias pruebas¹¹⁶. Al tratarse de un sistema oral y puramente contradictorio, salvo algunas excepciones, todo ingresará a través de los testigos o peritos, por lo que corresponde al litigante preparar adecuadamente

¹¹⁶ Así, por ejemplo, el art. 263 del Código Procesal Penal de la Nación, aprobado recientemente (ley 27.063, que aún no entró en vigencia).

quiénes serán sus testigos, cómo serán acreditados, sobre qué puntos declararán, quién y qué evidencia material acreditarán, qué debilidades presentan que podrán ser atacadas en un contraexamen y cómo fortalecerlos, ya sea antes –anticipo de debilidades– o luego –en el re-examen directo–.

De modo que nuestros testigos deben estar fuertemente entrelazados con nuestra teoría del caso, esto es, lo que pretendemos acreditar en juicio oral y que hemos planificado estratégicamente observando todos los elementos que componen el caso.

Básicamente, como idea inicial podemos afirmar que la teoría del caso no es otra cosa que la versión de los hechos de cada parte y que, de ser tenida por cierta, le permitirá ganar el caso en juicio oral (ya sea obteniendo una condena –en el caso de la acusación– o una absolución –para el caso de la defensa–) o, al menos, aproximarse al resultado esperado¹¹⁷. Claro que dicho así, no pareciera agregar nada nuevo a la forma en que trabajan los litigantes en los sistemas mixtos. Es más, me animaría a afirmar que quien se adentra a la lectura del tema con este texto, dirá que ello está especificado en el requerimiento de elevación a juicio –por parte de la acusación–, y en los dichos del imputado y la oposición a la elevación a juicio –por parte de la defensa–. Ello es en parte cierto y en parte no. O mejor dicho, limitar el alcance de la teoría del caso a una mera descripción sobre la intimación de los hechos, por parte de la fiscalía, o a negar su comisión por parte de la defensa, resulta equivalente a sostener que basta la afirmación de que el imputado cometió o no cometió un hecho para darlo por cierto. Se trata de una afirmación carente de proyección o perspectiva del caso. En el estudio de la litigación se suele mencionar que las opiniones personales de los litigantes no tienen peso alguno. Una teoría del caso que solo se

¹¹⁷ Muchas veces la teoría del caso parte de dar por cierto determinados hechos que permitan inferir un resultado o una explicación concreta. No necesariamente la teoría del caso debe circunscribirse a si el imputado fue o no fue el autor del hecho. Muchas de las veces la teoría del caso estará centrada en acreditar determinados hechos –proposiciones fácticas– que permitan acercarnos a una conclusión favorable, por ejemplo, que el autor actuó con intención homicida. Por citar un ejemplo, el comprar un arma de fuego, ir al domicilio de la víctima y blandir un arma, son indicios de que la muerte de la víctima de un disparo con un arma de fuego fue premeditado y no como consecuencia de un obrar culposo. La determinación de si se trató de un obrar culposo –ejemplo, se disparó el arma por error– o doloso, quedará en manos de un juez; más la acreditación de determinados hechos, cuanto menos, permitirán dar mayores elementos al juez para sostener su posición.

sustente en la afirmación de un hecho, sin una adecuada planificación para acreditar cada uno de los pequeños episodios que, en conjunto, conforman el hecho global, implica dejar todo el trabajo librado al azar. En ese sentido, pareciera ser una visión bastante miope del concepto de teoría del caso. El manejo de la teoría del caso requiere algo más, esto es, la elaboración de una estrategia, y su utilización como una herramienta metodológica que permita analizar y desmenuzar el caso, tanto en la investigación penal preparatoria –investigaciones autónomas de ambas partes– como en la etapa de juicio oral.

La teoría del caso abarca mucho más que el plano de los hechos intimatedos o negados. Pretender afirmar o negar cada hecho debe ser la conclusión de una responsable planificación estratégica y adecuada al caso. La teoría del caso, tal como afirmamos, es una herramienta metodológica que permite al litigante observar desde los hechos qué perspectiva tiene el caso, permitiéndole determinar, entre otros aspectos, los siguientes: a. las evidencias con que cuenta; b. las evidencias que aún no cuenta pero que debe investigar; c. qué proposiciones fácticas necesita para tener una mejor perspectiva del caso; d. determinar cuáles son los hechos incontrovertibles y que explicación podemos encontrar sobre éstos; y e. con qué pruebas va a acreditar cada una de las proposiciones fácticas. De modo tal que un litigante con un adecuado manejo de la teoría del caso pueda anticipar debilidades, explotar fortalezas, determinar cuál es la salida adecuada para el caso desde tempranos momentos de la investigación y, eventualmente, manejar las evidencias durante la sustanciación de la prueba en el juicio oral. Es como suelo manifestar en el ámbito docente: la elaboración en un pizarrón de un cuadro de la teoría del caso sirve como mapa o guía analítica para el litigante de modo tal que, de tener acreditados allí los extremos marcados, no debiera tener mayores sorpresas en el juicio oral.

El primer paso de un litigante consiste en identificar, a través de la teoría del caso, cuáles son los hechos controvertidos por donde pasa el conflicto (foco de atención), ya que sobre el resto de los hechos las partes podrán presentar acuerdos probatorios. Sin embargo, ésta no parece ser una tarea sencilla si no contamos con una guía analítica para identificar los puntos críticos del caso. Recordemos que un caso penal está conformado por un conjunto de versiones contrapuestas entre sí, y coincidentes, en algunas partes, con otras. Tal como afir-

man Baytelman y Duce, “lo máximo que tenemos es un conjunto de versiones en competencia, heterogéneas, fragmentadas, parciales y disímiles”¹¹⁸. Y es sobre estas distintas posiciones que cada parte debe armar su rompecabezas de lo sucedido, para conformar una hipótesis o teoría del caso que sea creíble y autosuficiente como para obtener el resultado esperado en un juicio oral. Esta tarea no es sencilla, ya que requiere brindar una explicación satisfactoria no solo sobre las pruebas de cargo, sino también encontrar una justificación sólida a las versiones de descargo que no son contestes con nuestra hipótesis. Para ello se requiere una actividad profundamente profesional y estratégica.

La teoría del caso, desde su enfoque más tradicional –y en una apretada síntesis–, propone identificar los hechos del caso y a través de aquéllos, trabajar en base a tres columnas –teoría jurídica, proposiciones fácticas o hechos a acreditar y prueba–. La teoría jurídica consiste en identificar aquéllos elementos del tipo penal, de la antijuridicidad y de la culpabilidad requeridos para la adecuación típica del hecho y obtener una condena. Como la prueba no habla el lenguaje jurídico, es preciso contar con proposiciones fácticas o afirmaciones de hechos, que obtendremos a través de la prueba, relevantes para acreditar cada uno de los elementos de la teoría jurídica. Difícilmente un testigo nos relate que el autor obró con dolo porque conocía todos los elementos del tipo objetivo y su voluntad se dirigió hacia tal fin. Un testigo hará afirmaciones (hechos o proposiciones fácticas) que servirán o no para que el Tribunal tenga por acreditado ese elemento de la teoría jurídica (en el caso, dolo). Por ejemplo, dirá que se acercó con un cuchillo, miró a su víctima y le dijo “te mataré”, mientras introducía su cuchillo en el abdomen de aquélla. Y serán esas proposiciones fácticas las que acrediten el elemento “dolo” en la teoría jurídica. En síntesis, es correcto afirmar que son determinadas proposiciones fácticas o hechos los que se obtienen a través de las pruebas (testimonial, material, etc.) y que sirven para acreditar cada uno de los elementos de la teoría jurídica. Y para poder tener, en definitiva, el hecho por acreditado, es preciso contar con una o varias proposiciones fácticas sólida, creíbles y persuasivas que prueben cada elemento de la teoría jurídica, a través de uno o varios elementos de prueba que sean

¹¹⁸ Baytelman y Duce, *op. cit.*, p. 78.

admisibles, lógicas y sólidas. De allí la necesidad de trabajar en base a un cuadro de columnas que nos identifiquen estos tres elementos.

Para poder tener un adecuado manejo de nuestro caso, es preciso seguir trabajando en base a ese cuadro con algunos agregados que luego propondré. Ese cuadro, el que puede ser consultado en cualquier obra sobre teoría del caso¹¹⁹, es una herramienta vital para dirigir la investigación, verificar con qué elementos contábamos para tomar una decisión estratégica sobre el caso y, en el supuesto de decidir ir a juicio oral, verificar también con qué evidencias contamos para respaldar cada una de las proposiciones fácticas necesarias para acreditar un elemento de la teoría jurídica.

Veamos el análisis de la teoría del caso en base al caso "Carmen", que puede ser consultado al final del libro y que sintéticamente describimos aquí:

"El 6 de julio pasado, alrededor de las 16:45 horas, mientras el subinspector Jara de la P.F.A. estaba realizando un patrullaje motorizado en las inmediaciones de la plaza lindante con la Facultad de Medicina, de la Universidad de Buenos Aires, ubicada en Av. Córdoba 2123 observó una serie de jóvenes presumiblemente estudiantes universitarios, que se encontraban rodeando e intercambiando palabras y elementos de manera nerviosa, observando en diferentes direcciones, con una mujer adulta, de aproximadamente unos 65 años, quien vestía una chaqueta de cuero negro, pantalones y zapatillas. Al pretender acercarse a ellos, los jóvenes se retiraron rápidamente, quedando solo la mujer. Luego de identificarse, el funcionario policial procedió a solicitar a la mujer su documentación. Ésta luego de revisar sus ropas, le indicó que no poseía identificación alguna. En estas circunstancias el funcionario pudo observar que la mujer portaba en distintas partes de su vestidura una gran cantidad de billetes de bajo monto y algunas bolsitas, usadas ordinariamente para vender droga, por lo cual procedió a revisarla encontrando en el bolsillo interior derecho de su chaqueta 9 bolsitas rectangulares de color blanco y \$400.

Al revisar el contenido de una de las bolsitas, encontró una especie de yerba de color verde, similar a la marihuana. Ante dicha situación el funcionario procedió a la detención de la mujer, haciéndole saber sus derechos, trasladándola luego a la Comisaría,

¹¹⁹ Recomendamos la lectura de Moreno Holman, L., *op. cit.*

donde aquella se identificó como Carmen Rosales, domiciliada en la Av. Córdoba 1297 de esta ciudad. Al formalizarse cargos, en su primera presentación a las 24 hs. del hecho Carmen dijo vivir en ese inmueble con su marido epiléptico y sus seis hijos. Además agregó ser consumidora de marihuana y que la encontrada en su poder tenía esa finalidad, además de compartirla con su marido que era epiléptico, ya que así le fue indicado a éste por su médico, para el tratamiento de su enfermedad. El dinero y la droga (9 gramos) fueron retirados a la detenida, guardándolos en dos bolsas plásticas selladas y rotuladas".

Sobre la base de este caso, el cuadro clásico de la teoría del caso desde el punto de vista de la acusación¹²⁰, sobre el hecho que de allí se desprende, nos indicaría lo siguiente:

Teoría jurídica	Proposiciones fácticas	Pruebas
1. Tenencia	1. La Sra. Carmen tenía entre sus ropas marihuana. 2. La campera en donde estaba la marihuana era de su propiedad. 3. No había prestado esa campera a nadie.	Testigos de detención, preventor, Carmen.
2. Estupefaciente	1. El material secuestrado fue peritado y se determinó que era marihuana. 2. El material peritado es el mismo que el secuestrado. 3. Se respetó la cadena de custodia. 4. El subinspector interviniente firmó y lacró el sobre con el contenido, tal como lo recibió quien lo peritó.	Perito, pericia, manejo de cadena de custodia, elemento peritado, preventor.
3. Dolo	1. Carmen sabía del contenido que tenía en su campera. 2. No era la primera vez que Carmen tenía marihuana.	Carmen, secuestro de la campera, preventor.

¹²⁰ Aunque el cuadro esté referido al caso de la acusación, la defensa también debe realizarlo desde ese enfoque ya que le permitirá conocer el caso de su adversario en el juicio. Por ello decimos que la teoría del caso es un juego de espejos, donde los puntos fuertes de la teoría del caso de nuestra contraparte son nuestras debilidades y nuestras fortalezas serán sus puntos débiles.

Teoría jurídica	Proposiciones fácticas	Pruebas
4. Finalidad de comercialización	1. Carmen sabía que tenía marihuana y la ofrecía a estudiantes por dinero. 2. Carmen comercializaba marihuana. 3. Carmen estaba rodeada de estudiantes intercambiando objetos. 4. Tenía plata y estaba sin trabajo. 5. Los billetes eran de bajo valor y en gran cantidad. 6. Tiene balanza de precisión en su domicilio ⁸ . 7. La marihuana estaba separada en sobres de 1 gr. cada uno. 8. La marihuana se vende por gramo.	Subinspector, estudiantes, allanamiento, secuestro, pericia y peritos sobre los materiales secuestrados, secuestro del dinero, pericia sobre los sobres, exhibición de sobres y demás efectos, experto en aspectos sobre venta de drogas.
5. Autoría	1. Carmen ofrecía sola la marihuana y la tenía consigo.	Testigos de detención y preventivo.
6. Consumación	+ El personal policial intervino luego de que intercambiaran objetos.	Ídem.
7. ¿Validez del procedimiento?	Opción A. Carmen no tenía documentos y al buscarlos por pedido del policía, posibilitó que éste viera que tenía marihuana consigo. Opción B. Carmen fue requisada por la policía por no tener documentos.	Subinspector, campera secuestrada y explicación sobre la misma.

Como vemos, a este cuadro de la teoría del caso –que podría ser profundizado–, aún le restan variables que nos podrían resultar de mucha utilidad para la preparación de un examen directo, como ser: determinar los puntos más relevantes de cada testimonio y decidir cómo preparar su relato para que sea persuasivo. Así necesitamos claridad en los siguientes tópicos: cuántos testigos presentaremos, en qué orden, qué prueba material acreditaremos y con qué testigo la haremos ingresar, qué fortalezas y debilidades presenta cada testigo, si conviene o no anticiparlas, cuáles son los grandes temas y subtemas de sus testimonios (con sus respectivas proposiciones fácticas a acreditar)¹²¹.

Este tipo de información no la podemos obtener en forma clara en el cuadro recién visto, sencillamente, porque está orientado a otros fines. La guía analítica recién tratada, como dijimos, tiene por finalidad determinar la seriedad del caso, reconocer los puntos críticos,

¹²¹ Como vemos, algunas de estas proposiciones fácticas no están aún acreditadas, y dependen de una medida de prueba que dé resultado positivo (en el caso un allanamiento donde se secuestre una balanza de precisión).

visualizar la actividad de la contraparte (juego de espejos) y, en definitiva, verificar qué decisión adoptar en el caso. Es por ello que está focalizado en las proposiciones fácticas y no en las pruebas, ya que son las primeras las que nos permiten identificar si tenemos o no un caso serio para ir a juicio (siempre que se cuente con prueba respaldatoria para cada proposición fáctica). Ahora lo que necesitamos es un cuadro inverso, centrado no ya en las proposiciones fácticas como el anterior, sino en las pruebas, que resulte complementario del anterior y que nos permita planificar un examen directo sobre la información que ya recolectamos en la etapa de investigación.

Así, proponemos la siguiente matriz analítica:

Test	Acreditar	Principales temas	Subtemas	Prueba material	Fortalezas	Debilidad	Orden
Oficial							
Test detención							

Cada una de esos temas debe ser completado previo al juicio, al momento de trabajar en la preparación del testigo para tener una guía clara de cuáles son los puntos más relevantes del testimonio, donde se debe profundizar el interrogatorio.

Avancemos un poco más completando el cuadro con el primer testigo: el Oficial Jara que detuvo a la Sra. Carmen.

Testigo	Acreditación	Principales Temas	Subtemas
Oficial Jara	1. Experticia. 2. Tiempo en la función. 3. Conocimiento del proceso. 4. Antecedentes. 5. Ausencia de sanciones. 6. Cuantificar cantidad de proceso en que intervino.	1. Observación previa a intervenir. 2. Actitud de las personas. 3. Petición de documentos. 4. Exhibición voluntaria de la imputada. 5. Secuestro de material.	1. Intervención de otros policías para el secuestro y cadena de custodia. 2. Visibilidad del lugar. 3. Cantidad de personas en la plaza.

Testigo	Acreditación de prueba material	Fortalezas/ Debilidades	Orden de presentación
---------	---------------------------------	-------------------------	-----------------------

Oficial Jara	1. Campera (destacar cantidad de bolsillos donde fue encontrado el dinero y la droga). 2. Marihuana (destacar el manejo de la cadena de custodia).	Fortalezas 1. Visión. 2. Experticia. 3. Actuación inmediata. Debilidades 1. No persiguió a los restantes. 2. Intervención inicial sin testigos.	1°
--------------	---	---	----

La elaboración de este tipo de cuadros, previo al juicio, constituye una herramienta vital para realizar un adecuado examen directo de un testigo, que nos permitirá profundizar en detalles centrales y tener una guía adecuada acorde a nuestra teoría del caso, sin el riesgo de olvidar algún punto relevante. Para ello, también es fundamental tener bien en claro cuáles son los grandes temas, fortalezas y debilidades del testimonio.

3.2. Clasificación de los testigos

Una vez que seleccionamos quiénes serán nuestros testigos en el juicio tenemos que tener bien en claro si se trata de testigos directos, indiciarios, de concepto o de oídas. En rigor de verdad, la clasificación que acabamos de realizar, seguida por la doctrina mayoritaria, no es adecuada ya que lo indiciario o directo no es la prueba en sí, sino la afirmación que el testigo formula (proposiciones fácticas). Incluso es frecuente que un mismo testigo realice manifestaciones directas o indiciarias (por ejemplo, un testigo directo también puede realizar afirmaciones de concepto). Sin embargo, por razones puramente prácticas la tomaremos por adecuada.

En función de esa clasificación diremos que el testigo de oídas es aquél que declara no en base a lo que percibió directamente, sino sobre lo que escuchó decir a un tercero sobre otros hechos. El testigo de concepto es aquél que si bien no declara sobre los hechos principales del caso, se lo considera relevante por cuanto testifica sobre el comportamiento anterior o posterior de alguna de las partes y que puede tener cierta implicancia, ya sea para sacar conclusiones sobre el hecho o, eventualmente, sobre la graduación del reproche. Testigo indiciario será aquél que afirma determinados hechos que requieren de una inferencia del juez para acreditar un elemento de la teoría jurídica. Por último, el testigo directo es aquél que declara sobre los hechos del

caso, lo que percibió por alguno de sus sentidos, siempre que se trate de información relevante para el caso.

El litigante debe realizar esta distinción para analizar la pertinencia de la prueba –etapa preparatoria de juicio– y, admitida ésta, el modo de interrogarlo. Los códigos latinoamericanos no han sido muy claros sobre este tópico, como si lo han hecho las Reglas de Evidencia del Sistema Federal Estadounidense. Así, la regla nº 602 limita la posibilidad de interrogar al testigo de oídas, ya que solo considera testigo a aquél que tenga conocimiento personal sobre los hechos, considerándose que lo tiene “cuando conoce los hechos, de primera mano, directamente, a través de sus sentidos”¹²². El testigo de oídas solo puede ser escuchado cuando se encuentre en audiencia aquél que hizo la referencia que escuchó. Así, si el testigo X declara haber escuchado a Y decir que observó a Z cometer un hecho, el testimonio de X solo será admisible en la medida que Y declare en juicio. La inexistencia de una norma concreta que regule esta cuestión no es un impedimento para abordar la materia, ya que desde las garantías constitucionales eso puede ser tratado en forma adecuada. La incorporación del testimonio de X en el ejemplo dado afecta el contradictorio para la defensa –pérdida de intermediación–, por cuanto si Y no es habido –que fue quien refirió observar a Z cometer el hecho–, no hay manera de que pueda generar contradictorio sobre aspectos esenciales que hacen a la credibilidad de ese testimonio, tales como: circunstancias de modo, tiempo, lugar, seriedad de la afirmación y demás detalles¹²³. En ese sentido, hemos afirmado que las normas de litigación se asemejan más a estándares que a reglas fijas, que tienden a fortalecer el contradictorio y la calidad de la información que ingresa a juicio. Con esto no queremos decir que ese testigo no pueda ser admitido como prueba.

¹²² Conf. Emanuelli Jiménez, Rolando, *Prontuario de derecho probatorio puertorriqueño*, Situm, 3º edición, San Juan de Puerto Rico, 2010, p. 340.

¹²³ Así Chiesa Aponte, refiriéndose al proceso penal en Puerto Rico y los Estados Unidos apunta como planos relevantes que hacen a la impugnación y credibilidad de testigos los siguientes: a. comportamiento del testigo mientras declara y la forma en que lo hace; b. naturaleza o carácter del testimonio; c. grado de capacidad del testigo para percibir, recordar o comunicar cualquier asunto sobre el cual declara; d. existencia o inexistencia de cualquier prejuicio, interés y otro motivo de parcialidad por parte del testigo; manifestaciones anteriores del testigo; carácter o conducta del testigo en cuanto a veracidad o mendacidad; y contradicción (Chiesa Aponte, *Derecho procesal penal de Puerto Rico y Estados Unidos*, Volumen II y III, Forum, Bogotá, 1995, p. 324 y ss.).

Simplemente podría tratarse de una exclusión temática del testimonio, autorizándose a declarar sobre otros planos del relato¹²⁴.

El testigo de concepto también requiere del litigante que éste pueda acreditar su relevancia en el caso y que, con la incorporación de ese testimonio no se vea afectada ninguna garantía constitucional. El juicio oral es, en definitiva, el mejor método conocido para presentar información a través de la inmediatez y el contradictorio. De modo tal que el juez debe velar porque la información que se presente sea de calidad y que no se busque con ella la generación simplemente de un prejuicio¹²⁵.

Como se ve, el litigante debe distinguir las diferentes clases de testigos que presenta para preparar su examen directo, decidir el orden de ingreso y planificar el modo de interrogarlo.

3.3. Orden de comparecencia de los testigos

Una vez individualizados los hechos, escogida la teoría jurídica aplicable al caso, seleccionadas las proposiciones fácticas de afirmación y refutación y la evidencia con la que pretendemos acreditar aquéllas, es preciso analizar cuál será el orden más persuasivo de presentación de cada uno de los testigos.

Aún hay poca experiencia y estudio en la región sobre el modo estratégico de presentación de la prueba. Los códigos mixtos limitaban la cuestión del orden de presentación de la prueba a lo que dispusiera el tribunal de juicio, en la falsa idea de que, como le corresponde la

¹²⁴ Pudiera declarar sobre otros planos distintos a aquél donde solo es testigo de oídas. Así, lo que debe trabajarse en la audiencia preparatoria de juicio es la exclusión de ciertos temas, esto es, se admite la prueba testimonial, pero limitada a determinados hechos (exclusión temática).

¹²⁵ Si bien los testigos de concepto son relevantes en sí, por cuanto más allá de no estar referidos al objeto procesal, de modo indirecto guardan relación con el caso, hay que verificar que con esta prueba no se tienda solamente a generar un prejuicio del juzgador, afectando así la imparcialidad del tribunal y la defensa en juicio. En palabras de Hernández, "ante una prueba que no prueba nada, sino que solo genera prejuicio, prácticamente no hay remedio. Si una decena de testigos declara haber sido víctima en épocas pretéritas del mismo tipo de delitos que hoy se enjuicia, que el responsable fue el mismo acusado y que la forma y las circunstancias de comisión son las mismas que hoy se le imputan, en términos prácticos la defensa no mejora mucho su situación alegando que cada uno de estos testimonios sería insuficiente para fundar una condena respecto de cada uno de los hechos narrados" (Hernández, H., *op. cit.*, p. 30).

organización de la audiencia en cuanto a la fijación de días y horarios, es éste quien debe medir los tiempos que demandará cada una de las pruebas y, por consiguiente, el orden de presentación de los testigos¹²⁶. El único punto en el que parece haberse avanzado es en el orden de la prueba, correspondiendo en primer lugar desahogar la prueba de la acusación, y luego la de la defensa¹²⁷. Claro que, como los ordenamientos inquisitivos parten desde la lógica de la búsqueda de una verdad absoluta, sumado a que no han dejado espacio para que la defensa pueda producir su propia investigación en búsqueda de pruebas autónomas, esta diferenciación entre prueba de cargo y descargo —o por decirlo con lenguaje adversarial, testigos amigables a la acusación y testigos hostiles—, ha pasado casi inadvertida.

Con la redacción de los códigos adversariales ha quedado de manifiesto que corresponde a las partes la selección del orden de presentación de sus evidencias y la obligación de hacer comparecer a juicio a sus testigos. El orden de presentación de las evidencias es una decisión profundamente estratégica que tiene por finalidad brindar el mejor ángulo posible sobre la información que se pretende acreditar en juicio. Para ello es imprescindible contar con un manejo absoluto de la teoría del caso, conociendo las proposiciones fácticas que pretendemos incorporar con cada testigo, cuáles son sus fortalezas y debilidades, cómo acompañaremos la prueba material y cómo fortalecer la prueba indiciaria si la hay.

Más relevante aún es el orden de presentación de la prueba en casos donde abundan evidencias indiciarias. A pesar de la creencia errónea de que la prueba indiciaria rara vez es suficiente para sustentar una condena, la práctica judicial y la experiencia misma de la vida nos enseña que muchas de las conclusiones a las que arribamos —jurídicas o no— están marcadas por un conjunto de indicios que, unidos entre sí, nos presentan un cuadro sólido de acreditación de un hecho. Estos

¹²⁶ Incluso como juez en la CABA, donde impera un sistema adversarial, he podido advertir que es frecuente que las partes no sugieran un orden de presentación estratégico. Créame que desde el rol de juez, la imagen y credibilidad de un litigante que no ofrece ningún orden, limitándose a sugerir que ingresen según el orden en que se presentaron por secretaría, disminuye considerablemente, porque demuestra no tener ninguna estrategia de preparación del caso.

¹²⁷ Aunque el avance no es absoluto, ya que en varios estados provinciales aún se mantiene la declaración del imputado como el primer acto de prueba del juicio oral, a pesar de ser un acto de prueba de la defensa.

indicios pueden ser relevantes no solo en el plano subjetivo del autor (dolo), donde la doctrina es coincidente en afirmar que el dolo se prueba con elementos indiciarios, sino también pueden ser muy relevantes para determinar otros planos como ser la autoría, la legítima defensa, la materialidad del hecho, etc. Llevándolo al caso Carmen, nada sabemos a través de prueba directa respecto de si la imputada tenía la marihuana con fines de comercialización –elemento subjetivo–. Ella nada ha dicho al respecto y tampoco contamos con un testigo que haya escuchado a Carmen decir que tenía la marihuana para comercializarla con jóvenes estudiantes. En otro caso hipotético, no tendremos acreditada la autoría a través de prueba directa. Pero tal vez contemos con varias proposiciones fácticas que den cuenta que los imputados fueron sorprendidos en la zona, con los elementos secuestrados y con características físicas similares a los denunciados. Y tal vez, sumados a algún otro indicio, tanto en el caso Carmen como en el recién mencionado sobre autoría, sirvan para presentar al juez las evidencias de modo tal que le permitan construir la inferencia de que Carmen actuó con dolo de comercializar la droga y que los imputados son los autores del hecho.

El orden de presentación de la prueba indiciaria es vital para lograr demostrar la inferencia que se pretende concluir. Si decimos que la prueba indiciaria debe ser clara, precisa y concordante para que nos permita extraer alguna conclusión, es preciso que la misma sea presentada al juzgador dentro de un bloque único de información¹²⁸. Si por el contrario los indicios son presentados en forma esporádica, separados y alejados entre una evidencia y otra, posiblemente la inferencia que se pretende construir no sea advertida por el juzgador. Y justamente uno de los principales objetivos del litigante en un sistema adversarial pasa por convertirse en un director del caso, en un presentador que debe ocuparse de narrar y persuadir. Así, volviendo al caso Carmen, si las proposiciones tendientes a acreditar el fin de comercializar la droga se presentan en forma aislada una de otra, y no se logra concatenar las mismas, seguramente estaremos alejándonos de la posibilidad de éxito.

¹²⁸ Tal como sostiene Leonardo Moreno Holman, las evidencias indiciarias deben presentarse de la forma más certera posible, preferentemente en un espacio de tiempo delimitado y “en un mismo bloque de información, pues de lo contrario se corre el riesgo de que el tribunal no sea capaz de unir los indicios, presentados en distintos momentos del juicio, para extraer de ellos la conclusión que busca el abogado” (Moreno Holman, L., *op. cit.*, p. 125).

Esta circunstancia será más notoria si se trata de un caso en que se cuenta con una gran cantidad de evidencias y que, por consiguiente, la prueba de la acusación quedará fraccionada en varios días de audiencias. Por consiguiente, la idea de trabajar sobre “bloques de información” será muy importante a la hora de analizar cómo será el orden de presentación de las evidencias.

No existe una regla unívoca para determinar de antemano cómo debe ser el orden de presentación de las evidencias. Pero no por ello deja de ser una decisión profundamente estratégica. La razón por la cual no existe una regla fija sobre el orden de presentación de las pruebas se debe a varias razones. En primer lugar, ningún caso es igual a otro. Es posible que existan casos parecidos que requieran de un tratamiento bastante similar. Un caso por una detención en flagrancia por un robo, o por una portación de un arma de fuego tendrá, en líneas generales, un cuadro probatorio bastante similar a otro caso iniciado en flagrancia por los mismos delitos. Sin embargo, hay varios aspectos que los puede diferenciar, y allí nace la segunda distinción. Ningún caso tiene las mismas evidencias y los mismos protagonistas. Los testigos serán distintos, la forma en labrar las actuaciones también, la cercanía de los testigos de actuación, la forma del procedimiento, la teoría del caso de la defensa, la credibilidad de los testigos, sus valores, creencias, prejuicios y personalidades tendrán –posiblemente– incidencia en su actuación. Todos estos aspectos requieren de un análisis pormenorizado y metodológico que incida en la forma en que presentemos las pruebas. En tercer lugar, no todos los casos cuentan con prueba material. Y esta circunstancia es relevante al momento de trazar la estrategia, ya que si pretendemos utilizar la prueba material con varios testigos –esto es, utilizar la misma para que los testigos den cuenta del lugar donde se encontró el elemento secuestrado–, es preciso comenzar la producción probatoria con el testigo a través del cual presentaremos y acreditaremos la evidencia material. En cuarto lugar, seguramente el tribunal no será el mismo en todos los casos. Así como es necesario, para tener un mayor impacto de nuestras ideas, analizar a los receptores de una conferencia previo al armado de la misma (no es igual si se trata de jóvenes estudiantes que de avezados litigantes), también en la litigación resulta fundamental analizar la postura del juzgador al momento de realizar la presentación de las evidencias.

Pero más allá de las razones antes vertidas que me persuaden de la necesidad de analizar caso a caso, si se pueden fijar ciertas reglas a tener en cuenta al momento de decidir cómo presentar las evidencias en juicio, las que resultan aplicables tanto para la acusación como para la defensa.

En primer lugar, habremos de tener en cuenta que es relevante comenzar y terminar nuestra presentación con pruebas fuertes y sólidas. Al inicio por cuanto pretendemos impactar, desde el comienzo del juicio, con un caso interesante y bien construido. Nótese que si acabamos de concluir nuestro alegato de apertura en el cual explicamos al tribunal que tenemos un caso serio, y les explicamos cómo deben observar las evidencias, es preciso comenzar la presentación con un testigo fuerte y relevante en el caso para no perder credibilidad. Asimismo, el dejar para el final un testigo que nada —o prácticamente nada— aporta, mostrará una imagen al tribunal de que no teníamos más evidencia (testigo que sobraba) o, peor que ello, podemos dejar una imagen negativa, que con ese último testigo queríamos acreditar alguna otra proposición fáctica que, finalmente, no obtuvimos. Así, habremos terminado nuestra tarea de presentación de pruebas de cargo —aún quedará la refutación a través de los contraexámenes— de un modo más bien débil. Y seguramente no es la imagen con la que queremos culminar nuestra presentación probatoria. Es por ello que ya tenemos una primera regla: tanto la primera evidencia como la última, deben ser pruebas fuertes y sólidas, que —en el mejor de los casos— no permitan otra explicación o refutación a la contraria.

En segundo lugar, debemos distinguir si se trata de un caso que presenta un único hecho o, por el contrario, son varios hechos. Del mismo modo, si se ha labrado uno o más procedimientos policiales (por ejemplo, procedimiento de detención, allanamiento posterior, secuestro, otras detenciones, etcétera). Para el caso de que se hayan realizado varios procedimientos o que la imputación esté centrada en más de un hecho, es aconsejable presentar “bloques de información” tendientes a discriminar por hechos o procedimientos, como forma de clarificar al tribunal los datos que se suministran. Esta cuestión debiera ser anticipada en el alegato de apertura, posiblemente a través de un gráfico como complemento de la explicación para clarificar aún más la forma en que se presentará la evidencia. En esos bloques de información suele recomendarse que los funcionarios intervinientes en cada procedimiento se presenten en forma conjunta, como forma de fortalecer la información

que se suministra y lograr despejar cualquier duda que pudiera generarse con lo afirmado por alguno de ellos. De esa manera el litigante puede visualizar si ya ha acreditado determinados extremos y, en su caso, desistir del resto de pruebas que resulten reiterativas.

En tercer lugar, otro aspecto relevante al momento de trazar la estrategia de presentación de las evidencias, pasa por intentar armar un relato cronológico, de modo que el tribunal pueda ir reconstruyendo la historia en forma temporal a cómo sucedieron los hechos. Para tal fin es necesario presentar, en primer lugar, las evidencias que relatarán los hechos desde su inicio, para dejar para el final los relatos posteriores del caso. Así los funcionarios policiales que tomaron intervención temprana en el hecho debieran declarar primero que los que llegaron con posterioridad, y así sucesivamente.

Un cuarto consejo pasa por agrupar la prueba en base al testigo “estrella” o “principal”. Tal como mencionamos, los testigos son amigables u hostiles a la teoría del caso de una u otra parte. De allí que cada parte cuente con un testigo con el que piensa acreditar las proposiciones fácticas más relevantes. Este testigo estrella no tiene que ser necesariamente la víctima. Es más, por cuestiones de credibilidad y lógico interés en el caso, es muy frecuente que aquella no sea el testigo estrella. Tampoco cabe calificar de testigo estrella a quien acredite más proposiciones fácticas, ya que puede que muchos de los hechos acreditados no sean de los más controvertidos en el caso. Lo relevante para poder determinar quién debe ser calificado como el “testigo principal” radica en verificar cuáles son los hechos controvertidos del caso y con quien pretendemos acreditarlos. En el caso de Carmen, está claro que, de contar con alguien que haya visto la escena que observó el preventor al inicio del procedimiento, éste será el testigo estrella de la fiscalía, mientras que para la defensa, posiblemente, el testigo estrella esté más centrado en el médico que habría recetado el consumo de marihuana como paliativo para las dolencias de la pareja de la imputada.

Una vez determinado el testigo estrella de cada parte, el paso siguiente del litigante pasa por precisar en qué orden será presentado, ya que no necesariamente es aconsejable comenzar a acreditar la historia con los dichos de aquél. Claramente si lo que queremos es exhibir un relato cronológico y el testigo principal no tiene su actuación al inicio (supon-

gamos que en el caso Carmen, la fiscalía cuente con un testigo que observó una actividad posterior donde se permite acreditar los hechos más relevantes del caso, como por ejemplo, observó a Carmen los días posteriores a recuperar la libertad con una balanza de precisión en la vía pública fraccionando marihuana y otros estupefacientes), no parece ser aconsejable su presentación inicial por más sólido que sea el testigo, ya que irá en contra de la regla de presentación cronológica de la historia. Así, parece aconsejable en aquellos casos que se inician a través de un procedimiento por un hecho flagrante, que el orden de presentación de la evidencia comience con el personal policial que dio inicio al caso, y no con la víctima u otro testigo. Con esto no queremos decir que sea aconsejable dejar entonces para el final al testigo estrella para terminar la presentación de evidencias de un modo fuerte, ya que de ese modo atentaría también a la comprensión del tribunal. Dejar para el final esa clase de testigos puede dar al tribunal una imagen, durante el transcurso de la audiencia, de poca evidencia.

Del mismo modo, no resulta aconsejable comenzar la presentación de la prueba con el testimonio de la víctima en casos en que se ha dado inicio a la investigación a través del accionar policial (flagrancia), ya que esa presentación pudiera ir en contra del orden cronológico de la evidencia (por ejemplo, un robo de un vehículo en flagrancia, en momentos en que su titular –víctima– no estaba en el lugar de los hechos). En cambio, en aquellos casos iniciados por denuncia, como regla general, sí resulta aconsejable comenzar la presentación de la evidencia a través de la víctima del caso, para que pueda ilustrar al tribunal desde la génesis misma del conflicto.

Un quinto punto a tener en consideración pasa por precisar de antemano si el caso contiene evidencia material, en cuyo caso deberemos analizar si la misma será utilizada por diversos testigos. En ese caso, entonces, debiéramos poner en un primer bloque de información al testigo a través del cual pretendemos incorporar la prueba material, para que luego pueda ser utilizada por los demás testigos en sus relatos. Así, si en el caso Carmen acreditaremos con varios testigos la droga y la balanza de precisión secuestradas (por ejemplo, peritos, personal que cumplió con la cadena de custodia, etc.), seguramente requeriremos al inicio contar con el testimonio del oficial policial que secuestró la droga y con el oficial de policía que, allanamiento mediante, ingresó al domi-

cilio de la Sra. Carmen y secuestró la balanza, quienes darán cuenta de la cadena de custodia de tales efectos e ingresarán los mismos al caso.

Un sexto punto a tener en cuenta, y que surge como lógica consecuencia de las conclusiones aquí vertidas, pasa por fijar como regla la preferencia por escuchar a los peritos sobre el final de la audiencia, ya que no son quienes han tenido la primera intervención en el caso (orden cronológico) y requieren de otros testigos preliminares que acrediten la existencia de prueba material peritada. Esta circunstancia hace poco aconsejable que podamos incluir a los peritos en el primer bloque de información, y suelen ser buenos testigos para cerrar la presentación probatoria.

Por último, el litigante deberá analizar en qué orden ubicar la prueba de refutación, que es aquella destinada a restar credibilidad a las evidencias de la contraria. Sobre este tipo de evidencias es aconsejable armar “bloques de información” en el cual se consigne, en primer lugar, la prueba de acreditación sobre un determinado punto, para luego incluir la prueba de refutación que permitirá que los descargos de la contraparte no resulten tan sólidos. Así, la acusación en el caso Carmen debiera comenzar acreditando que el material que tenía la imputada era marihuana, a través de un perito químico, para luego hacer ingresar a un perito médico que explique por qué no es aconsejable ni de buena práctica médica recetar marihuana como paliativo. Si bien parece más lógico que esa última evidencia se presente luego de la prueba de descargo, como ocurre en el sistema adversarial estadounidense en donde se presentan primero las pruebas de cargo de la acusación, seguidamente las de descargo de la defensa, para luego darse nuevamente la posibilidad a la acusación para que presente nuevas evidencias de refutación, finalizando la defensa con pruebas de contra refutación, lo cierto es que los sistemas latinoamericanos no hacen esa distinción. Es por ello que lo más aconsejable es que cada parte se anticipe a lo que pueda sostener la contraria, y presentar las evidencias que servirán para que, de presentarse prueba de descargo, la misma pueda ser rebatida en forma anticipada en un único bloque que facilite la comprensión del tribunal y que debiera ser anticipado en el alegato de apertura.

4.

Cómo interrogar a un testigo. El uso adecuado de las preguntas

Una vez que dimos los primeros pasos para determinar qué es lo que queremos obtener con cada testigo y por qué lo citamos a juicio, tenemos que analizar qué herramientas utilizaremos para dirigir nuestro examen directo y obtener proposiciones fácticas relevantes sobre los hechos controvertidos (lo que denominamos foco de atención del caso). Dijimos que el objetivo de un juicio oral contradictorio y profundamente adversarial está centrado en producir información de alta calidad, para que las decisiones que se adopten sean también de calidad. Ese es el objetivo de un sistema de audiencias. De allí que no toda pregunta esté permitida en el examen directo, quedando excluidas aquellas que pueden inducir a error al testigo o pueden contener la respuesta, ya que en ambos casos la información que ingrese al juicio es de dudosa legitimidad. De modo tal que debemos construir las preguntas apropiadas para la construcción del relato, e ir ganando credibilidad durante la ejecución del testimonio.

En líneas generales hay cuatro grandes tipos de preguntas que un abogado puede formular¹²⁹. Así, contamos con preguntas narrativas, que son aquellas que invitan al testigo a narrar lo sucedido. Por ejemplo: "Cuéntenos todo lo que sabe sobre el hecho". Con preguntas abiertas

¹²⁹ Así lo clasifica Coldberg, Steven, *Mi primer juicio oral*, Heliasta, Buenos Aires, 1994, p. 148. Desde el enfoque de la facultad que tiene un litigante de objetar las preguntas de la contraria, la clasificación es más amplia. Así son objetables las preguntas capciosas, sugestivas, compuestas, por opinión o conclusión, irrelevantes, sobre pruebas no introducidas por ilegalidad, sobre temas no admitidos a juicio. Sin embargo, todas esas preguntas objetables pueden ser clasificadas en abiertas, narrativas, cerradas o sugestivas.

que también invitan al testigo a narrar, pero que definen el tema de la respuesta y, por ende, tienen una limitada proyección. Por ejemplo, "¿Que observó cuando arribó al lugar?". En este caso, la pregunta también es narrativa, pero delimita previamente el ámbito de la información. También contamos con preguntas cerradas, que son aquellas que reclaman una respuesta específica. Por ejemplo, "¿de qué marca era el auto del acusado?". Por último, contamos con preguntas sugestivas que son aquellas que sugieren la respuesta al testigo. Así, "Dígame, ¿el acusado tenía un arma que empuñaba en su mano derecha?". Esta última pregunta sugiere varios puntos: en primer lugar, que el acusado tenía un arma, y en segundo lugar que la empuñaba en su mano derecha, por lo que pudiera ser objetable por ser una pregunta compuesta que apareja información de baja calidad. Si el testigo contesta en forma negativa, queda poco claro si niega los dos hechos que están contenidos en la pregunta compuesta, o solo uno de ellos.

La primer observación que cabe puntualizar es que cuanto más dominio tengamos del testigo y, por ende, de la información que éste introduce al juicio, menor credibilidad obtendremos del testimonio. Así, mientras que la pregunta narrativa –en principio– no afecta en nada la credibilidad del testigo, carecemos de dominio sobre los puntos que éste abordará en su declaración. Por el otro lado, en una pregunta sugestiva mantenemos el control de la prueba de manera absoluta, ya que solo declarará sobre el punto que previamente le marcamos, debiendo responder tan solo por "sí" o por "no". Sin embargo, y más allá de las objeciones posibles que podría realizar la contraparte, la respuesta puede carecer de credibilidad ya que es el abogado quien declara y no el testigo, que solo se limita a asentir lo ya dicho. Y francamente si hay algo que no queremos cuando finalice el juicio, es que el jurado o el juez solo recuerden al abogado hablando y no lo que decía el testigo¹³⁰.

Veamos algunos ejemplos y consejos para el adecuado manejo de las preguntas, verificando en cada caso las ventajas e inconvenientes que éstas presentan.

¹³⁰ En palabras de Baytelman y Duce, se prohíben las preguntas sugestivas en el examen directo, por cuanto, "en ese caso, éstos (los testigos en el examen directo) no estarían sino dejándose guiar por el abogado que los presentó y a favor de cuya parte vienen a declarar" (Baytelman y Duce, *op. cit.*, p. 61).

4.1. Las preguntas narrativas

Como dijimos, las preguntas narrativas invitan al testigo a que cuente todo lo que sabe, con sus propias palabras, fijando las partes que considere más relevantes del caso, que pueden coincidir o no con nuestras estrategias respecto de qué temas queremos profundizar y en qué aspectos no resulta importante detenerse. Veamos algunos ejemplos:

¿Qué sucedió el 3 de enero de 2011?

¿Cuéntenos todo lo que sabe sobre el hecho?

Explique su intervención médica en la operación practicada sobre la víctima.

¿Cuéntele al tribunal todo lo que observó?

Este tipo de formato, en líneas generales, responde al modelo del sistema inquisitivo. En éste, usualmente se mantenía una fórmula legal según la cual el testigo, antes de ser interrogado por las partes, debía manifestar "todo cuanto supiera sobre el hecho". Un interrogatorio limitado exclusivamente a preguntas narrativas resulta ser un profundo error estratégico, o mejor dicho, exhibe la carencia de estrategias¹³¹.

Es cierto que a través de estas preguntas se fortalece la credibilidad del testigo. Si el testigo narra bien los hechos, con lujo de detalles en los aspectos trascendentes y omite los datos irrelevantes, es posible que deje una muy buena impresión en el tribunal (aunque también corremos el riesgo de proporcionar una imagen de un testimonio ilegalmente preparado). Pero lo cierto es que rara vez un testigo maneja adecuadamente esa información del caso, por lo que difícilmente podrá dar una versión tan sólida y creíble. La información que requerimos de un testigo difiere considerablemente del relato social de los hechos. Necesitamos explorar detalles en los planos que nos parecen más relevantes para el caso, en el "foco de atención" del litigio –hechos controvertidos–, y que pase rápidamente por donde no requerimos mayores precisiones –hechos irrelevantes o no controvertidos–¹³². Sin embargo, no podemos

¹³¹ Con esto no queremos afirmar como incorrecto comenzar nuestro interrogatorio a través de una pregunta narrativa. Eventualmente, se podría utilizar este recurso, siempre que contemos con un testigo hábil para declarar y que fijemos la información relevante a través de preguntas cerradas de seguimiento.

¹³² Es por ello que Baytelman y Duce, al hablar de examen directo, hacen la comparación con el "cine" y la "dieta", en el sentido de asemejarnos al director del cine al profundizar determinados detalles,

dejar de remarcar que es el **formato de pregunta** que menos control le permite mantener —con el riesgo **que ello implica**—, ya que una regla de oro de la litigación es mantener dominio sobre la prueba. La utilización de este **tipo** de preguntas requiere una **concentración adicional** en el **litigante**: **debe** estar atento para la realización de preguntas **cerradas** de seguimiento, que le permitan recuperar el control de la prueba.

Veamos un ejemplo de lo que puede suceder con una pregunta narrativa.

P: díganos que sucedió el día del hecho.

R: Bueno ese día me había levantado temprano, porque rara vez puedo dormir más allá de las 8 ya que tengo fuertes dolores de espalda. A pesar de que lo estoy tratando, los médicos no logran dar con la tecla...

Aquí frente a una pregunta narrativa, vemos que el testigo empieza a ir a puntos que no le interesan al tribunal; por consiguiente pierde el interés en el caso, y es posible que no esté atento para cuando declare algo relevante. Por otra parte, le hacemos perder el tiempo al tribunal, bajando nuestra **credibilidad** como litigante. Por ello, no es aconsejable la utilización de preguntas narrativas frente a testigos que tienden a disgregar o ramificar los temas —seguramente, Ud. conocerá mucha gente que tiene este déficit de atención y que nunca terminan de contar una historia por la cantidad de episodios que van incluyendo a cada paso—. Mantener el formato del relato social de los hechos no permite al Tribunal apreciar fácilmente los vínculos entre la evidencia importante y las proposiciones fácticas sobre hechos controvertidos, las que quedan ocultas en una maraña de información poco relevante. El litigante ya conoce el caso y la información que pueden brindar sus testigos (etapas de **investigación** y **planificación**). Solo resta presentar **adecuadamente** los **datos relevantes** para inclinar la balanza para uno u **otro** lado.¹³³

y “adelgazar” la historia en planos irrelevantes (Baytelman y Duce, *op. cit.*, ps. 115 y 117). En igual sentido, afirma Bergman la importancia de ampliar y comprimir la historia. Comprimir el relato en las **partes menos trascendentes** es necesario tanto para facilitar el **manejo eficaz de los juicios** como para facilitar su **comprensión** por el juzgador de las proposiciones fácticas en disputa. Ampliar es relevante para **marcar** los detalles más relevantes del caso (Bergman, P., *op. cit.*, ps. 62 y ss.).

¹³³ Nada que colme más la **paciencia de los jueces** que los **exámenes directos** que no apuntan a nada relevante y que **deambulan** por las **penumbras** de los hechos **no controvertidos** e irrelevantes para la solución del caso. Si Ud. no quiere que eso suceda, entonces debe planificar adecuadamente cómo introducirá la información relevante a través de sus testigos.

Otra variable que se puede presentar es que el testigo, frente a una pregunta narrativa, relate absolutamente todo de manera superficial, pero sin detenerse en ningún detalle. Veamos un ejemplo del caso Carmen.

P. Cuéntenos todo lo que observó en la plaza.

R. Bueno, estaba la Sra. Carmen, que la conozco del barrio, intercambió unos objetos de manera nerviosa con unos jóvenes. Luego me vieron, salieron corriendo, la detuve y le secuestre una sustancia similar a la yerba, que resultó ser marihuana.

Como vemos en este ejemplo, la pregunta narrativa no ha servido para acreditar prácticamente ninguna proposición fáctica. Solo hay un repaso muy ligero por los hechos, pero ninguno tiene la fuerza para tenerlos por acreditados. Si aquí el litigante dijera “no tengo más preguntas”, el caso está perdido por cuanto el fiscal se quedó en los “puros títulos” y, como se dice en litigación, “faltó examen directo”. Es por ello que si la estrategia consiste en formular una pregunta narrativa y el testigo desempeña un mal papel, debemos utilizar rápidamente preguntas de seguimiento, tales como: “Permítame detenernos en algunos puntos, Ud. dijo que intercambió unos objetos, ¿qué objetos?”; “¿y a qué distancia lo vio?”; “¿qué quiere decir con que intercambió objetos “de un modo nervioso”?”; “¿cuántos jóvenes había?”; “¿cómo fue que lo vieron y cómo fue la actitud?”; etc. Todos ellos son capítulos separados que requieren desarrollo y precisión.

Las preguntas narrativas no solo son inconvenientes en testigos que tienden a disgregar hechos y en testigos que pasan rápidamente por los temas sin fijar ningún punto. Tampoco es aconsejable su uso con testigos que tienen ciertos prejuicios que pueden dejar impregnada una mala imagen, o aquellos que resultan un poco hostiles al prestar su testimonio. Veamos dos ejemplos que lo ilustran.

Ejemplo.

P. Cuéntenos que le observó hacer al imputado.

R. Que le cuente... ¿Qué iba a hacer? Lo que hacen todos los pungs, ¡ladrones!!, maltratar a todos, amenazarnos, golpear-nos... Habría que matarlos y problema resuelto.

Ejemplo.

P. Cuéntenos ¿qué pudo observar?

R. Un robo.

P. ¿Y cómo fue ese robo?

R. Como todos. Entró, robó, salió y se fue. Y sigue en libertad, aún, mientras que yo estoy acá declarando sin poder disponer de mi tiempo porque...

Como vemos en estos casos, la utilización de preguntas narrativas no ha sido una buena elección. Mientras que en el primer caso el testigo se presenta como alguien que tiene ciertos prejuicios (que es preferible que no salgan en el examen directo) y no introduce ninguna información relevante, en el segundo caso el testigo no tiene intención alguna de colaborar con una declaración completa. Así, en el primero, lo único que logramos acreditar es que nuestro testigo tiene muchos prejuicios que pueden incidir en su determinación de los hechos y, por ende, tiene un alto costo en credibilidad. En el segundo, lo único que queda acreditado es nuestra falta de preparación para la audiencia y el poco manejo que tenemos de las destrezas y habilidades en litigación oral.

La formulación de una pregunta narrativa también presenta el riesgo de ser objetada por irrelevante, ya que si el testigo empieza a irse a puntos que no son los del caso, estará distraendo al tribunal y haciendo perder el tiempo a todos los presentes¹³⁴.

Si nos pasara de comenzar así un examen directo, todavía tenemos un antídoto distinto y más efectivo que salir corriendo desesperado de la sala de audiencias. Tenemos la obligación de intercalar preguntas cerradas (de seguimiento), interrumpiendo al testigo en su relato. No es la mejor imagen, pero al menos volvemos a tener el dominio sobre la prueba y sobre el ingreso de la información; algo que habíamos perdido y que realmente tiene mucho valor en un juicio adversarial.

Así, cuando el testigo comienza a declarar sobre sus prejuicios, debemos frenarlo y reencauzar su declaración a través de una pregunta tendiente a obtener la información que pretendemos incorporar. Veamos.

P. Cuéntenos que observó hacer al imputado.

R. Que le cuente... Que iba a hacer. Lo que hacen todos los...

¹³⁴ Existe la posibilidad de que el Tribunal, frente a una pregunta que por su amplitud no interroga concretamente nada ni focaliza en ningún eje, pueda interpretarla como irrelevante.

P. Permítame interrumpirlo. Al Tribunal no le interesa su opinión en líneas generales, sino en el caso en concreto. Puntualmente que hizo en este caso el imputado. Por favor sea preciso en las respuestas.

Nuestra conclusión es que la realización de preguntas narrativas presenta sus riesgos, y solo debiera utilizársela en caso de testigos que saben claramente qué es lo que esperamos que declaren. Usualmente alguien que conozca la práctica de un examen directo, como puede ser un oficial de policía (acostumbrado a declarar en juicio por trabajar, por ejemplo, en una brigada), puede ser —eventualmente— un testigo idóneo para responder a preguntas narrativas y así, con su utilización, fortalecer su credibilidad, permitiendo que el abogado tenga una participación menor en el interrogatorio.

4.2. Preguntas abiertas

Como bien afirma Bergman, la pregunta abierta es en realidad una subespecie de las narrativas, solo que con un alcance más limitado¹³⁵. Usualmente la pregunta narrativa no da ningún límite o contorno preciso, mientras que las abiertas, de algún modo, fijan un objeto o tema para que el testigo se explye.

La ventaja comparativa con la pregunta narrativa es que, al formular un límite temático, el riesgo de que los testigos declaren por fuera de la línea de interrogación se vuelve mucho menor. También la otra ventaja que presenta es que, como contiene cierta precisión, no se corre el riesgo de ser objetada por irrelevante o impertinente. Veamos algunos ejemplos.

¿Qué sucedió luego?

¿Qué hizo el imputado al ingresar?

Después de quedar frente a frente, ¿qué le dijo?

Como vemos, todas estas preguntas están apoyadas en respuestas dadas por el testigo. También tienen la enorme ventaja de dejar al testigo como el protagonista central en la formulación del relato, aumentando así su credibilidad ya que al no estar limitado en su contestación, tenderá a utilizar sus propias palabras para explicar lo sucedido, quedando

¹³⁵ Conf. Bergman, P., *op. cit.*, p. 88.

en la mente del juzgador la imagen del testigo declarando y no la de su abogado preguntando e interrumpiendo.

Con este formato de pregunta se mantiene más control sobre la prueba. Sin embargo, aunque en menor medida, corremos los mismos riesgos de las preguntas narrativas –son una subespecie de aquéllas–, y los potenciales costos que puede acarrear cuando el testigo no responde sobre la base de los ejes centrales –hechos controvertidos–, o bien se queda en detalles irrelevantes para el caso. Por ello el litigante debe estar constantemente atento para la introducción de preguntas cerradas de seguimiento que le devuelvan el control sobre la forma en que se introduce la información¹³⁶.

4.3. Preguntas cerradas

La ventaja que nos proporciona la utilización de preguntas cerradas durante el examen directo radica, principalmente, en que permite orientar la respuesta del testigo exclusivamente sobre los puntos que nos interesa acreditar con su testimonio. Se trata de preguntas que están direccionadas a la búsqueda de determinadas proposiciones fácticas (por ejemplo, en el caso Donda que está al final de este libro, pudiera estar orientada a la marca del vehículo en el que se retiraron, la cantidad de personas que había en el bar, la hora del día, etc.), pero que no llegan a sugerir la respuesta al testigo, circunstancia que las convierte en preguntas sugestivas y, en principio, prohibidas en el examen directo.

La distinción entre una pregunta cerrada y una sugestiva suele ser un límite muy difuso que ha dado a confusiones. Es importante marcar con la mayor precisión posible su diferenciación, ya que mientras en un caso la pregunta es admisible –cerrada–, en el segundo es pasible de objeción –sugestiva–. La dificultad en reconocer si se trata de una u otra se debe a que existe una relación de género a especie entre ambas. Así, la pregunta sugestiva es una especie dentro de las preguntas cerradas. De ahí que sea correcto afirmar que las preguntas cerradas (género) puedan ser sugestivas o no (especie).

¹³⁶ En igual sentido, Baytelman y Duce, *op. cit.*, p. 133, quienes afirman que en las preguntas abiertas es inevitable mantener al testigo bajo control, lo cual se logra cerrando las preguntas, o interrumpiendo cortésmente al testigo con preguntas de seguimiento.

Mientras que en el primer caso (pregunta cerrada), dejamos en manos del testigo la posibilidad que dé una u otra respuesta, en el segundo caso (sugestiva) solo permitimos que conteste por un sí o por un no.

Veamos primero ejemplos de preguntas cerradas no sugestivas y, luego, la manera equivocada de hacerlo sugestivamente.

¿De qué color era el auto?

¿Con cuántas personas venía el imputado?

¿Tenía algún elemento el imputado en su mano?

Con la realización de estas preguntas, en principio, no se está introduciendo información, ya que no se sugiere respuesta alguna. Decimos en principio, porque se trata de preguntas que han sido excluidas de su contexto –la declaración del testigo en juicio–. Así, estas preguntas son válidas y admisibles, siempre que el testigo haya declarado previamente que había un auto y que el imputado no estaba solo.

En la tercera pregunta es más complejo determinar si es o no sugestiva. Si bien sería en principio válido afirmar que no se sugiere la respuesta (con la pregunta no se dice si el imputado tenía algo y, en su caso, qué elemento era), dependiendo el contenido del testimonio pudiera ser objetable, ya que da a entender que el imputado efectivamente tenía algo en sus manos. Desde la lógica adversarial, nadie interrogaría a su testigo sobre algo inexistente. Sería una suerte de trampa, salvo que se esperase una respuesta negativa. Pero si lo que se espera es una respuesta afirmativa, de algún modo esa pregunta está sugiriendo algo. Pero aún así, no se está sugiriendo qué elemento llevaba. Como vemos, no se trata de una regla fija ni de un límite preciso, sino más bien un estándar que el juez debe tener presente para decidir, frente a una objeción, si limita o no el ingreso de información.

Veamos ahora la manera objetable de hacerlo.

¿El auto era de color azul?

¿El imputado tenía un arma en su mano derecha?

El imputado, al ingresar al banco, ¿lo hizo en presencia de dos personas más?

En estos casos, la pregunta contiene la información que pretendemos introducir al juicio, por lo que su utilización –en principio– no sería admisible. Claro que para que no pueda ingresarse se requiere de una

objeción de la contraparte y que se trate de información relevante y controvertida. Sin objeción el juez no puede frenar el ingreso de información, aunque si debiera asentar en sus apuntes que se trata de afirmaciones de baja calidad, insuficientes en principio para acreditar un hecho, salvo que estuviese apoyado con otras pruebas¹³⁷.

Las preguntas cerradas son fundamentales para guiar el interrogatorio y mantener el control del testimonio. Es muy frecuente que el testigo, frente a preguntas abiertas aun limitadas a un punto, se explaye en planos que no tienen relevancia para el caso y hagan un vuelo rasante en aspectos que quisiéramos que se detengan para ilustrar al tribunal. Un buen litigante tiene que estar atento a lo que va declarando el testigo, para ir introduciendo las preguntas cerradas necesarias para que éste desarrolle los puntos donde queremos que sea más específico.

La utilización de preguntas cerradas también presenta un inconveniente. Obliga al litigante a intervenir un mayor número de veces, a diferencia de las preguntas abiertas donde deja al testigo que se explaye libremente. Una exagerada utilización de preguntas cerradas nos puede eventualmente traer inconvenientes en la credibilidad del testigo¹³⁸. Sin embargo, es absolutamente necesario asumir el riesgo, ya que su utilización es fundamental para el control de la prueba y la realización de un adecuado examen directo.

Las preguntas cerradas contienen otras virtudes. En primer lugar, es la herramienta adecuada para proporcionar detalles de la historia, que hará que el testimonio sea más persuasivo. Si el testigo está dando libremente su versión de los hechos y, frente a preguntas cerradas, da respuestas precisas y satisfactorias, deja una muy buena impresión al tribunal. Supongamos un caso en el que el testigo declara haber

¹³⁷ Si la proposición fáctica solo está basado en la respuesta de un testigo a una pregunta sugestiva, el hecho no debiera quedar acreditado. Sin embargo, si también se contaba con otras pruebas que habían acreditado la misma proposición fáctica, se la debiera tener por acreditada.

¹³⁸ A diferencia de la mayoría de la doctrina, consideramos que solo un uso excesivo e inadecuado de las preguntas cerradas puede tener alguna afectación en la credibilidad del testigo. Como acabamos de sostener las preguntas cerradas no contienen información, por lo que no vemos cómo, con su uso, puede disminuirse la credibilidad del testigo. Solo cuando su uso es inapropiado, excesivo, constante, que interrumpe al testigo, podemos llegar a dejar la imagen de que es el abogado quien introduce la información (aunque ello no sea francamente cierto), y que se trata de un testigo que está limitado solo a decir lo que el abogado quiere escuchar, sin fundamentar sus respuestas.

observado al imputado caminar por la calle empuñando un arma. La utilización de preguntas cerradas puede fortalecer la credibilidad de su testimonio. Veamos.

P. Nos acaba de decir que vio al imputado con un arma. ¿A qué distancia se encontraba Ud.?

R. A unos 3 metros aproximadamente.

P. ¿Y qué estaba haciendo allí?

R. Había ido a realizar una compra al mercado y estaba saliendo, cuando lo vi pasar frente a mí.

P. ¿Qué tipo de arma era?

R. Una pistola.

P. ¿De qué color?

R. Plateada. Brillaba con la luz del sol.

Como vemos, la utilización de preguntas cerradas para brindar detalles (distancia, justificación de su presencia en el lugar, tipo de arma y color) fortalecen la credibilidad del testigo¹³⁹.

En segundo lugar, su utilización permite la organización del relato. Como veremos más adelante, la preparación del testimonio implica la selección de temas, subtemas y las proposiciones fácticas que debemos incluir necesariamente en el examen directo. Por eso aconsejamos que el litigante, al momento de realizar su examen directo, no lleve agendado un listado de preguntas —que lo distraerán de su función—, más si las proposiciones fácticas y los temas que pretende desarrollar¹⁴⁰. La utilización de preguntas cerradas es la única manera de poder ir organizando el examen directo y tachando en nuestra guía la información que va ingresando en el juicio oral.

4.4. La utilización de preguntas sugestivas. El uso de las objeciones

En líneas generales y tal como anticipáramos, las preguntas sugestivas están prohibidas en el examen directo, por cuanto en ese caso es el

¹³⁹ En igual sentido, Bergman, P., *op. cit.*, p. 91.

¹⁴⁰ Es muy importante poder contar en juicio oral con el apoyo de un asistente (lo que se denomina "segunda silla"), para poder indicarnos si hay algún tema que no está siendo abordado en el examen directo.

abogado quien introduce la información. Esto se encuentra específicamente regulado en las Reglas de evidencia de los procesos adversariales que siguen el modelo anglosajón¹⁴¹, como así también en los más modernos códigos acusatorios latinoamericanos¹⁴².

Las preguntas sugestivas son las que sugieren la respuesta y que, en rigor de verdad, no se trata de una pregunta sino más bien de una afirmación hecha en tono de interrogación.

Por ejemplo: el auto era un Peugeot, ¿no es verdad?;
el imputado tenía un arma, ¿no es así?

La respuesta a este tipo de preguntas en el examen directo, por lo general, carece de la credibilidad necesaria para acreditar un hecho, toda vez que no entrega datos al juzgador para poder precisar si el testigo está acomodando el relato a lo que percibió por sus sentidos o a lo que le dicta el abogado. De allí que se suele afirmar que es peor un examen directo plagado de preguntas sugestivas que uno totalmente objetado, ya que la información ingresada no tiene la calidad suficiente para acreditar proposiciones fácticas. Veamos un ejemplo:

P. Sr. Gabrielli, ¿es cierto que Ud. estaba en el bar el Sol, el pasado 23 de abril?

R. Sí.

P. ¿Y que vio al imputado ingresar?

R. Sí.

P. ¿Portaba un arma?

R. Sí.

P. ¿Y la utilizó disparando contra la pared?

R. Sí, efectivamente así lo hizo.

P. ¿Luego tomó el dinero de la caja?

R. Sí Ud. lo dice será así.

P. ¿Y se retiró en un vehículo de alquiler, cuya licencia era 12.345?

R. Sí, ahora que lo dice, lo recuerdo. Fue así.

¹⁴¹ Así, las Reglas de Evidencia de Puerto Rico (regla 607) y las de los Estados Unidos en el sistema federal (regla 611).

¹⁴² Así prohíben las preguntas sugestivas en el examen directo los códigos de Panamá (art. 400), Chile (art. 330) y el Código Nacional de México (art. 373), el Código Procesal Penal de la Nación aún no vigente -ley 27.063- (art. 264), entre otros.

Como vemos en este ejemplo, la única imagen que tendrá el juez o jurado al momento de resolver, es la del abogado litigante brindando información al testigo. De allí que estas preguntas resulten ser objetables y que, aún sin ninguna objeción de la contraparte, la información que se pretende introducir es de tan baja calidad que no resulta suficiente para acreditar los hechos. Si bien un examen directo, por más inexperto que resulte el abogado, no suele estar plagado de tantas preguntas sugestivas como en el ejemplo que acabo de dar, si es posible que el litigante, luego de tanta preparación, esté tentado de poner en palabras del testigo su propia narración, ya sea por claridad persuasiva o porque considere que la utilización de palabras muy precisas puede ser clave para acreditar un elemento de la teoría jurídica (por ejemplo, la intencionalidad para el dolo)¹⁴³. En ese caso, debe recordar que en el juicio no importa lo que diga o crea el abogado; para ello tendrá el alegato final¹⁴⁴.

Hay que frenar nuestros impulsos de intentar dirigir con nuestras palabras el testimonio de nuestros testigos. Es el testigo quien debe dar su relato y no el abogado sus pareceres. Para eso tendrá la etapa de los alegatos de clausura. Es importante tener mucho cuidado con ello, si no queremos pasar por un examen directo donde todas nuestras preguntas sean objetadas como se muestra en la película "El poder de la justicia" (*The rainmaker*, 1997), dirigida por Francis Ford Coppola, libro de Jonh Grisham y protagonizada por Matt Damon y Danny De Vito.

Veamos la primer parte del interrogatorio donde Matt Damon interroga a su testigo:

Abogado de la parte actora: Sra. Black, Ud. es la madre de Donny Ray Black, que falleció recientemente de leucemia mielocítica aguda porque "*Great Benefit*"...

Abogado de la demandada: ¡Objeción! ¡Pregunta sugestiva!

Juez: Ha lugar.

Abogado de la parte actora: Su hijo, Donny Ray, necesitaba una operación...

Abogado de la demandada: ¡Objeción! ¡Pregunta sugestiva!

¹⁴³ El abogado también tiende a realizar preguntas sugestivas, tal como apunta Goldberg, por una sencilla razón: resulta más fácil de formular una pregunta sugestiva que aquellas que no lo son (Conf. Goldberg, S., op., cit., p. 150).

¹⁴⁴ En igual sentido, Bergman, P., op. cit., p. 94.

Juez: Ha lugar.

Abogado de la parte actora: Sra. Black, ¿compró esa póliza porque le preocupaba que...

Abogado de la demandada: ¡Objeción! Lo siento señor juez.

Pregunta sugestiva.

Juez: Ha lugar.

Como vemos, se trataban de todas preguntas sugestivas y compuestas que pretendían introducir mucha información para que el testigo se limite a asentir. Y no se trataba de información no controvertida ya que el caso giraba precisamente sobre si era aconsejable una operación por la enfermedad que padecía Danny Ray Black y que el seguro médico "Great Benefit" se negó a cubrir. Debemos tener presente que la formulación de una pregunta larga –pregunta narrativa– que no apunta a cuestiones centrales (qué, cuándo, dónde, cómo, quién, por qué) suele incluir aspectos objetables en su formulación.

4.4.1. Preguntas sugestivas permitidas

Sin embargo, la prohibición de utilizar preguntas sugestivas en el examen directo tiene cuatro excepciones: son permitidas cuando son introductorias, de transición, en supuestos de testigos hostiles y sugestivas por la negativa. El fundamento de las excepciones es siempre el mismo. Lo que se persigue al prohibir la utilización de preguntas sugestivas en el examen directo, es evitar que la información que ingrese sea de baja calidad por haber sido introducida por el abogado. Precisamente la característica de ellas es que toda la información está incluida en la pregunta. Ahora bien, no se corre ese riesgo si la información que se pretende incorporar es introductoria en planos no controvertidos, o se da una situación especial en la que el litigante no tiene otra manera de realizar el interrogatorio (testigo hostil). No se trata de una discusión lingüística, sino de evitar que la información que ingrese sea deficiente. Veamos las excepciones a la prohibición.

4.4.1.1. Preguntas sugestivas introductorias

Las preguntas sugestivas introductorias están admitidas porque la información que se pretende ingresar no está controvertida, es tan solo preliminar y su uso no está destinado a obtener información de baja

calidad. Es frecuente que se utilicen en la acreditación del testigo, como en las primeras preguntas sobre el fondo del asunto.

Así, por ejemplo:

¿Es Ud. médico?

¿Hace cuánto se dedica a la cirugía cardiovascular?

Cuéntenos que sucedió el 14 de abril del año pasado en el bar El sol.

Mientras las dos primeras preguntas son sugestivas introductorias y no está en duda que hemos citado como experto a un perito médico que se dedica a la cirugía cardiovascular, en la siguiente solo estamos sugiriendo que pasó algo en el bar El sol, el pasado 14 de abril, pero no qué ocurrió efectivamente¹⁴⁵. Mientras la discusión no pase por esos temas, el tribunal estará francamente agradecido que no se pierda tiempo en aspectos que no están en contradicción. Es por ello que es aconsejable comenzar con el interrogatorio yendo directamente al punto con una pregunta sugestiva.

4.4.1.2. Preguntas sugestivas de transición

La segunda excepción, las preguntas sugestivas de transición, no son otra cosa que una sub especie de las preguntas introductorias. La única diferencia es que, en este caso, no acaba de comenzar el interrogatorio sino que solo se ha cambiado el foco de las preguntas, esto es, se ha pasado a interrogar sobre otro tema. La fundamentación para admitir su uso es exactamente igual que la anterior. No queremos hacer perder tiempo al tribunal, ni perder el foco de atención del jurado o juez en temas que no están controvertidos. Así resulta no solo válido sino también aconsejable que, al cambiar de tema, realicemos una pregunta sugestiva.

Así, por ejemplo,

Sr. Castellano, déjeme llevarlo a otro tema. Quiero situarlo en el momento en que Ud. se encontró con sus amigos en el bar El Sol.

¹⁴⁵ Ambas teorías del caso seguramente parten por reconocer que hubo un robo, solo que la defensa discutirá la participación de su asistido en él.

Como vemos, la pregunta, si bien abierta, tiene un contenido sugestivo, esto es, que se juntó con amigos, y que lo hizo en el bar El Sol. Esta forma de interrogar es legítima, siempre que ese extremo ya esté acreditado a través de su declaración –utilización de una respuesta para formular una nueva línea de interrogación–, o no resulte un hecho controvertido.

Su utilización también tiene otras ventajas: permite organizar el relato del testigo –para lo cual es importante el uso de títulos– y, al igual que lo dicho para las preguntas cerradas, facilita la comprensión de la narración al ubicar al juzgador rápidamente en los hechos relevantes del caso. Incluso hay autores que son más amplios al interpretar dentro del concepto “introdutorio” o “transición”, todos los aspectos complementarios de los hechos que no se encuentren cuestionados por la contraparte. Bajo ese paradigma, las preguntas sugestivas serían admitidas aún con mayor amplitud en el examen directo¹⁴⁶.

4.4.1.3. Preguntas sugestivas al testigo hostil

El tercer motivo de admisión de preguntas sugestivas en el examen directo opera cuando el litigante se enfrenta a un testigo hostil. Más allá de la falta de regulación normativa en la mayoría de los códigos latinoamericanos¹⁴⁷, se trata de identificar un testimonio en el que, sin la realización de preguntas sugestivas, resultaría imposible o cuanto menos poco probable obtener proposiciones fácticas de relevancia, ya sea por el propio interés del testigo –contrario al del abogado examinador– o por su vinculación con la parte contraria¹⁴⁸.

La hostilidad del testigo puede ser conocida de antemano o sobrevenir en la audiencia de juicio oral, en caso en que recién allí se advierta que éste ha cambiado su actitud frente al interrogatorio directo. Un ejemplo

¹⁴⁶ Conf. Bergman, *op. cit.*, p. 95.

¹⁴⁷ Los códigos adversariales de segunda generación sí han incluido la figura del testigo hostil, permitiendo la realización de preguntas sugestivas. Así, el reciente Código Procesal Penal de la Nación –aún no vigente, ley 27.063– lo regula en su art. 264. En el mismo sentido el Código Nacional de Procedimientos Penales de México (art. 375).

¹⁴⁸ Así lo establece el art. 607 D de las Reglas de Evidencia de Puerto Rico, al permitir preguntas sugestivas al “testigo hostil, como a quien se trate de una parte adversa o de una persona testigo identificada con la parte adversa”. Del mismo modo lo regula el régimen federal de las Reglas de Evidencia estadounidenses, bajo la regla 611 C.

se observa cuando el testigo declara en sentido inverso a lo que había manifestado en la investigación penal preparatoria. Independientemente de ello, aún cuando se conozca de antemano, entendemos que no corresponde realizar prematuramente la petición de autorización para realizar preguntas sugestivas en el examen directo por tratarse de un testigo hostil, sino que es en la audiencia de juicio donde debe ser planteado. La autorización para realizar preguntas sugestivas en un examen directo es una actividad propia de la audiencia de juicio que debe ser resuelta por quien preside el acto.

El interés puede deberse a múltiples factores conocidos antes del juicio. Pudiera tratarse de un interés por afinidad con el imputado, por el riesgo de perder su fuente de trabajo, o por una eventual responsabilidad en el hecho. Por ejemplo, supóngase la labor de un policía en un procedimiento inválido, que no es llamado a declarar por la fiscalía. En este caso, es la defensa quien tiene interés en interrogarlo, aunque claramente es un testigo hostil a su hipótesis, por su eventual responsabilidad en el caso.

También pudiera tratarse de un caso en el cual es en la audiencia misma de juicio donde el litigante compruebe que el testigo ha cambiado su versión de los hechos, o bien su actitud frente al caso, demostrando desinterés a las preguntas que se le realizan y contestando lo mínimo y necesario para no caer en un falso testimonio (art. 275 del Código Penal Argentino). Pudo haber prestado una declaración en la etapa preliminar, mantenido una entrevista personal previo a la audiencia y, recién el día del juicio, demostrar un manifiesto desinterés por su testimonio (por ejemplo, pudiera tratarse de un testigo que ilícitamente cobró un dinero para declarar en forma desordenada y “vaga”).

En estos supuestos, la única manera para interrogar eficazmente al testigo que se muestra reticente a responder consiste en la utilización de las reglas del contraexamen en el examen directo, que permiten la formulación de preguntas sugestivas. Como decíamos, si bien es preferible que se encuentre normativamente contemplado este supuesto, la ausencia de regulación no es óbice para la utilización de una herramienta de litigación que, como tal, busca fortalecer el contradictorio. El litigante que pretenda en un examen directo, la aplicación de las reglas del testigo hostil, debe hacérselo saber al tribunal antes de comenzar su interrogatorio –en casos muy claros de hostilidad–, o bien realizar unas preguntas de testeo para así demostrar la reticencia del testigo a

responder y, previa autorización de aquél, ejecutar un examen directo que se regirá bajo las reglas del contraexamen. En estos casos, la utilización de una declaración previa suele ser una buena herramienta para demostrar la hostilidad del testigo –sobre todo si allí recordaba todo con precisión– y, por consiguiente, la credibilidad de su caso¹⁴⁹.

Veamos un ejemplo. Supongamos el caso en que el testigo ha cambiado su actitud frente al litigante. Se encuentra declarando sobre un robo ocurrido en un locutorio y, en una declaración previa, ha dicho que observó como un sujeto ingresó con un arma, apuntó al cajero y le quitó el dinero para retirarse corriendo, dando una identificación física muy precisa que sirvió para su posterior captura. Ahora en juicio se muestra evasivo y reticente a proporcionar esa información.

P. Sr. Mac Márquez, por favor, ¿dónde se encontraba ud. el pasado 23 de mayo?

R. En frente al locutorio sito en la calle Juramento al 2300.

P. ¿Y qué pudo observar?

R. Bueno, no estoy seguro, fue todo muy confuso...

P. ...¿qué fue confuso?

R. Todo. Realmente estaba muy oscuro, no se podía distinguir bien...

P. ¿Qué es lo que no se podía distinguir bien?

R. Nada. Había mucha gente gritando y corriendo.

P. Pero concretamente ¿qué pudo distinguir?

R. Ya le dije. Nada. Varios corrían. Muchos gritos...

(Aquí ha demostrado cierta hostilidad con la parte, pero si contamos con una declaración previa que demuestre que antes recordaba bien los hechos, servirá para ser más gráfico sobre su actitud hostil).

P. Sr. Mac Márquez, ¿recuerda haber conversado conmigo antes de la audiencia?

R. Sí.

P. ¿Y recuerda que allí me dio precisiones muy claras sobre el hecho?

R. Puede ser...

¹⁴⁹ Ya con el tratamiento de testigo hostil, el litigante habrá obtenido una mayor credibilidad de su caso. Ahora el juez o jurado se habrá quedado preguntándose qué es lo que quiere esconder el testigo al no responder las preguntas del abogado.

P. ¿También prestó una declaración el día del hecho?

R. Sí.

P. Y en ese momento ¿recordaba bien lo ocurrido? Porque habían pasado pocas horas.

R. Sí, sí.

P. ¿La leyó previo a firmarla?

R. Sí.

P. ¿Le refrescaría la memoria si se la exhibo? Permítame que le dé para leer para sí el renglón octavo (hemos abreviado aquí algunos de los pasos necesarios para una adecuada utilización de una declaración previa).

Una vez que lee su declaración, y el testigo contesta que si había identificado al autor pero que no recuerda nada, me encuentro en una buena situación para pedir que el testigo sea tratado bajo las reglas del testigo hostil. Con esto no hay que caer en el error de creer que un litigante esté facultado para tratar como testigo hostil a todo aquél que exhiba un error o una falla en su memoria. Se trata de un uso excepcional, donde se acredite en forma palmaria la mala predisposición del testigo para declarar todo lo que sabe. Si bien no se exige acreditar el móvil o interés del testigo en el caso, sí al menos la reticencia de aquél a contestar las preguntas que se le cursan.

Veamos ahora otro ejemplo que se da en el caso en que el testigo presenta, desde el inicio, una mala predisposición para declarar sobre el hecho, por cuanto podría tener cierta responsabilidad en el caso. Veamos el examen directo a un testigo hostil realizado en la película *"A few good men"*, traducida a Latinoamérica como *"Cuestión de honor"* (del año 1992, dirigida por Rob Reiner, y protagonizada por Jack Nicholson, Tom Cruise, Demi Moore, Kiefer Sutherland y Kevin Bacon). En la historia, dos abogados militares deben defender en juicio a dos marines acusados de haber matado a un compañero en el entrenamiento que llevaban a cabo en la Bahía de Guantánamo, Cuba. La teoría del caso de la defensa está centrada en que a ellos les fue ordenada una clave roja (orden superior destinada a golpear a un soldado para que cumpla con las directivas que se le imparten) y la cumplieron. Y esa orden fue dada precisamente por el coronel Nathan Jessep –autoridad máxima de la base militar–, quien quiso aleccionar a quien resultó víctima de homicidio, el soldado William Santiago. En la película, cuando la defensa pierde toda esperanza

de probar su teoría del caso (claramente presentada en su alegato de apertura), cita como testigo, bajo las reglas del testigo hostil, al propio coronel Jesseph. Aquí presentamos un pequeño extracto del inicio del testimonio, donde el testigo se muestra reticente a contestar:

P. Coronel cuando Ud. se enteró de la carta de Santiago, en la que pedía su traslado, tuvo una reunión con sus dos oficiales. ¿Es correcto?

R. Así es.

P. El comandante de pelotón Kendrick y el teniente coronel Marquinson.

R. Así es.

P. Coronel en esa reunión ¿dio Ud. al teniente Kendrick una orden?

R. Dije a Kendrick que ordenara a sus hombres que no tocaran a Santiago.

P. ¿Y dio también una orden al Coronel Marquinson?

R. Ordené a Marquinson que trasladaran a Santiago de la base de inmediato.

P. ¿Por qué?

R. Su vida podría peligrar si se sabía el contenido de la carta (en referencia a una carta que el soldado William Santiago había enviado pidiendo que lo cambien de destino, y saltando a sus superiores inmediatos, lo que representaba una grave infracción a las reglas militares).

P. ¿Peligro grave?

R. ¿Existe otra clase?

Luego, en un momento posterior del examen directo, hace las siguientes preguntas:

P. Ud. dijo que orden al teniente Kendrick que dijera a sus hombres que Santiago no debía ser tocado.

R. Es verdad.

P. Y quedó claro para ellos.

R. Cristalino.

P. ¿Tal vez ignoró la orden?

R. ¿Ignoró la orden?

P. Tal vez se la olvidó.

R. No.

P. Tal vez dejó su oficina y le dijo el viejo está mal.

R. No.

Como vemos, el presente examen directo, está plagado de preguntas sugestivas, pero no por eso la información es de baja calidad, ya que el testigo tiene una mala predisposición para la teoría del caso de la defensa que ahora lo cita. Es más, de acreditarse el caso de la defensa, el testigo pudiera tener una enorme responsabilidad en él. Advertimos que hubiera sido imposible para la defensa poder introducir claramente esa información sin el uso de preguntas sugestivas. El testigo jamás hubiera brindado espontáneamente esa información que es de por sí contradictoria. Si las órdenes que el coronel daba se cumplían, ¿cómo podía ser que existiera un peligro? Esa es la información que el defensor logró acreditar como proposición fáctica, que le hubiera sido imposible exhibir ante el tribunal, sino fuese bajo los presupuestos del testigo hostil.

Sin embargo, no debe verse como una ventaja contar con un testigo hostil y poder realizarle preguntas sugestivas. Al contrario. Uno debe evitar tener que enfrentarse a testigos hostiles, salvo que tenga bien en claro que puede obtener información favorable a su caso. Utilizar este tipo de pruebas debe ser nuestra última opción.

4.4.1.4. Preguntas sugestivas por la negativa

La cuarta excepción a la prohibición de realizar preguntas sugestivas en el examen directo, es la llamada "sugestiva por la negativa", esto es, cuando el objetivo del litigante no está centrado en buscar que el testigo afirme la información que él está introduciendo con su pregunta. La afirmación de lo sugerido es una proposición fáctica o hecho desfavorable para los intereses del abogado que la formula. Por el contrario, el objetivo que se está buscando es precisamente que niegue esa información.

Aunque no todos los autores sostienen que este tipo de preguntas estén permitidas¹⁵⁰, su viabilidad debe buscarse en la calidad de la informa-

¹⁵⁰ Varios profesores estadounidenses con quienes compartí capacitaciones sostienen que autorizar las preguntas sugestivas por la negativa podría implicar luego que las preguntas se realicen en sentido inverso para autorizar su uso y fraguar la regla. En esa misma línea se enrola Jonathan Ramírez, docente de litigación del INECIP. El ejemplo sería el siguiente: P. ¿El auto no era rojo? R. Sí, lo era. P. y ese auto no era conducido por un hombre. R. Si lo conducía un hombre. P. Y ese hombre no tenía un cuchillo en su mano. R. Si lo tenía. Y de ese modo se

ción que se pretende introducir. Si a través de la pregunta sugestiva por la negativa se está intentando introducir información de baja calidad a través de las palabras del abogado, su uso es objetable; mientras si ello no ocurre, resulta válida y es una buena herramienta para introducir información sobre un tema que el testigo ha olvidado explicar.

Veámoslo en dos ejemplos.

Ejemplo 1 (realizado por un abogado defensor).

- P. ¿El policía se desempeñó bien?
 R. No.
 P. ¿Le pidió sus documentos?
 R. No.
 P. ¿Lo trató amablemente?
 R. No.
 P. ¿Le hizo saber sus derechos?
 R. No.
 P. ¿Y la detención fue en presencia de testigos?
 R. No.

Ejemplo 2 (realizado por el Fiscal).

- P. El lugar donde Ud. nos acaba de decir que reconoció al imputado, ¿estaba oscuro?
 R. No, estaba muy iluminado con alumbrado público cada diez metros.
 P. ¿Y Ud. tuvo dudas al reconocerlo?
 R. No. En absoluto. No dude que era él.
 P. ¿Por qué?
 R. Porque recuerdo que en ese momento observé...

Como vemos en el ejemplo n° 1, la utilización de preguntas sugestivas está orientado a que el testigo se limite a contestar todo en forma negativa para introducir la información, la que adolece de la calidad suficiente para acreditar los hechos. Este tipo de interrogatorio es objetable por cuanto se pretende introducir, con ese mecanismo, información de baja calidad, ya que da la impresión que es el abogado quien

puede continuar el relato de hechos colocados en forma negativa para que el testigo advierta el "guiño" del abogado y se limita a negar todas las preguntas sugestivas.

preparó la información y la introdujo a través de este formato que, así realizado, representa un fraude a la regla de litigación. Por el contrario, en el ejemplo n° 2 el caso es bien distinto. El abogado utiliza la pregunta sugestiva por la negativa, excepcionalmente, para introducir algunos puntos que el testigo olvidó tratar y fortalecer así no solo esas proposiciones fácticas, sino también su credibilidad, ya que la respuesta negativa le deja un ámbito amplio de información adicional (sub tema) que puede desarrollar. Sin embargo, esta herramienta, que resulta ser un mecanismo interesante para introducir información, es sumamente riesgosa. Un testigo válidamente puede considerar que en las preguntas que le hace el abogado "amigable" a su explicación del caso –con quien se entrevistó previo a la audiencia–, se espera una respuesta positiva y, por consiguiente, podría llegar a confundirlo y contestar en contra de su interpretación de los hechos. Un error o una mala interpretación de la pregunta le pueden traer altos costos en la información que se introduce en el caso. Por eso, el uso de la pregunta "sugestiva por la negativa" es un recurso muy excepcional.

4.4.1.5. Otras preguntas sugestivas

Parte de la doctrina acepta la posibilidad de realizar preguntas sugestivas sobre determinada clase de testigos que puedan no recordar los hechos y que requieren de esa forma de interrogar para poder responder¹⁵¹. Así, se sostiene que frente a testigos menores de edad o demasiado mayores, podría autorizarse a realizar estas preguntas¹⁵². Estamos en total desacuerdo con la legitimidad que se pretende dar a estas preguntas, ya que si el testigo presenta alguna particularidad –social, cultural, condición, etc.–

¹⁵¹ Por ejemplo, las Reglas de Evidencia de Puerto Rico resultan demasiado amplias y permisivas para la introducción de preguntas sugestivas en el examen directo que, a nuestro juicio, terminan por dejar que ingrese a juicio información de baja calidad. Así, bajo la regla 607 D establecen lo siguiente: "No se podrá hacer una pregunta sugestiva a una persona testigo durante el interrogatorio directo o el re-directo, excepto cuando sea una pregunta introductoria o una parte llame a una o a un testigo hostil. También será excepción cuando se trate de una parte adversa, de una persona testigo identificada con la parte adversa, de una persona que –por su edad, pobre educación u otra condición– sea mentalmente deficiente o tenga dificultad de expresión, o de una persona que por pudor esté renuente a expresarse libremente. De igual modo, podrá considerarse excepción cuando los intereses de la justicia así lo requieran".

¹⁵² Al seguir las reglas de evidencia estadounidense a nivel federal, parece estar de acuerdo Steven Lubet (Lubet, Steven, *op. cit.*, p. 49), quedando cada supuesto en particular a discreción del juez.

que le dificulta la comprensión de preguntas demasiado abiertas, la realización de preguntas sugestivas no es la solución, ya que la información así ingresada seguirá siendo de baja calidad. En todo caso el litigante debe utilizar las declaraciones previas brindadas por el testigo para "refrescar su memoria"; pero no bajar la exigencia de calidad de la información que se permite ingresar en juicio. De hecho, en testigos menores de edad que son interrogados a través de psicólogos en Cámara Gesell ha habido estudios que demuestran que la utilización de preguntas sugestivas en menores tiene aún mayores riesgos de error, ya que los menores serían más propensos a afirmar lo expresado por los mayores de edad¹⁵³.

También hay quienes afirman que las preguntas sugestivas son legítimas cuando el testigo "no atina a recordar la prueba", ya que "el olvido no es un fenómeno desusado"¹⁵⁴. Al contrario, creemos que si el testigo no recuerda algo relevante, deberá trabajarse, como dijimos en el párrafo anterior, a través de las declaraciones previas para refrescarle la memoria, pero no puede utilizarse una pregunta sugestiva, al estilo: "el automóvil circulaba a unos 55 kms. por hora, no es cierto?", para que el testigo lo recuerde. Esa información carece de calidad y, por ende, de fuerza y credibilidad para sustentar una proposición fáctica.

4.5. Un modelo posible

Como apunta la doctrina mayoritaria, un buen examen directo es la clave para ganar el caso. Allí se definen muchos de los puntos controvertidos. A pesar de ello, cuando hablamos de buenos litigantes, cuando vemos películas que versan sobre la litigación en juicio oral (por ejemplo, "Cuestión de honor", "El poder de la justicia", "Mi primo Vinny", y tantas otras más), el punto central está en los contrainterrogatorios. Siempre se muestra al litigante realizando un excelente contraexamen, descubriendo algo que nadie había observado antes. Si se me permite, sería atinado decir que al examen directo, al igual que al helado de vainilla, le falta una buena campaña publicitaria, un poco de marketing que lo ubique en el lugar correcto, aunque francamente no se me ocurre cómo. Tal vez esta obra pueda representar un pequeño empujón para su reconocimiento e importancia en su preparación.

¹⁵³ Conf. Mazzoni, G., *op. cit.*, p. 89.

¹⁵⁴ Conf. Bergman, P., *op. cit.*, ps. 96/97.

Dos pueden ser los motivos por los que no se reconoce su importancia. En primer lugar, es mucho más interesante y atractivo para vender una película o para mostrar la solvencia de un abogado, verlo trabajar en una arena difícil e incierta (¿qué gracia tendría una historia que se resuelve con lo que el testigo vio y siempre sostuvo?). En segundo lugar, y este punto si es más técnico que el anterior, el rol del abogado en el examen directo pasa, precisamente, por no ser recordado en su actividad, por pasar desapercibido, dejando que todas las luces del escenario se enfoquen en el testigo declarando. Es por ello que el rol del abogado en el examen directo, contrario a lo que ocurre en el contraexamen¹⁵⁵, es más bien de perfil bajo, no apto para grandes egos.

No por esto su rol deja de ser sumamente técnico y de gran relevancia en el desenvolvimiento del caso. Al contrario, requiere de un muy buen manejo del caso y de las destrezas de litigación para formular las preguntas adecuadas que permitan una narración de los hechos, precisando con detalles los puntos controvertidos del caso y pasando rápidamente por los planos que no están en discusión y que nada agregan al caso.

En líneas generales, y más allá de las particularidades de cada testigo, podemos afirmar que un buen relato debe partir desde lo genérico hacia lo específico, congelando imágenes en las partes centrales del relato. Para ello, un buen litigante debe comenzar con preguntas abiertas y sugestivas que ubiquen al testigo en una escena determinada y en un punto de la historia donde comience a narrar los hechos, para luego utilizar preguntas cerradas de control que le permitan focalizar en los puntos que nos interesa que aborde, dejando las preguntas sugestivas por la negativa para casos sumamente excepcionales, en los que queremos destacar alguna cuestión y se nos dificulta realizar la pregunta de otro modo¹⁵⁶. Nuestro relato debe ir de lo general a lo específico, para que el tribunal vaya internalizando la información. Y es a través del mecanismo de comenzar el interrogatorio con preguntas abiertas y completar la información con preguntas cerradas que ello se logra.

¹⁵⁵ Rua, G., *op. cit.*, p. 37.

¹⁵⁶ En sentido coincidente, Mauet afirma que "Effective direct examinations mix introductory and transition questions, focused nonleading questions, and open-ended questions to effectively guide the witness and control the pace, content, and images of the examination" (Mauet, T., *Trial Techniques*,... *op. cit.*, p. 113).