

o el alumno podrá descubrir los vínculos profundos que existen entre el ejercicio de la abogacía y sus más importantes funciones sociales. Aprender y sistemas adversariales significa, nada más y nada menos que, fortalecer el sistema judicial de reconocer los intereses de las partes y, en este sentido, "manizarlo".

Alberto M. Binder,

Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales (INECIP)

eratura puedo sentirme autorizado a recomendar para ser utilizada en el escenario en que se desarrolla el debate en las salas de audiencias de los juicios Orales, es la que surge de las páginas de este libro donde sus sabidos plasman el mejor conocimiento que podemos detentar actualmente del proceso penal implementado en nuestro país.

Marcos J. Kuzanovic A.,

Juez del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal, Rancagua

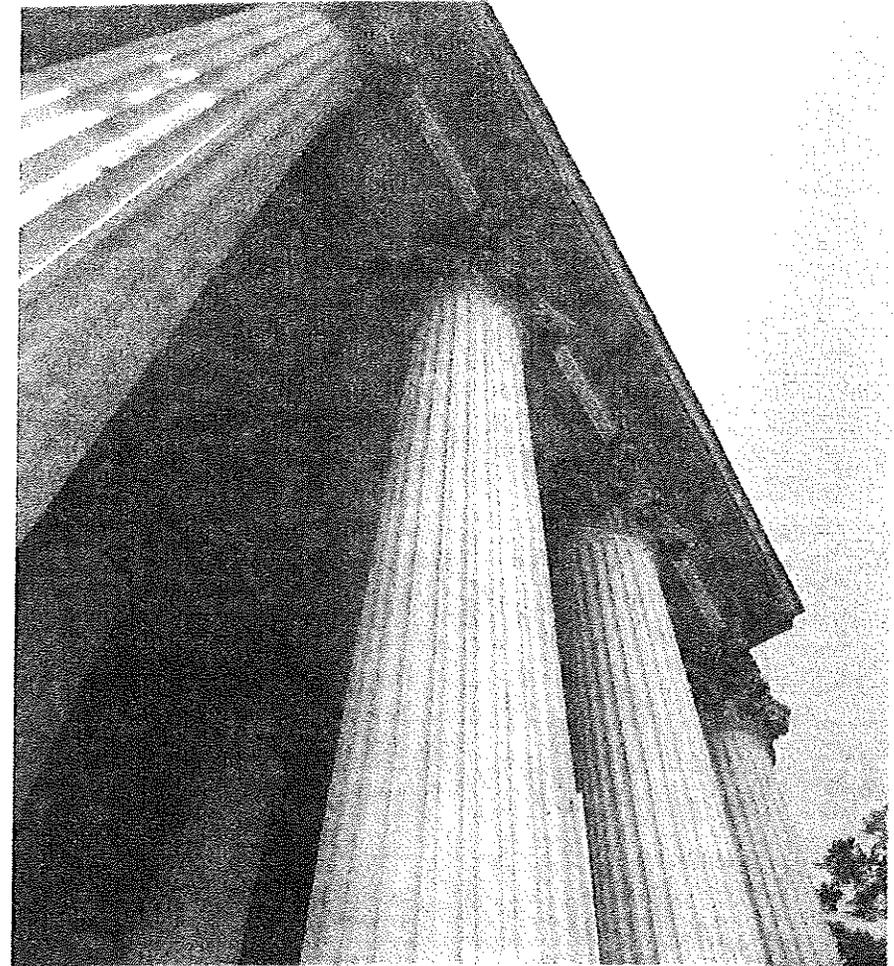
es Baytelman y Duce vuelcan en este texto su experiencia a partir de la que han impartido en un elevado número de cursos de capacitación en litigación en países como Chile, Ecuador, México, Paraguay y Perú. No sólo han permitido la implementación de la reforma, sino también en forma muy concreta la dirección que se ha dado a los procesos de implementación.

Juan Enrique Vargas,

Director Ejecutivo, Centro de Estudios de Justicia de las Américas

Andrés Baytelman A.
Mauricio Duce J.

Litigación Penal
JUICIO ORAL Y PRUEBA



COLECCIÓN DERECHO

Litigación Penal

JUICIO ORAL Y PRUEBA

Andrés Baytelman A.
Mauricio Duce J.



978950576314

COLECCIÓN DERECHO



978950576314

Capítulo V Objeciones

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

Introducción

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

En estricto rigor, el mecanismo de las objeciones es la forma que tienen las partes en juicio de manifestar su disconformidad con cualquier actividad de la contraparte que pueda afectar sus derechos o poner en riesgo la vigencia de las reglas que rigen el desarrollo del juicio oral. En este sentido, entendemos por objeciones aquellos problemas o cuestiones que en el contexto de los sistemas inquisitivos escritos llamaríamos incidentes. Las objeciones son incidentes que al presentarse en el contexto de un juicio

oral tienen un formato mucho más desformalizado, pues están regidos simplemente por la lógica del debate. En este capítulo no analizaremos el problema de los incidentes en general, sino sólo los vinculados a las preguntas que hacen los litigantes en juicio. Como hemos ido mencionando previamente, los abogados no tienen absoluta libertad para preguntar cualquier cosa o de cualquier forma. Los códigos procesales regularmente establecen algunas restricciones que, en caso de ser violadas, debieran generar un incidente (objeción) de la contraparte y una decisión inmediata del tribunal en cuanto a su admisión o rechazo.

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

Antes de analizar las limitaciones que el Código establece en materia de preguntas para el examen directo y contraexamen, es necesario destacar que el adecuado manejo de las objeciones es una de las cuestiones más complejas de controlar desde el punto de vista de las destrezas de litigación. Se trata de una habilidad que requiere operaciones de razonamiento y decisión estratégica en fracciones de segundo, como a la vez capacidad de respuesta inmediata orientada a presentar y fundamentar la objeción ante el tribunal. Por estas razones, en contextos de sistemas adversariales más desarrollados, resulta común encontrar la afirmación que el realizar objeciones pertinentes y en un momento correcto constituye la habilidad más difícil de manejar para un litigante con poca experiencia.¹

Junto con esta dificultad propia que presentan las objeciones en cualquier sistema adversarial, debemos agregar otras tres adicionales que es posible encontrar en el contexto de nuestra cultura jurídica

¹ En este sentido, por ejemplo, véase Thomas Mauet, ob. cit. 333.

local. La primera de ellas es que las objeciones suponen un tipo de litigación que enfatiza fuertemente la contradictoriedad del debate, allí donde naturalmente ésto no ha sido ejercido con mucha fuerza en el sistema anterior a la reforma. Nuestro sistema procesal penal se caracterizaba por ser intensamente unilateral. Las objeciones, en cambio, son las herramientas más paradigmáticas para la disputa bilateral en el juicio. Una segunda dificultad que es posible identificar en la materia es que, en este contexto de vertiginosidad, en las objeciones se expresa también paradigmáticamente la idea del razonamiento por "estándares" más que por "reglas"; esto quiere decir que la argumentación en torno a las objeciones está fuertemente determinada por las muy heterogéneas y múltiples circunstancias que rodean a la objeción y a esa porción del caso, así como por el conjunto de intereses que concurren en ella, considerada en concreto; de esta suerte, con frecuencia no es tanto que haya una "regla clara" acerca de la procedencia de la pregunta, como del hecho de que dicha regla debe ser construida argumentativamente por las partes desde las circunstancias concretas. Esto, que es cotidiano en sistemas adversariales maduros, resulta extraño a culturas profesionales como la nuestra y constituye la razón para la tercera dificultad consiste en que los nuevos códigos procesales penales existentes en América Latina (del cual Chile no es una excepción) han regulado normativamente este tema en forma bastante pobre y en ocasiones de manera derechamente equívoca (como cuando se formaliza el "procedimiento incidental"). De esta forma, la fundamentación legal de una práctica intensa de objeciones no ha sido fácil en una cultura legal que sigue siendo eminentemente positivista.

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

Una primera pregunta relevante en la materia que estamos revisando se refiere al porqué existen limitaciones a las partes en sus facultades de preguntar en el contexto de un sistema acusatorio. Alguien podría sostener que un sistema acusatorio es aquel que hace descansar la producción de evidencia en las partes y, como

consecuencia de lo mismo, debiera darse plena libertad a las mismas para la producción de información y obtención de testimonios en el juicio.

Si bien esta idea parece adecuada como forma de comprender la lógica general del juicio oral, no resulta correcta desde el punto de vista que estamos analizando. El hecho de que las partes tengan un rol importante en la producción de información no significa que en esa función no deban estar sujetas a ciertos límites que impidan algunos problemas o defectos que cualquier sistema intenta evitar. El método adversarial deposita su confianza en que la competencia entre las partes —la contradictoriedad de la prueba— proveerá al juzgador de más información y de mejor calidad, pues entrega a quien tiene más incentivos para ello, la contraparte, el rol de develar cada debilidad, vacío, falsedad, tergiversación, exageración, matiz o interpretación alternativa de cada trozo de información que ingresa al juicio. Desde este punto de vista, se ha dicho, el juicio oral se erige como un test de control de calidad de la información con arreglo a la cual se va a juzgar. La justificación de las objeciones es en parte una extensión y en parte una limitación a esta misma lógica: de una parte, hay cierto tipo de preguntas que, por el modo en que están hechas o la respuesta que requieren del testigo, deterioran la calidad de la información; de otra parte, para que el método competitivo del sistema adversarial cumpla su función, debe protegerse un cierto entorno de juego justo para ambas partes. Ese juego justo debe ser protegido con reglas concretas de litigación o límites a la litigación. En el ámbito de la protección del juego justo parece legítimo que el sistema imponga límites o, desde el punto de vista de los litigantes, que éstos no estén facultados para hacer cualquier cosa en juicio.

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

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

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

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

En conclusión, por vía de las objeciones impediremos que los abogados sean quienes introduzcan información al juicio, se produzca información errónea o basada en la confusión y, finalmente, se hostigue sin justificación a los testigos. Como indicábamos, estos valores darán pie a diversas objeciones. Antes de revisar en detalle cada una, detengámonos por un momento en

el análisis de la regulación normativa del Código Procesal Penal en la materia.

2. Limitaciones a las facultades de preguntar contenidas en el Código Procesal Penal chileno

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

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

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

contraexamen (Art. 330 inciso tercero: *"En ningún caso se admitirán (...) las que fueren formuladas en términos poco claros para ellos"*).

Si se observa la redacción del Artículo 330 se puede apreciar que las hipótesis contenidas en los incisos primero y tercero están pensadas como límites tratándose de testigos o peritos. Con todo, el inciso cuarto del mismo artículo hace aplicable las mismas restricciones tratándose del examen directo o el contraexamen del imputado y por eso fueron agregadas en nuestra descripción precedente. Junto con el Artículo 330, existen otras dos normas relevantes de las cuales pueden deducirse reglas de objeción o límites a las facultades de formular preguntas de que disponen las partes. La primera de éstas es el Artículo 335 del Código. Dicho Artículo establece una prohibición absoluta en el juicio de invocar (en consecuencia, de incorporar como contenido de una pregunta) ningún antecedente relativo a la proposición, discusión, aceptación, rechazo o revocación de una suspensión condicional del procedimiento, de un acuerdo reparatorio o de la tramitación de un procedimiento abreviado. A este límite a la capacidad de preguntar subyace una lógica distinta a la que veníamos describiendo (calidad de la información): el claro objetivo de esta norma es el de crear un escenario de incentivos en el que las partes puedan discutir la procedencia de esas salidas sin temor a que, en caso de fracaso, el contenido de esas negociaciones pueda eventualmente ser invocado en su contra en el juicio.

La segunda norma adicional que establece una regla relevante en materia de objeciones es la del Artículo 292, inciso primero. Se trata ésta de una norma destinada a regular las facultades del juez presidente de la sala del tribunal oral para administrar el debate. En ese contexto, se le faculta para *"... impedir que las alegaciones se desvíen hacia aspectos no pertinentes o inadmisibles, pero sin coartar el ejercicio de la acusación ni el derecho de defensa"*. Esta norma permite fundamentar las objeciones por causal de irrelevancia de la pregunta, esto es, como veremos, de preguntas que intentan incluir información no pertinente para el debate o para las teorías del caso en juego. Además, contiene la regla general que permite fundamentar la oposición de cualquiera de los litigantes en información inadmisibles

en juicio (por ejemplo, prueba excluida por violación de garantías fundamentales en la audiencia de preparación del juicio oral).

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

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

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

3.1. PREGUNTAS SUGESTIVAS

Una primera categoría de preguntas prohibidas por el Código son las preguntas sugestivas. Ya hemos tenido oportunidad de discutir el significado de ellas y los alcances que tiene la prohibición, tanto tratándose del examen directo como del contraexamen de testigos. Hemos señalado que la regla de prohibición sólo es aplicable al examen directo, ya que en ese caso el efecto de admitirla sería autorizar que quien incorpore la información relevante al juicio sea el abogado que realiza el examen directo y no el testigo. Esto está claramente recogido en la regla del artículo 330 del nuestro Código.²

² Cabe señalar que ésto no siempre fue así. En los proyectos originales del Código se contenía el mismo tipo de norma general que es posible encontrar en la mayoría de los códigos procesales penales y civiles de la Región, según el cual las preguntas

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

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

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

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

a) Preguntas preliminares

Tratándose de cuestiones preliminares o introductorias de la declaración de los testigos y peritos, el tribunal debe tener mayor flexibilidad en la materia. Entendemos por cuestiones preliminares o introductorias aquellas que no constituyen aquel tipo de información sustancial respecto de lo cual el abogado querría “poner las palabras en la boca del testigo”. Pensemos, por ejemplo, en el policía que concurrió al sitio del suceso: ¿es objetable la pregunta

“concurrió usted a tal dirección en la madrugada de tal fecha? ¿Es ésta una cuestión sobre la cual un abogado intentaría poner “las palabras en la boca del testigo”? Probablemente no: aun si la respuesta del policía es “sí” va a tener que contarnos un millón de detalles acerca de dicha diligencia. El abogado no está “burlando” al sistema, simplemente está llegando rápido a la parte del relato en el cual en verdad nos interesa obtener la información del propio testigo. En este sentido, en las preguntas preliminares el “valor agregado” de la información espontánea del testigo es mínimo, medido en contra de razones de economía procesal de mayor peso. En este tipo de situaciones los problemas que intenta evitar la prohibición de las preguntas sugestivas no se producen y, en cambio, el tener mayor flexibilidad puede traducirse en un examen más ágil y expedito. En consecuencia, en materias preliminares debe existir cierta flexibilidad de la regla en análisis. A su vez, qué pregunta es preliminar y qué pregunta se adentra ya en información sustancial no es una cuestión abstracta, sino que depende también del grado de controversia que haya sobre la información en cuestión.

b) Sugestividad irrelevante

El problema con que el abogado “ponga las palabras en la boca del testigo” es que es ese abogado quien está formulando la realidad de un modo ventajoso para su caso, allí donde el testigo tal vez no la formularía espontáneamente de dicha manera. Cuando la respuesta a la pregunta no admite más que una sola formulación de la realidad, la sugestividad se torna irrelevante. De vuelta, el valor agregado de la pregunta no sugestiva es mínimo o ninguno. Esto configura otra hipótesis en las que se debe tener mayor flexibilidad con la admisión de preguntas “técnicamente” sugestivas. Así, por ejemplo, la pregunta “¿es usted la madre del imputado? se trata de una información que sólo admite una formulación de la realidad; es decir, que de cualquier forma en que se hubiere preguntado hubiere sido respondida unívocamente por el testigo. Lo mismo ocurre, en otro ejemplo, cuando la pregunta hace operaciones comunes con la información introducida por el testigo (“nos acaba de decir que recibe en promedio treinta muestras diarias... ¿sería

correcto entonces asumir que mensualmente recibe en promedio unas novecientas?”). En estos casos, de vuelta, el valor agregado de la prohibición no se justifica frente a la ganancia en celeridad.

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

c) “Testigo hostil”

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

parece más a un contraexamen que a un examen directo. Por eso mismo, en ese tipo de situaciones es imprescindible darle al litigante la posibilidad de utilizar preguntas sugestivas, si es que se quiere obtener la información que este testigo tiene. Uno de los escenarios es que el amigo, sin necesariamente incurrir en falso testimonio, hará todo lo posible por ocultar, tergiversar, minimizar o relativizar la información que posee, eludiendo al máximo las preguntas del abogado. Tal vez simplemente "no recordará". Si el litigante sólo cuenta con preguntas abiertas, obtener la información del testigo se hace imposible. A su vez, como se trata de un testigo hostil, siempre estará en condiciones de negar las proposiciones de quien hace el examen directo y el valor entonces que protege la prohibición de formular preguntas sugestivas no se pone en riesgo.

d) Sugestivas para negación

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

e) No hay otra manera de preguntar

Por último, hay preguntas que simplemente no hay cómo hacerlas sino sugestivamente. Supongamos, por ejemplo, que el abogado quiere preguntarle al acusado si tiene entrenamiento en el uso de armas. Supongamos que no es una cuestión preliminar (es relevante, por ejemplo, para excluir la culpa o para configurar

la legítima defensa). Se trata de una pregunta sugestiva. Pero, aunque sea sustancial, tal vez aun así no se trate de que el abogado "está tratando de poner las palabras en la boca del testigo", sino simplemente que no haya otra forma de preguntarlo, salvo que lo obliguen a hacer un enorme rodeo por vía de preguntas abiertas. En nuestra opinión, entonces, el juez debe evaluar esto también para flexibilizar la prohibición de preguntas sugestivas. Típicamente, por ejemplo, se encuentra en esta situación la pregunta de acreditación de prueba material simplemente demostrativa: ¿es este diagrama una representación adecuada de su casa? La verdad, no parece haber otro modo de formular esa pregunta.

3.2. PREGUNTAS CAPCIOSAS O ENGAÑOSAS

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

En términos generales, las preguntas capciosas pueden ser entendidas como aquellas preguntas que en su elaboración inducen a error al sujeto que responde, favoreciendo de este modo a la parte que las formula. Esta formulación relativamente abstracta quedará más clara si revisamos un ejemplo: el testigo ocular del

robo al banco declara que vio al acusado huir en un auto que describe. El defensor, en contraexamen, le presenta un set de varias fotografías de autos similares y le pide que señale cuál de ellas muestra el auto involucrado. La pregunta precisa es “¿cuál de estos autos es el que usted reconoce como aquel en que, según dice, vio huir a mi cliente?”. El auto involucrado no está en el set. En este caso, sin embargo, la pregunta le sugiere al testigo que “uno de éstos es”. La pregunta pone al testigo en el escenario de tener que forzar la identificación, sin incorporar en la pregunta el factor de que “también es una posibilidad que no sea ninguno de éstos”. El testigo no cuenta con que el abogado pueda estar “jugando sucio” y, en consecuencia, su proceso mental quizás corra en el tono de “¡cáspitas!, la verdad es que ninguno de éstos parece ser, pero, en fin, si el abogado dice que uno de éstos es, tengo que esforzarme por ver cuál se parece más al recuerdo que tengo del auto... después de todo, tal vez algunos detalles se me puedan haber escapado...”.

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

La prohibición de realizar preguntas engañosas es absoluta para cualquier actuación en el desarrollo del juicio oral. En el contexto del ejemplo resulta relativamente claro por qué ellas son prohibidas tanto para el examen como para el contraexamen de un testigo o perito (sin perjuicio de que evidentemente será en el contraexamen cuando normalmente el abogado intente utilizarlas). La razón es que las preguntas capciosas producen información de baja calidad de parte del testigo, información proveniente básicamente de su error o confusión derivado de una formulación de la pregunta orientada precisamente a inducir dicho error o confusión. Como se trata de información de baja calidad, el sistema no considera

razonable admitir que se formulen preguntas de esta naturaleza. De otra parte, el sistema tampoco quiere dar señales ambiguas a los testigos en términos que podrán ser engañados en el juicio oral para prestar declaraciones percibidas injustas por ellos.

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

3.3. PREGUNTAS DESTINADAS A COACCIONAR ILEGÍTIMAMENTE

Una tercera categoría de objeciones reguladas en el artículo 330 son las preguntas destinadas a coaccionar ilegítimamente a los testigos, a los peritos o al imputado. ¿Qué quiere decir el Código con coacción “ilegítima”? En nuestra opinión es claro que el Código se está refiriendo a situaciones relativamente excepcionales en las que existe un hostigamiento o presión abusiva sobre la persona del testigo que coarta de manera significativa su libertad para formular sus respuestas.

Por otra parte, también es claro que el Código admite coacciones legítimas. De hecho, las preguntas sugestivas –herramienta esencial del contraexamen– sin lugar a dudas tienen el efecto de poner presión sobre el testigo.

En este contexto, esta cláusula del Artículo 330 está pensada como una herramienta para evitar el abuso y que la comparecencia a juicio se transforme en una instancia de humillación injustificada de las personas. El gran desafío para los tribunales será el ponderar cuándo se cruza la delgada línea entre un examen directo o contraexamen agresivo o coaccionador, pero legítimo, y un caso de coacción ilegítima. Nos parece que, salvo casos relativamente obvios, resulta difícil proponer una regla muy específica para realizar tal ejercicio. Nos interesa destacar sí que el hecho de que una cierta línea de examen o pregunta –incluso tono– sea “abusiva”, no es una cuestión abstracta, y depende de factores como quién es el testigo que se está examinando, cuál es el

desarrollo del testimonio, qué es lo que está en juego y cuál es el aporte específico del testigo respectivo. No es lo mismo si el testigo es un niño o un adulto; si es la víctima o un tercero; no es lo mismo si el testigo parece estar mintiendo y su testimonio puede enviar a una persona a la cárcel; no es lo mismo si lo que se juega es una violación o un hurto menor; cárcel o multa. Como en todas las objeciones, se trata de la ponderación de los diversos factores e intereses concretos. En este sentido, si lo que pretende proteger la prohibición de la "coacción ilegítima" es fundamentalmente el entorno del juicio en tanto instancia de comparecencia ciudadana, la aceptación de que existe cierta "coacción legítima" contrapone la idea de que un juicio penal es una cuestión muy grave, y la información debe ser rigurosamente testeada. Esto es así incluso en los casos en que la prohibición de coacción parece más obvia: pensemos por ejemplo en la mujer, supuesta víctima de violación. El sistema tiene máximo interés en que declare y en que no sea doblemente victimizada por el juicio. Pero, si la violación es un delito muy grave, igual o mayor gravedad tiene acusar falsamente a alguien de violación. De esta suerte, si bien en principio sobre el defensor que está contraexaminando a esta víctima regirá una versión bastante rigurosa de la prohibición de coacción, en la medida en que el contraexamen empiece a develar inconsistencias que hagan al tribunal "oler" que tal vez la víctima esté mintiendo, quizás ese tribunal comience a estar más dispuesto a permitir que el abogado defensor vaya endureciendo su contraexamen.

3.4. PREGUNTAS FORMULADAS EN TÉRMINOS POCO CLAROS (PREGUNTAS CONFUSAS, AMBIGUAS O VAGAS)

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

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

En estas tres hipótesis, lo que se pretende evitar es que el testigo cometa errores en su declaración debido a la mala formulación de la pregunta. Dos observaciones respecto de ellas. La lógica detrás de su prohibición es evidentemente la de evitar introducir información de baja calidad al juicio, no porque el testigo sea efectivamente malo, sino porque quien intenta obtenerla no lo hace en forma correcta. En segundo término, es posible apreciar que este tipo de preguntas corresponde a una categoría específica del género "engañosas", en consecuencia, aun cuando el Código no las hubiere regulado, sería posible formular una objeción a las mismas, fundándose en su carácter capcioso.

3.5. PREGUNTAS IMPERTINENTES O IRRELEVANTES

Finalmente, la última categoría de preguntas que expresamente prohíbe el Código se refiere a las preguntas impertinentes o irrelevantes. Una pregunta será impertinente o irrelevante en la medida en que desde un punto de vista lógico no avanza la teoría del caso de alguna de las partes. No se trata aquí de juzgar si las teorías del caso son buenas o malas: si la pregunta avanza la teoría del caso aunque sea mínimamente, por absurda que ésta sea, es relevante y debe ser admitida en el juicio. La pregunta para el tribunal, en consecuencia, no es una pregunta de mérito, sino una de lógica formal: no se trata de si el tribunal hubiera litigado la teoría del caso que propone el abogado, o si lo hubiera hecho buscando esta específica información. La pregunta, en cambio, es: la respuesta perseguida ¿hace más probable que menos probable alguna de las teorías del caso en competencia? Si la respuesta es afirmativa, la pregunta es relevante.

Resulta difícil dar un ejemplo en abstracto de preguntas impertinentes o irrelevantes ya que, como señalamos, el parámetro básico para medir impertinencia o irrelevancia es la o las teorías del caso concretas que se discutan en un juicio. En ésto el tribunal

debe ser muy cuidadoso al decidir y, por lo tanto, la duda beneficia a la parte. Ello, pues son las partes las que saben en qué sentido la información que están preguntando es útil para el desarrollo de su teoría del caso, y las que están poniendo en juego su trabajo profesional en torno al caso.

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

3.6. OTRAS OBJECIONES POSIBLES

La idea de proteger la calidad de información ofrecida por el testigo en el juicio y proteger el entorno de juego justo para las partes lleva a múltiples manifestaciones específicas a partir de las cuales es posible desarrollar otras causales de objeción. Hay aquí un espacio vasto para el desarrollo jurisprudencial del sistema que, sobre la base de normas generales como las que ya hemos revisado, puedan establecer nuevas causales para objetar. Esta es la experiencia de lo que ocurre en países con mayor experiencia adversarial, como lo es, por ejemplo, Estados Unidos, en donde el listado de objeciones posibles en juicio es mucho mayor.³

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

³ Mauet, por ejemplo, se hace cargo de la descripción de 26 tipos de objeciones

en materia de evidencia. Véase Thomas Mauet, ob. cit. págs. 341 a 362.

a) Preguntas por opiniones o conclusiones

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

Las preguntas que persiguen del testigo una conclusión o una opinión son, en principio, inadmisibles, pues, en la medida en que los testigos son legos, dichas opiniones o conclusiones son irrelevantes. Señalamos que esta limitación es "en principio", ya que, como siempre, hay excepciones.

En primer lugar, decíamos que una cuestión relevante para la prohibición de preguntas por opiniones o conclusiones es que se trate de testigos legos. La regla va perdiendo intensidad, entonces, mientras más experticia va acreditando el testigo. La máxima expresión de esto es el caso de los peritos *en el área de experticia que se acredite en juicio*. Los peritos están eximidos de esta causal de objeción ya que ellos suelen ser convocados a declarar precisamente para ofrecer opiniones y conclusiones más que hechos. Por cierto, esto en la medida en que el perito haya sido debidamente acreditado en las materias en donde surgen sus opiniones y conclusiones. Fuera del área de su experticia, los peritos se comportan igual que un testigo lego y, en consecuencia, tienen las mismas restricciones. Pero lo mismo puede ocurrir con testigos que dan cuenta en el juicio de cierta experticia, en el área de dicha experticia, y dentro de los límites de la idoneidad concreta que dicha experticia ofrezca. Pensemos, por ejemplo, en el Carabiniero que practicó la detención. No es un perito ni fue convocado al juicio en esa calidad. Supongamos que el fiscal le pregunta: en su opinión, el arma que encontró en poder del acusado, ¿había sido

disparada recientemente? (el policía responderá que sí, porque sintió el fuerte olor a pólvora en el arma). Se trata de una pregunta por opinión o conclusión, sin embargo, tal vez la experticia concreta del policía alcance para dar cuenta de dicha opinión o conclusión. Cuidado, que, como toda acreditación, se trata de la experiencia y conocimientos *concretos* de ese Carabinero. El hecho de ser *un* Carabinero, en abstracto, no necesariamente asegura su acreditación. Depende de su manejo cotidiano de armas de fuego, de que las dispare con cierta frecuencia, el entrenamiento concreto en la materia, etc.

Una segunda excepción a esta regla se refiere a opiniones o conclusiones que, por ser de sentido común —o pertenecer a las máximas de la experiencia—, pueden ser objeto de declaración por cualquier persona. Si éste es el caso, no se requiere ninguna experticia particular para dicha opinión o conclusión. No obstante, también es cierto que existen muy diversas maneras en que la opinión o conclusión puede formarse, y no todas ellas representan información de calidad suficiente como para ser relevantes para el juicio. Esta es la razón por la cual las reglas de evidencia de modelos comparados con frecuencia exigen, para aceptar la opinión de un testigo lego: 1) que la opinión o conclusión no requiera expertizaje (que sean estrictamente de sentido común); 2) que se base en hechos directamente percibidos por el testigo; y 3) que sea útil para la completa comprensión del relato del testigo⁴. Supongamos, por ejemplo, que el acusado ha declarado que vio a la víctima venir hacia él, y que fue en ese momento cuando tomó el arma y le disparó. El abogado defensor le pregunta cuáles eran en su opinión las intenciones de la víctima cuando iba a su encuentro; el acusado responde que venía a enterrarle un cuchillo. Se trata de una opinión o conclusión, pero: 1) es una que no requiere expertizaje; 2) está basada en hechos directamente percibidos por el acusado (“sacó un cuchillo a medida que avanzaba hacia mí”, “me gritó que ahora iba a pagar por no haberle pagado lo que le debía”, “tenía cara furibunda”); y 3) la conclusión del acusado de que “venía a

⁴ Ver, por ejemplo, la regla 701 de las Reglas Federales de Evidencia, USA.

enterrarle el cuchillo” es útil para entender su relato en el sentido de que “no tuve más opción que dispararle”.⁵

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

En nuestra opinión, la principal causal normativa para fundamentar la objeción de la pregunta por opinión o conclusión es su impertinencia o irrelevancia. Como dijimos, lo que opine o concluya un lego en cuestiones fuera de su percepción no tienen

⁵ En Estados como California, por ejemplo, se ha considerado que dentro de las posibilidades del testigo está el declarar estimando cantidad, valor, peso, medida, tiempo, distancia y velocidad. También se ha considerado legítimo que puedan describir emociones como la rabia, miedo,

entusiasmo, amor, odio, lástima y placer, entre otras cuestiones. Con más detalle sobre este punto, véase Miguel Méndez, *Prueba Pericial en Estados Unidos de Norteamérica*, en *La Prueba en el Nuevo proceso Penal Oral*, Lexis Nexis, Santiago 2003, pág. 72.

ningún valor en el juicio oral en principio. La conclusión del policía en el caso que veíamos recién simplemente no avanza la teoría del caso de ninguna de las partes: si el policía cree que la causa de la muerte fue el accidente, ¿entonces qué? Y si no cree que fue el accidente: ¿entonces qué? Si la respuesta es "entonces nada" —como creemos que es en este caso— la conclusión es irrelevante y, por lo tanto, la pregunta inadmisibile.

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

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

El hecho que las preguntas por opiniones o conclusiones sean en principio objetables no clausura la posibilidad de que el abogado litigante, si sabe lo que hace, pueda obtener la información relevante en la materia en la cual estaba solicitando, o querría solicitar, una

opinión o conclusión. En la mayoría de los casos es perfectamente posible y legítimo solicitar al testigo que relate los hechos que den cuenta o permitan fundamentar la opinión o conclusión, y dejar que el sentido común de los jueces haga el resto, amén de nuestros alegatos finales. Veamos la diferencia sutil entre las dos preguntas que siguen:

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

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

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

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

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

b) Pregunta repetitiva (preguntada y respondida)

Tanto en el examen directo como en el contraexamen los abogados pueden tener razones ilegítimas para repetir una pregunta.

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

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

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

Hay que tener cuidado, eso sí, con la regla en análisis. Para que la pregunta repetitiva pueda ser objeto de una objeción legítima debe tratarse de una pregunta hecha y contestada. Si la pregunta ha sido hecha pero no contestada; el abogado está en su legítimo derecho de formularla cuantas veces sea necesario para que el testigo responda la pregunta precisa que se le hizo. Veamos un ejemplo que grafica lo señalado:

P: Usted le dijo al Topo Gigio: “La próxima vez te voy a matar” ¿no es así?

R: El Topo Gigio me había amenazado de muerte el día anterior.

P: No le pregunté si el Topo Gigio lo había amenazado de muerte, sino si usted le dijo “la próxima vez te voy a matar”.

R: En esas circunstancias uno no piensa lo que dice.

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

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

Veamos ahora un ejemplo distinto. El Defensor contra-examinando al testigo ocular:

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

R: Una ballena blanca.

P: Y usted dice, además, que se fue como a la una de la madrugada

R: Sí.

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

vez a la mujer de pelo rubio...

R: Sí, justo en ese momento.

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

R: Una ballena blanca

P: ¿Y dónde estaba ese tatuaje?

R: En la espalda del sujeto.

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

R: Sí, cierto, muy llamativo...

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

R: Sí, el mismo.

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

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

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

Al igual que en los demás casos, hay que tener cuidado con transformar la objeción en análisis en una regla absoluta, sin matices o excepciones. No basta la mera repetición para que proceda esta objeción. Muchas veces la construcción efectiva de un relato —tanto en el examen directo como en el contraexamen— requiere cierta repetición de información, de manera de engarzar las partes unas con otras, volver con más detalle sobre ciertos aspectos, o relacionar la información entre sí. A su turno, el contraexamen consiste precisamente en superponer otra versión de los hechos al relato presentado por el examen directo, y ello supone repetir temas o preguntas que ya han sido objeto de desarrollo en el examen directo. El contraexaminador tiene pleno derecho a organizar la información en el contraexamen del modo que quiera, incluyendo la reorganización de la información ofrecida en el examen directo.

En consecuencia, en el contraexamen no hay objeción por repetitividad respecto del examen directo.

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

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

c) Pregunta que tergiversa la prueba

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

Como se puede apreciar, es posible establecer dos categorías distintas de preguntas que tergiversan la prueba. La primera se

refiere a casos en los que la formulación de la pregunta cambia o altera la información que efectivamente ha incorporado al juicio la prueba respectiva y la segunda cuando la pregunta incluye información que no ha sido objeto de prueba en el juicio.

Veamos un ejemplo de la primera modalidad:

Fiscal: ¿Podría explicarnos por qué estaba su huella digital en el arma hallada en el sitio del suceso?

Defensor: ¡Objeción!

Juez: ¿Fundamento?

Defensor: Si la huella digital era o no de mi representado es precisamente la discusión en este caso.

Juez: ¿Señor fiscal?

Fiscal: Señores jueces, escuchamos minutos atrás al perito Juan Manríquez quien señaló haber identificado una huella del señor Burna en el arma hallada en el lugar...

Defensor: Señores jueces, lo que escuchamos de ese perito fue que para identificar una huella digital se requería de 12 puntos dactiloscópicos y que dichos 12 puntos no habían sido hallados en esa huella. No me parece justo que se le pida al testigo explicaciones sobre esto como si fuera una información cierta del juicio, la verdad es que se trata de una información cuestionada por el mismo perito que la presentó.

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

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

Fiscal: ¿Podría explicarnos por qué estaba su huella digital en el arma encontrada en el sitio del suceso?

Defensor: ¡Objeción!

Juez: ¿Base?

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

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

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

Juez: Ha lugar la objeción. Cambie la línea señor fiscal.

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

En ambos casos de preguntas que tergiversan la prueba, nos parece que es posible realizar una identificación de las mismas con las preguntas engañosas cuando son formuladas en el contraexamen. En efecto, ellas buscan que el testigo declare producto del error que genera la información contenida en la pregunta que no se adecúa a la realidad del juicio. En cambio, cuando estas preguntas son formuladas en el examen directo, nos parece que ellas responden a la lógica de las preguntas sugestivas, en cuanto incorporan información inexistente sobre la cual pautean la declaración del testigo. De esta forma, aun cuando las preguntas que tergiversan la prueba no tienen una regulación expresa en el Código, sí pueden ser objetadas recurriendo a las reglas de capciosidad y sugestividad.

d) Preguntas compuestas

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

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

Si el testigo no ha declarado sobre ninguna porción de esta información en forma previa, el abogado en realidad ha realizado

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

e) Otras preguntas objetables

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

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

Ya hemos señalado que técnicamente una objeción es un incidente. Debido a que se presenta en el contexto de una audiencia oral, el

formato de presentación del incidente-objeción es a través de su manifestación oral en el mismo acto. Esto es algo que regula expresamente el Artículo 290 de nuestro Código, el que no sólo regla la formulación de los incidentes sino que, además, la forma en que deben ser resueltos ("*inmediatamente por parte del tribunal*").

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

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

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

- Objeción, hechos fuera de prueba.
- Señor presidente, objeción, sugestiva.
- Objeción, señoría, repetitiva.

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

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

Defensor: Objeción, tergiversa la prueba.

Juez: ¿En qué sentido específicamente señor abogado?

Defensor: Señor presidente, ningún testigo ha dicho haber escuchado a mi cliente pronunciar las palabras "te voy a matar". El único testigo que se refirió a eso, la señora Martita, dijo haber visto un gesto, hecho con la mano, al cual ella le asignó una interpretación personal...

Juez: ¿Señor fiscal?

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

Juez: No ha lugar. El testigo puede responder.

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

Como adelantábamos, una vez formulada la objeción el tribunal podrá resolverla de inmediato (por ejemplo, si se trata de una cuestión obvia) o podría dar pie a un debate con la contraparte. Nuestra sugerencia en la respuesta de las objeciones apunta a dos comentarios. El primero es que no es necesario pelear todas las objeciones, particularmente si mi contraparte tiene la razón. Hay muchos casos en que la prudencia aconseja abandonar la pregunta hecha y reformularla de una manera que sea legítima, esto evitará que la declaración pierda continuidad y que el tribunal pierda la información que estoy intentando mostrarle. Un segundo

comentario es que, en los casos en que "decido pelear" una objeción, tampoco es necesario que ello se traduzca en un largo discurso. La defensa de mi pregunta puede perfectamente hacerse recurriendo a formulas sintéticas similares a los ejemplos ofrecidos.

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

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

Como todo el resto de las actividades de litigación, las objeciones son esencialmente una cuestión estratégica. Esto quiere decir que como litigante objetaré cada vez que una pregunta mal formulada pueda dañar mi caso y no cada vez que haya sólo una pregunta mal formulada. Los fines que como litigante persigo con las objeciones no son la depuración técnica o lingüística del debate, sino impedir que la contraparte lo dañe ilegítimamente. En consecuencia, cuidado con objetar automáticamente. Muchas veces, aun cuando la pregunta esté mal formulada, ella es funcional a mi teoría del caso y, en ese evento, impedir que se responda es una mala decisión estratégica.

Un segundo aspecto que es necesario tener presente desde un punto de vista estratégico se refiere al exceso en la utilización de las objeciones. La experiencia indica que no resulta conveniente sobreutilizar objeciones, en cuanto pueden generar una predisposición del juzgador en contra del abogado que entorpece el curso del juicio con su utilización abusiva. Probablemente existen pocas cosas más odiosas que un abogado que interrumpe el normal desarrollo de un juicio sin contar con una buena razón para ello. Por lo mismo, el abogado debe ser especialmente cuidadoso en objetar preguntas en situaciones en que realmente se produce un daño al caso y no sólo con el afán de purismo técnico o como una

estrategia destinada a sabotear el desempeño de la contraparte. Los jueces, a su turno, deberán también comprender que las objeciones constituyen una manifestación de la contradictoriedad en juicio y que es trabajo de las partes objetar cada vez que estimen que se están infringiendo las reglas del juego justo. Nuestro punto no es una cuestión aritmética, sino estratégica, es decir, que el abogado debe pesar las ventajas y desventajas de objetar una determinada pregunta tomando en consideración no solo el debate específico, sino también el impacto que su actividad genera en el juicio en su conjunto.

Capítulo VIII

Examen y contraexamen de peritos y testigos expertos

Introducción

Hemos visto hasta al momento las técnicas básicas que el abogado debe manejar para la realización del examen directo y contraexamen de testigos. Ellas son fundamentalmente las mismas requeridas para realizar tal labor tratándose de peritos, o testigos que tienen experticia en determinadas materias. Sin embargo, el hecho de que el testigo disponga de un conocimiento técnico especial sobre la materia en la cual prestará declaración, marca una diferencia en el modo de regular y ejecutar el examen y contraexamen. En esta medida, nuestra actividad de litigación debe también enfocarse de un modo distinto. En el presente capítulo nos dedicaremos a analizar cuáles son estas diferencias que deben considerarse para planificar y ejecutar el examen y contraexamen de esta calidad especial de testigos.

Antes de entrar al análisis detallado de las particularidades que el examen y contraexamen de peritos y testigos expertos imponen a los litigantes, conviene brevemente hacerse cargo de

varias cuestiones preliminares que resultan indispensables para comprender adecuadamente la lógica y dinámica que tiene la presentación de la prueba pericial y del testimonio de expertos en un sistema adversarial.

1. Definiciones básicas y objeto de la declaración de expertos

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

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

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

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

La categoría de testigos expertos no corresponde, en cambio, a una que esté reconocida normativamente en nuestro Código, sino más bien a una necesidad de distinción para efectos de preparar y

ejecutar actividades de litigación en el juicio. Un testigo experto es un testigo que, sin ser ofrecido como perito —porque el área de declaración no constituye estrictamente una experticia, o bien porque el núcleo de su declaración relevante no la requiere—, tiene, sin embargo, un conocimiento de cierta especialización en una determinada materia. Sin ser exactamente un perito ofrecido como tal, mientras más expertizaje prueben las circunstancias concretas del testigo, más admisibles (relevantes) se tornan las opiniones de ese testigo en el área de experticia. En todo caso se trata de un testigo, es decir, alguien que presenció —o puede declarar sobre— hechos relevantes para el caso, pero que además está dotado de un cierto conocimiento o experiencia que lo habilita para dar opiniones o conclusiones que también son relevantes para el caso, no obstante, no haber hecho un "peritaje".

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

Cuando estamos en presencia de testigos expertos, no estamos en presencia de una categoría que el Código haya regulado y que

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

La presencia de esta situación (testigos que exhiben cierta experticia, aun cuando no son peritos) no es en absoluto excepcional. En la práctica es posible constatar innumerables versiones de esta situación. Un caso típico se produce con la declaración de policías. Los policías normalmente comparecen a juicio como testigos, no obstante lo cual es muy común que respecto de ellos estemos en condiciones de preguntar ciertas opiniones o conclusiones que no serían admisibles con cualquier testigo (por ejemplo, conocimiento sobre tipo de armas, marcas, calibres de las mismas, entre otras, o experiencias en *modus operandi* en la comisión de ciertos tipos de delitos). No se trata de que el policía, por el solo hecho de serlo, pueda declarar cualquier tema criminalístico, sino que, solo en la medida en que disponga de ese conocimiento y podamos acreditarlo en el juicio, se nos permitirá formularle preguntas por opiniones y conclusiones en dichas áreas que serían objetables sin ese conocimiento especial. Veamos entonces cuán sutilmente estas consideraciones imponen exigencias a la litigación. Revisemos las siguientes preguntas:

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

4. Sargento, ¿era consistente el orificio en el cuerpo con el calibre del arma?

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

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

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

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

Cuando decimos "experticia" no nos referimos necesariamente a una educación o experiencia formal. Incluso a un nivel más pedestre es posible imaginar "experticia" en las más diversas cuestiones, como por ejemplo, en la personalidad o carácter de una persona. Sin tratarse de una "experticia" propiamente tal, mucho menos de experticia psicológica, tal vez la pregunta "¿es Juan una persona violenta?" sea objetable respecto de un testigo cualquiera, pero menos objetable si quien está en el estrado es la mujer que ha dormido con Juan los últimos treinta años. Por supuesto, el hecho de que sea su mujer tal vez le imponga debilidades en el conjunto de su credibilidad, pero eso es otra cosa; en términos estrictos de admisibilidad, un juez podría razonablemente creer que, dadas las circunstancias concretas, es relevante escuchar lo que la señora tiene para decir. En fin, las hipótesis son muy diversas, lo que interesa destacar es que el litigante deberá estar atento a esta distinción para poder planificar adecuadamente el examen y contraexamen de estos testigos en aquellas porciones en que se comporten como expertos.¹

Entonces, mientras más experticia acredita el testigo, mayor la permisión para aplicar respecto de él las normas de juicio de los peritos, específicamente en la zona de expertizaje.

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

¹ Un problema que presenta un uso amplio de la categoría de testigos expertos es que los litigantes intenten evadir por medio de los mismos los requisitos que deben

cumplir los peritos propiamente tales. (especialmente la obligación de realizar un informe escrito en el que conste su opinión).

que le corresponde en esta parte de su relato es el de un testigo común (un testigo lego).

1.2. OBJETO DEL TESTIMONIO DE EXPERTOS

El rol del testimonio experto es entregarnos la interpretación de una información que exige un conocimiento especializado. En este sentido, el objetivo es explicar su significado en términos comunes. Esta información no puede ser entregada al tribunal por cualquier persona, pues se trata de un tipo de conocimiento que se encuentra fuera del alcance del sentido común. Por lo mismo, nos vemos en la necesidad de recurrir a un experto o especialista. Pero atención, ésto supone que el tribunal requiera precisamente esa opinión experta, pues si el perito comparece a declarar algo que podría ser apreciado por el tribunal sin necesidad de contar con conocimiento experto, el perito sería innecesario. Así, es frecuente observar cómo en nuestra práctica en tribunales se presentan como peritos expertos de las más diversas especies sin que exista una verdadera necesidad de un conocimiento experto para aportar la información que ellos concurren a entregar en juicio.

Por ejemplo, se ha vuelto una práctica recurrente —generalmente errada, en nuestra opinión— presentar como perito al fotógrafo de la policía que tomó las fotos del sitio del suceso. En general, el fotógrafo no requiere una experticia particular respecto de los temas que declara. Noten que ésto es cierto aun cuando la fotografía pueda ser, en sí misma, un área de experticia. Sin embargo, las proposiciones fácticas que se pretende acredite el perito no tienen que ver con esa experticia. La proposición fáctica más usual es "yo tomé estas fotos, y ellas son una representación del sitio del suceso tal como lo fotografíé". A partir de esa proposición fáctica (que acredita e introduce las fotos), se pretende probar aquellas que contienen las fotografías: la cara de la persona, la disposición de los muebles, la posición de las heridas. Ninguna de estas proposiciones fácticas requieren, en principio, de ninguna experticia particular. Esas fotos pueden ser tomadas por cualquier persona —fotógrafo o no— y cualquiera estaría en condiciones de decir "éstas son las fotos que tomé ese día". A su

torno, lo que las fotos "muestran" son proposiciones fácticas que, en general, están al alcance del mero conocimiento lego de los jueces. Si no lo están, suele no ser precisamente el fotógrafo el perito que necesitamos (por ejemplo, si las fotos muestran una particular forma de dispersión de la sangre, es probablemente el policía o el forense el que nos debe hablar de ello).

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

Esta situación tiene, todavía, una contracara: una vez que existe un área de experticia, ésto proscribire el conocimiento privado, las máximas de la experiencia y el sentido común de los jueces. Las conclusiones expertas tienen, por definición, preeminencia. Si estamos en un área de experticia, entonces por definición se trata de una conclusión sobre la que un lego no puede opinar. Es por definición un área que está más allá del sentido común, las máximas de la experiencia, y la percepción directa del lego. Ahora bien, los jueces son legos por definición, aun cuando, en los hechos, cuenten con conocimiento privado. Supongamos que un juez estudió psiquiatría antes de convertirse en juez. Supongamos que el juez discrepa del juicio técnico del psiquiatra, en base a su conocimiento privado. No obstante, si el testimonio experto no es desacreditado en el juicio, el juez no puede utilizar su conocimiento privado en el razonamiento. La razón es sencilla y se apega a la lógica más fundamental del juicio: el conocimiento privado del juez no está sometido a examen y contraexamen; no sabemos de dónde sacó el juez su conocimiento privado ni qué tan idóneo sea; tal vez si fuera contraexaminado quedaría en evidencia su precariedad; tal vez la

última vez que leyó un libro sobre psiquiatría fue hace mucho tiempo y el conocimiento ha avanzado mucho desde entonces, o quizás no entendió lo que estudió o siguió una corriente que hoy está completamente desacreditada; tal vez si confrontara su conocimiento con el de la comunidad psiquiátrica, ésta rechazaría de plano sus razones; o bien, quizás puesto a debatir con el perito, este último le parecería a los demás jueces más creíble y preparado. En suma, el conocimiento privado del juez está sujeto a las mismas necesidades de control de calidad que el conocimiento de cualquier persona. De esta suerte, si el juez pretende tener conocimiento privado sobre un área que requiere experticia, debe tomar el estrado como perito y declarar bajo juramento, sometiéndose al examen y contraexamen de las partes. Esto, por supuesto, no es compatible con la función de juez. Esta es la razón por la cual los jueces no pueden utilizar su conocimiento privado, mucho menos en un área de experticia, y la razón por la cual son legos por definición en toda área de experticia salvo el derecho.

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

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

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

Por último, es posible que el examen directo del perito simplemente no alcance a acreditar la proposición fáctica en cuestión. Típicamente, por ejemplo, cuando el psiquiatra –por defectos del contraexamen, del peritaje, o del testimonio– se limita a la afirmación "el imputado es esquizofrénico"; si ésta es la afirmación final del examen directo, simplemente no hay suficiente

para acreditar ninguna de las proposiciones fácticas que subyacen a la inimputabilidad (“el acusado no era capaz de distinguir que lo que hacía estaba prohibido”, o bien “era capaz de distinguirla, pero no de adecuar su conducta”). El juez no tiene como estimar acreditada, a partir de la afirmación de la esquizofrenia, ninguna de estas proposiciones fácticas (como no sea por su conocimiento privado, real o ficticio, pero ambos están prohibidos).

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

Por último, la cuestión acerca de cuándo se necesita un conocimiento experto no es baladí. Como hemos visto, una vez que se reconoce esta necesidad, los efectos son muy poderosos para el razonamiento judicial y las exigencias probatorias. El Art. 314 del Código da un espacio muy amplio para determinar qué debe ser objeto de peritajes al señalar que ellos son procedentes cuando, para apreciar los hechos del caso, sea necesario un conocimiento especial de una “*ciencia, arte u oficio*”. La especialización del perito no proviene sólo de lo que tradicionalmente se consideraría un área técnica (ciencia), sino también disciplinas, o cualquier tipo de actividades que generen conocimiento especializado (artes u oficios). En este sentido, un artesano, en su respectivo oficio, podrá ser tan experto como el físico nuclear que detente la mayor cantidad de doctorados y post-doctorados en su respectiva disciplina. A su turno, el juez no puede simplemente decidir ocupar su razonamiento lego en una cuestión que requiere conocimiento experto, para evitar quedar obligado por la conclusión del perito. Supongamos, por ejemplo, que el juez quisiera absolver. Sin embargo, el único psiquiatra que declaró en el juicio señaló que “no podía afirmar que el acusado no hubiera podido distinguir el bien del mal al momento de los hechos”. Los jueces no tienen pruebas que acrediten proposiciones fácticas que satisfagan la inimputabilidad, y no pueden absolver por esta causa bajo la pretensión de que “todos sabemos –ellos los primeros– que un esquizofrénico no puede distinguir el bien del mal”. Esta es una afirmación técnica, que requiere conocimientos igualmente técnicos (¿cuántos tipos de esquizofrenia hay? ¿cuáles

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

Debido entonces a la amplitud del objeto potencial de la declaración de los peritos y al poder del conocimiento experto (predominar sobre el conocimiento común del tribunal, y aun sobre su conocimiento privado), el litigante, al presentar al perito o al testigo experto en el juicio, debe tener especial cuidado en destacar cómo la apreciación de los hechos por él presentados –así como las opiniones por él vertidas– exigen de un conocimiento especializado, en donde la mirada común del lego resulta insuficiente para su adecuada comprensión. Será importante, entonces, hacerle ver el tribunal que ellos también están en la categoría de legos respecto de dicho conocimiento, por lo que, si le creen al perito, deberán preferir sus conclusiones técnicas a las que los propios jueces puedan detentar en forma autónoma.

2. Cuestiones normativas y de lógica del sistema relevantes para el examen y contraexamen de peritos y testigos

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

En primer lugar, por prueba pericial se debe entender, en principio, a un perito que comparece a juicio oral y presta declaración ante el tribunal en forma directa, a través del examen directo y el contraexamen de las partes. En este sentido, la misma regla del Artículo 329 del código es aplicable a los peritos. Esto quiere decir que su declaración en juicio no puede ser sustituida por declaraciones previas registradas en actas o por su informe pericial escrito. Como veíamos, tratándose de los testigos, ésto representa un cambio radical respecto del formato del sistema anterior. En

materia de peritos, la prueba pericial en dicho contexto estaba centralmente constituida por el informe escrito presentado por el perito y que se acompañaba al expediente. Esto, en el nuevo sistema, es en principio inadmisibile. Si el perito no comparece a juicio y no se somete a las preguntas de examen y contraexamen, no tenemos prueba pericial. De hecho, su informe pericial, en tanto tal, es inadmisibile como prueba aun concurriendo el perito al juicio.

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

Una segunda cuestión relevante en la lógica de la prueba pericial tiene que ver con un cambio radical en la forma de mirar o de entender el rol cumplido por los expertos en juicio. En el sistema antiguo, los peritos eran concebidos fundamentalmente como "auxiliares de la administración de justicia" o como "peritos del tribunal". Es decir, expertos que ponen su conocimiento especializado al servicio de las necesidades de convicción del juez, sin considerar para nada los intereses de las partes, como si los peritos fueran completamente neutros o imparciales respecto de ellas. Por esto no cualquiera podía ser perito, sino sólo aquellos que se hubieren acreditado ante los tribunales y que se hubieren inscrito en las listas respectivas que tienen las Cortes de Apelaciones (dando "garantías" de estar al servicio de los jueces y no de las partes). Consistente con esto, quien designaba al perito para el caso concreto era el respectivo tribunal.

Esta lógica cambia de manera radical en el nuevo sistema, en el que los peritos son concebidos como "peritos de confianza de las partes" y no como "auxiliares del tribunal". Esto quiere decir que son las partes las que deciden si traen o no a un perito al juicio y a qué perito concreto. Por así decirlo, los peritos dejan de estar al

servicio del juez y pasan a estar al servicio de las teorías del caso de quienes los presentan. Con esto no queremos decir que los peritos deban ser "serviles" a quienes los presentan, mucho menos que puedan "acomodar" espúreamente su pericia a los intereses de las partes; el proceso es más bien el inverso: la decisión de la parte de haberlo presentado normalmente estará asociada al hecho que lo que el perito está dispuesto a afirmar en juicio, producto de su mejor ciencia, es consistente con la teoría del caso de quien la presenta. Si no fuera así ¿qué sentido tendría presentarlo? A este respecto, vale lo dicho para los testigos legos en los capítulos de examen y contraexamen: el hecho de que los peritos lleguen comprometidos con una versión de los hechos es una cuestión estructural de cualquier sistema, y más bien se descarta la pretensión de la cultura inquisitiva de que ello se disipa por el hecho de cubrirlos con un — muy discutible— manto de imparcialidad e idoneidad, otorgado por el hecho de que la ley así lo declare, que sean nombrados por los jueces, o que figuren en la lista de la Corte. En cambio, un sistema adversarial lo que hace es someter dicha imparcialidad e idoneidad profesional al ejercicio concreto de la contradictoriedad.

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

Derivado de esta nueva lógica, el sistema pericial se flexibiliza por completo. Se acaban las listas de las Cortes de Apelaciones como única fuente en donde se puede obtener un perito. Para el nuevo sistema cualquier persona que esté en condiciones de acreditar experiencia o conocimientos relevantes y especializados en una determinada ciencia, arte u oficio, puede ser llevado a juicio oral. Lo que ocurre normalmente es que la persecución penal recurre por excelencia a

los órganos estatales especializados en la materia (Servicio Médico Legal, laboratorios de las policías, Instituto de Salud Pública, etc.)², pero normativamente podría utilizar a cualquier experto privado y, por otro lado, la credibilidad y experticia es siempre materia de examen y contraexamen en el juicio. De esta suerte, no hay ninguna razón para otorgarle, en principio, mayor credibilidad a un médico del Servicio Médico Legal, que a uno de la Clínica Alemana; de hecho, probablemente todos nosotros preferimos optar por servicios privados de salud, pues allí parece estar el mejor conocimiento médico; si eso es cierto en las situaciones en que más nos importa —nuestra propia salud o la de nuestros seres queridos— no se ve por qué no vaya a ser igualmente válido cuando se trata de probar hechos médicos en juicio. Desde luego, nada obsta a que haya áreas en donde servicios públicos como el Servicio Médico Legal acumulen una muy importante experiencia. Pero, de nuevo, si eso es así ya lo veremos respecto del caso particular y lo que allí se esté discutiendo: la credibilidad y experticia es materia de examen y contraexamen, y se evalúa según el testimonio concreto, puesto en relación igualmente concreta con el resto de la prueba.

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

El examen directo de peritos queda sometido, desde el punto de vista de la litigación, al mismo tipo de reglas y recomendaciones que formulamos respecto de los testigos comunes. Con todo, hay ciertas particularidades del testimonio de los expertos que marcan algunas diferencias que revisaremos a continuación.

3.1. UN PROBLEMA: LA DECLARACIÓN ESPONTÁNEA INICIAL

La primera diferencia está formulada a nivel normativo en el Código Procesal Penal. El Artículo 329 en su inciso tercero hace una distinción entre la declaración de testigos y peritos. Tratándose

² De hecho, esto se reconoce de manera explícita en el Artículo 321 del Código Procesal Penal.

de estos últimos, el código señala: “Los peritos deberán exponer brevemente el contenido y las conclusiones de su informe, y a continuación se autorizará a ser interrogados por las partes”.

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

Nos parece importante reiterar en este punto algo que ya mencionamos a propósito del examen directo cuando analizamos la rigurosidad en el proceso de obtención de información del testigo. Cuando se regula la metodología de la declaración espontánea se dificulta para los litigantes lograr rigurosidad en el relato. En dicho escenario, es normal y frecuente que un testigo declarando en forma autónoma, sin la guía del examen directo, se salte un conjunto de elementos relevantes para el caso, o, por el contrario, profundice en aspectos irrelevantes. El perito tiene más familiaridad y práctica respecto de la declaración en juicio, pero aun así el problema está igualmente presente: sea porque el perito no conoce el resto de la información del caso y, por lo tanto, no está en las mejores condiciones para insertar sus conclusiones técnicas en el conjunto del relato; sea porque tiende a hablar en el lenguaje técnico de su ciencia; sea porque no sabe qué hechos son relevantes para las teorías jurídicas en disputa; o bien porque el hecho de ser perito no necesariamente garantiza inteligencia, el hecho es el mismo: la declaración espontánea es menos eficiente en la focalización de la información. También en el caso del perito, la declaración espontánea puede crear serios problemas para la presentación del relato que nos interesa. La posibilidad de la parte de preguntar luego puede mitigar este defecto, pero no siempre; y, en todo caso, con frecuencia, para mitigar los defectos de información es necesario repetir la declaración completa.

Pero atención, ésto no sólo nos perjudica como partes interesadas, sino que también afecta la claridad de la presentación de los

hechos que permite a los juzgadores formarse una imagen clara sobre ellos. De otra parte, perjudica al sistema en su conjunto, pues obliga a repeticiones de información (primero en la declaración espontánea y luego en la reconstrucción en el examen directo), es decir, genera pérdidas en tiempo e ineficiencia en la audiencia de juicio. Todos estos problemas se agravan usualmente tratándose de los peritos, debido a la tendencia natural de los expertos de hablar en el lenguaje técnico de su especialidad; ésto dificulta aún más la comprensión clara de su relato, sin que nadie lo detenga para solicitarle que explique en lenguaje común los términos técnicos que utiliza.

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

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

Al regular el Artículo 314, la hipótesis de procedencia de la prueba pericial en juicio, el Código Procesal Penal deja abiertas las puertas prácticamente a todo tipo de materias.

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

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

Un aspecto clave a tener presente es que por más idóneo que sea el perito en abstracto, su peso probatorio en juicio depende esencialmente de los elementos de credibilidad que seamos capaces de transmitir (y acreditar) en el juicio. Noten, sin embargo, que esta acreditación es perfectamente susceptible de ser satisfecha —y suele serlo, en los sistemas adversariales más maduros— a través del testimonio del propio testigo. Ese testimonio es materia de examen y contraexamen, como cualquier otra proposición fáctica. De esta suerte, si el perito afirma ser médico, nos relata su formación y experiencia específica en el área de examen, y esas afirmaciones no son controvertidas por la contraparte, hay una poderosa tendencia a estimar que la cuestión de la experticia está acreditada. Si ésto basta, diplomas y certificados en principio son superabundantes (salvo, por supuesto, que lo exijan las necesidades concretas de la controversia).³

Así, una etapa realmente crítica en el caso de los expertos es la de acreditación del conocimiento especial que alegan tener. Esta

³ En este sentido, las exigencias de los Artículos 314 y 316 son más bien para que el juez de garantía asegure un piso de seriedad. Se trata de un estándar muy bajo de admisibilidad, que no dice absolutamente nada acerca de que en el juicio el perito pueda resultar desacreditado, o los certificados en cuestión, falsos. La inclusión de estas normas en el título del juicio oral es una circunstancia completamente histórica: originalmente la norma estaba en un

Título IX ("De la Prueba"), del Libro Primero ("Disposiciones Generales"). Sin embargo, en la medida en que el conocimiento de la lógica de litigación fue madurando, lo fue también la idea de que solo hacía sentido regular la prueba a propósito del juicio. El famoso título IX fue suprimido entonces, y sus normas trasladadas al juicio. Estas dos, sin embargo, fueron trasladadas también pese a estar dirigidas a la audiencia de preparación del juicio.

acreditación específica es para el examen del perito, en el juicio. Ello será particularmente importante en ciertas categorías de casos en que, casi por definición, la prueba pericial será el elemento central de la discusión. Por ejemplo, en los casos por violación el informe pericial que indica que se han encontrado restos de semen del acusado en el contenido vaginal de la víctima resulta con frecuencia una prueba muy determinante. Ahora bien, si dicho informe es rebatido por el de otro perito que señala que en virtud del examen de ADN dichas muestras no corresponden al acusado, estamos en presencia de un escenario muy diverso. En estos casos, la discusión se centra en la idoneidad y credibilidad de cada uno de los peritos, tanto como en el contenido de las declaraciones.

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

Si la acreditación se funda en su experiencia, las preguntas se dirigirán a las actividades que ha desempeñado, durante cuántos años, la cantidad de ocasiones en que ha participado en situaciones como las que son materia de la prueba, etc. Esto es muy importante de destacar. El prejuicio común suele situar la experticia de los peritos en los estudios, y ello no necesariamente es así. Existen muchas áreas de experticia en donde al menos tan relevante como los estudios (si no más) es la experiencia.

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

Fiscal: Nos podría indicar su nombre completo.

Perito: Francisco Pérez Soto.

Fiscal: Don Francisco, ¿qué edad tienen usted?

Perito: 41 años.

Fiscal: ¿Y cuál es su profesión?

Perito: Médico cirujano.

Fiscal: ¿Qué significa ser médico cirujano?

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

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

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

Fiscal: ¿En dónde estudió usted?

Perito: En la Universidad Católica.

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

Perito: No.

Fiscal: ¿Dónde trabaja?

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

Fiscal: ¿Hace cuánto tiempo trabaja allí?

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

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

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

Fiscal: ¿Qué tipo de atenciones usualmente presta?

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

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

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

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

Perito: Bueno, esta es mi principal actividad profesional.

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

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

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

Perito: Bueno, es difícil de calcular.

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

Perito: Al día deben ser unas 3 ó 4.

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

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

Fiscal: ¿Y unas 60 atenciones mensuales?

Perito: Más o menos, sí...

Fiscal: ¿Y cerca de 700 al año...?

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

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

Perito: Sí, ese cálculo parece razonable...

Fiscal: ¿Cuán complejo es, desde un punto de vista médico, realizar un examen externo para constatar lesiones?

Perito: En verdad no se trata de un examen muy complejo.

Cuando no existen heridas cortopunzantes o heridas de bala, el examen es muy sencillo, se trata de revisiones externas y radiografías básicas en las zonas de las lesiones si corresponde.

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

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

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

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

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

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

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

Es importante destacar que la acreditación del perito se constituye en un elemento crucial de la planificación del examen

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

La variedad de preguntas y tópicos que se pueden abordar para este objetivo son infinitas. Cada una dependerá de las calificaciones que nuestro experto posea y del tema en que particularmente nos interese acreditarlo. Las necesidades de acreditación de los peritos, al igual que la de los testigos legos, dependen del tipo de peritaje que este mismo ha realizado y, en consecuencia, de las necesidades específicas de cada caso en concreto. Todo lo anterior requiere una cuidadosa preparación antes del juicio y un conocimiento acabado de los antecedentes de nuestro experto. Nuevamente surge un tema que hemos reiterado hasta el cansancio en otros capítulos: no se puede llegar a improvisar al juicio oral, el arte de litigar supone una adecuada preparación del caso.

Una última cuestión antes de continuar. En muchas ocasiones la acreditación no solo debe referirse a la persona del perito y su experticia, sino a los procedimientos u operaciones realizados por él. En buena cantidad de disciplinas, particularmente las de corte

científico, la potencia de los resultados y conclusiones no depende tanto de las cualidades personales del perito, como de haber seguido ciertos procedimientos estandarizados y uniformados por la disciplina como la forma idónea de obtener conclusiones. Si este es el caso, la acreditación debe ir sobre ello.

3.3. LA ORGANIZACIÓN DEL RELATO

Una vez que hemos acreditado suficientemente la experticia de nuestro perito, debemos producir el testimonio. La producción del testimonio de los peritos, en general, se sujeta a las mismas reglas de litigación que cualquier testigo. No obstante, una primera diferencia se produce respecto de la organización de la declaración. Respecto de los testigos legos, dijimos que el orden recomendable para estructurar su declaración es el orden cronológico. Esta regla se altera tratándose de los peritos. En general, el orden cronológico será aquí poco relevante. Los peritos no son testigos presenciales de los hechos y, en consecuencia, normalmente no tienen una cronología que relatar. El relato de los peritos normalmente será temático, es decir, cubrirá las distintas conclusiones y los procedimientos llevados adelante para arribar a las mismas. Vamos un ejemplo:

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

Perito: Bueno, de acuerdo a los exámenes que practicamos sobre las muestras recibidas, pudimos determinar que el ADN contenido en los fluidos vaginales de la muestra M23 era equivalente al que obtuvimos de la muestra de sangre M24, que corresponde al señor Pedro Curtis.

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

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

Fiscal: Doctor, ¿es posible que haya dos personas distintas con

el mismo ADN?

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

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

Perito: Bueno, en primer lugar analizamos...

Como se puede observar en el ejemplo, el relato de los hechos se inicia con la conclusión del informe, es decir, si consideramos la cronología del trabajo realizado por el experto, comenzó con lo último que ocurrió en el tiempo. Una vez que el experto expone con claridad su conclusión, el litigante vuelve atrás y le solicita que explique el procedimiento. Se trata de un examen directo organizado con estructura fundamentalmente temática, debido a que al litigante le interesa destacar la conclusión para luego revisar los detalles y otros aspectos que llevaron a la misma. Probablemente, al explicar el procedimiento, se siga con un orden cronológico que se haga cargo de los distintos pasos que se fueron dando en el tiempo para llegar a la conclusión expuesta, pero esto no es necesariamente así.

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

3.4. ATENCIÓN CON EL USO DEL LENGUAJE ESPECIALIZADO

La potencia del testimonio de un experto está centrada en las materias técnicas sobre las cuales tiene conocimiento especial y que contribuyen a nuestro caso. Sobre dicho testimonio, deberá lograrse que el experto declare para la comprensión del tribunal. Habrá que

hacerle ver que, si se requirió un experto, es precisamente porque los hechos resultan incognoscibles para los jueces en la forma en que están descritos, y requieren de una explicación por alguien con experticia. A fin de cuentas, la cuestión esencial será que el lenguaje técnico de la experticia, traducido a un idioma comprensible para el tribunal, resulte en las proposiciones fácticas que sustentan nuestra teoría del caso. Hay que destacar que ésto no es un asunto menor para lograr los objetivos del examen directo de nuestro experto. Aunque duela reconocerlo, sólo somos abogados. Y aunque los abogados solemos comportarnos como si fuéramos expertos en todo, ya hemos dicho que abogados y jueces pueden incorporar su conocimiento privado en la prueba o en el razonamiento judicial. Debemos lograr que el experto sea capaz de explicar en un lenguaje que, como abogados y legos, podamos entender, tanto los litigantes como los jueces. Cada palabra en la que asumamos como obvio que el tribunal está entendiendo, es una proposición fáctica más que estamos entregando a la fortuna: ojalá el juez le dé a esa palabra, ese concepto, esa afirmación, el significado (no explicitado) que el perito está expresando.

La tendencia natural de los expertos es hablar en el lenguaje de su experticia porque, con frecuencia, su rigurosidad profesional se expresa, entre otras cosas, precisamente en la precisión técnica (en una escala distinta, nosotros mismos caemos en ese vicio tan menudo ¿o acaso no han recibido alguna vez el comentario crítico de algún amigo o familiar lego acerca de lo aburrido que son las fiestas de abogados? “hablan un lenguaje incomprensible, como si estuvieran alegando en una Corte...”).

El desafío está entonces en hacer que este experto pueda explicar lo mismo en términos que sean claros para todos los que están fuera de la órbita de tales conocimientos. Pero, más que ninguna otra cosa, en términos que acrediten proposiciones fácticas sin exigir de los jueces interpretaciones privadas acerca del significado de la afirmación técnica (la diferencia entre “es esquizofrénico” versus “en ese momento era incapaz de discernir que lo que hacía estaba mal...”). Si el experto insiste en utilizar términos difíciles de comprender porque ellos son los más adecuados técnicamente, hay

que pedirle que explique su significado en términos legos. Aquí el abogado debe tener un control muy estricto de la información que sale de la boca del perito y que esa información se produzca en un formato que sea claro y convincente para el tribunal. Supongamos que estamos en presencia de un perito que está realizando un análisis de tejidos que encontró en el vehículo del acusado para compararlo con una muestra de la alfombra de la víctima:

P: Doctor Martínez, usted nos acaba de decir que le fueron entregadas dos muestras, una recogida del auto del acusado y otra de la alfombra de la víctima... ¿qué exámenes practicó sobre ellas?

R: Bueno, se practicó el test *Diocipren 19*.

P: ¿En qué consiste ese test?

R: Consiste en el análisis químico de las muestras en que se les aplica sulfatos nítricos, de manera de determinar su idoneidad biológica.

P: ¿Qué significa esto de que se le "apliquen sulfatos nítricos"?

R: Bueno, en palabras simples, se trata de un químico que se vierte en la muestra, que produce una reacción que permite identificar la composición química de esos elementos.

P: ¿Y a qué se refiere usted doctor cuando dice "idoneidad biológica"?

R: Es el término técnico que ocupamos para decir que dos muestras distintas corresponden a la misma entidad física.

P: Si entiendo bien doctor, eso quiere decir que si hay idoneidad biológica en dos muestras, ¿ellas corresponden a un mismo cuerpo?

R: Exactamente, eso es lo que quiere decir idoneidad biológica.

P: Doctor quisiera que ahora...

Como se puede ver en este simple ejemplo ficticio, no obstante el experto utiliza un vocabulario técnico que carece de sentido para quienes no están formados en dicha especialidad, el abogado

que lo examina deja claro cuál es el sentido de ese tecnicismo, de manera que el tribunal pueda apreciar con claridad el resultado del peritaje. Sin esta precisión, seguramente las palabras del perito, por más potentes que sean dentro de su especialidad, probablemente no signifiquen nada a oídos de un tribunal que no recibe ninguna explicación en un lenguaje medianamente comprensible acerca del significado de las mismas o, incluso peor, le darán el significado que, en la mente de cada uno de esos jueces, puedan llegar a tener.

3.5. HECHOS E HIPÓTESIS

Otra particularidad del testimonio de los testigos expertos que resulta relevante para la preparación de su examen directo es que no se trata necesariamente de testigos presenciales. Así, por ejemplo, si bien el médico que atendió a la víctima herida en el hospital es un testigo —podríamos decir— presencial respecto de una porción de la historia, lo cierto es que el médico llamado por la contraparte para refutarlo no lo es en absoluto y, aun así, su declaración es admisible (y muchas veces muy relevante). En el caso de los testigos con experticia, entonces, las preguntas van a adoptar con frecuencia la forma de hipótesis sobre las cuales estos emiten una opinión. Este es el caso, por ejemplo, cuando le preguntamos al médico de refutación: "Doctor, dadas las condiciones descritas, fue el procedimiento adoptado el más adecuado?". Cuando el médico responde "no", no está relatando hechos, sino emitiendo una conclusión, que es hipotética en la medida en que depende de "si es que las condiciones descritas eran esas". Esta es otra particularidad de los testigos expertos pues, como se recordará, las opiniones y conclusiones están prohibidas por regla general para los testigos legos. Estas hipótesis deben dirigirse a situar al juzgador frente a situaciones que le permitan entender la proposición que se desea probar, por ejemplo:

En una causa por supuesta negligencia médica, nuestra parte presenta al presidente del Colegio de Expertos en Riñón para que testifique acerca de la extirpación de un riñón practicada a nuestro cliente, el Sr. Claro.

P: Dr. Álvarez, ¿puede usted indicarnos su nombre completo?

R: Juan Álvarez González.

P: ¿Puede indicarnos su profesión?

R: Soy médico experto en temas de riñón.

P: Dr. Álvarez, ¿podría decirnos en qué consiste su especialidad?

R: Bueno, la nefrología es la especialidad médica encargada del tratamiento del riñón.

P: ¿Cuántos años de estudio habilitan para ejercer esta especialidad?

R: Bueno, luego de los siete años de estudios de la carrera, uno debe realizar los estudios de especialidad que en mi caso se extendieron por cinco años más. Posteriormente viene el periodo de acreditación ante el Colegio de la especialidad mediante una práctica de tres años adicionales.

P: ¿Dónde realizó sus estudios de especialidad?

R: En la Universidad Católica y posteriormente obtuve una beca para la Universidad de Miskatonic, de la ciudad de Miskatonic, en el Estado de Nueva Inglaterra, Estados Unidos.

P: ¿Cuál es su actual cargo y lugar de trabajo?

R: Soy jefe de la sección para el tratamiento de la cirrosis del Hospital Santa Rita.

P: ¿Hace cuánto tiempo?

R: Hace 15 años.

P: Ahora quisiera realizarle algunas preguntas relacionadas con su especialidad, para lo cual le pido centrar su atención en la presente radiografía. ¿Cuál es su opinión acerca de la situación médica representada por esta radiografía de riñón? *(la radiografía ya está ingresada en la prueba)*

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

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

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

P: Dr. Álvarez, si la radiografía que aquí se presenta fuera de un paciente suyo, ¿cuál opción aplicaría?

R: Si bien es difícil decir, creo que por el nivel de avance del daño que se observa en la superficie izquierda del órgano y la falta de compromiso del lado derecho, me inclinaría a recetar un tratamiento de drogas y abstinencia.

P: ¿No prescribiría la extirpación?

R: No, me parece perfectamente posible evitarlo todavía.

Como se ve en el ejemplo, el examen de los testigos expertos no presenciales se basa en hipótesis que tienden a subsumir la proposición fáctica que se desea probar (la hipótesis: "si usted tuviera un paciente bajo estas condiciones médicas, ¿sería una decisión técnicamente acertada la extirpación?"; la proposición fáctica: "el doctor -acusado- extirpó indebidamente el riñón"). Este tipo de examen presenta la dificultad de hacer que la hipótesis sea realmente representativa del caso en juicio (cuestión que todavía vamos a tener que probar), lo cual está asociado con la especificidad de la información y con las condiciones descritas. En este ejemplo, la radiografía fija las condiciones; pero no siempre vamos a contar con prueba independiente tan explícita. Si el ejercicio resulta demasiado vago y poco representativo, entonces no podremos evitar el argumento de la contraparte: "tal vez la conclusión del doctor sea correcta dadas las condiciones que mi contraparte le describió, pero esas no son las condiciones en que tuvo lugar el caso que nos ocupa...".

3.6. CONTROL, CONTROL Y MÁS CONTROL

Finalmente, una última cuestión que debemos enfatizar respecto del examen directo de los peritos y testigos expertos se refiere al rol del abogado. Por más que el experto conozca la materia sobre la cual depone, el examen debe ser dirigido por el litigante, de modo de seguir la estrategia que hemos diseñado previamente y obtener la información que necesitamos. Esto lo hemos dicho respecto de los testigos, pero en los peritos adquiere mayor complejidad. En

muchas ocasiones resulta difícil controlar a los peritos ya que por su carácter de expertos se ven tentados a dictar cátedra o a aportar más antecedentes que los solicitados. El juicio constituye un buen escenario para que los expertos se dejen llevar por la oportunidad para extenderse innecesariamente en temas no relevantes para el caso. El abogado debe ser capaz de llevar las riendas de la declaración. Quien tiene el control de la teoría del caso, quien sabe cuáles proposiciones fácticas relevantes debe obtener, es el abogado y no el perito.

4. El contraexamen de peritos y testigos expertos

Las reglas de litigación del contraexamen de peritos y testigos expertos también quedan básicamente sometidas a las que hemos revisado tratándose de testigos legos. Tal vez lo que constituye el principal desafío en esta categoría de testigos es que, en una parte importante de casos, el contraexamen se dirige principalmente a desacreditar su experticia o la idoneidad de su testimonio. Ello impone exigencias de preparación al litigante superiores a las de un testigo lego, pues obliga al litigante a interiorizarse de los conocimientos del experto, de manera de poder direccionar adecuadamente el contraexamen. Ello supondrá en muchas ocasiones la necesidad de estudiar aspectos de la disciplina del perito o derechamente asesorarse por otro experto de la misma disciplina, que pueda orientar nuestro trabajo en el contraexamen, revisar lo que el perito ya ha escrito previamente en el tema, y otras actividades similares de preparación. Pero cuidado, el contraexamen de un experto en el área de su experticia es siempre un ejercicio extremadamente complicado. Si se nos permite una analogía futbolística, planificar un contraexamen adversarial (vgr. desacreditar su testimonio) en materias de experticia, es como planificar un triunfo en un partido de fútbol contra Brasil de visita, y con dos jugadores menos. No es imposible, pero es probablemente uno de los ejercicios de litigación de mayor dificultad. Todas las destrezas se ponen a prueba al contraexaminar peritos. Cuidado con la tentación, y cuidado también con la

ambición. En estos casos, mucho más que con los testigos legos, "el tonto" no es tan tonto y, si voy por lana, hay una buena chance de salir trasquilado.

Con todo, el contraexamen de peritos es un ejercicio que hay que enfrentar. Es posible identificar cuatro líneas clásicas de contraexamen de peritos. A ellas se deben sumar todas las líneas propias de nuestra teoría del caso y las que surgen de las circunstancias particulares del juicio en cuestión. A continuación, revisaremos estas líneas. Al igual que en la desacreditación de los testigos, no se trata de líneas abstractas sino de posibilidades que, puestas en casos concretos, permitirían tener un punto relevante.

4.1. PRIMERA LÍNEA: "INTERÉS"

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

En primer lugar, los peritos tienen la particularidad de que en una cantidad importante de casos cobrarán remuneraciones por sus peritajes y declaraciones en juicio. Esto no constituye un problema en sí mismo, todo profesional tiene derecho a percibir remuneraciones por el trabajo que desempeña. Sin embargo, si averiguamos que las remuneraciones que ha recibido este profesional (tasas fuera del mercado o muy por fuera de lo que habitualmente el mismo experto cobra en otros ámbitos de su vida profesional), es posible que tengamos un punto de contraexamen: "las conclusiones no son producto de su mejor capacidad profesional, sino de la remuneración". Esta línea encuentra reconocimiento normativo en nuestro Código Procesal Penal. Así, el Artículo 318 permite que "*Las partes o el tribunal podrán requerir al perito información acerca de su remuneración y la adecuación de esta a los montos usuales para el tipo de trabajo realizado*". Se trata de una línea de contraexamen que para tener impacto en concreto debe tener cierta fortaleza. Cuidado con intentar hacer un gran tema simplemente del hecho que el perito cobró legítimamente por un trabajo realizado. Además, hay que tener presente que la cuestión

de credibilidad se recorta por la adecuación de los montos al trabajo de ese perito, y no por lo que habitualmente cobra un perito, ni por lo que se suele cobrar en la plaza.

Una segunda línea vinculada a interés o imparcialidad de perito puede explorarse revisando su historial de peritajes en juicio. Así, un perito que comparece a diario siempre apoyando la tesis de los fiscales podría manifestar un cierto compromiso con la persecución penal que eventualmente podría dar para una línea de desacreditación. También aquí, se trata de tener una línea concreta en este sentido, y no de salir a pescar en abstracto. Así, que los peritos dactiloscópicos de la policía declaren siempre por la persecución no basta para hacer la línea de contraexamen; necesitamos, a partir de allí, tener información concreta de que hay razones para creer que este perito pueda estar predisposto.

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

Como ya hemos dicho, hay que tener cuidado en la ejecución de esta primera línea y de las conclusiones que se pueden obtener, cualquiera sea su versión. No cualquier cosa desacredita en los hechos al perito; las meras sugerencias de los abogados no constituyen prueba; ni la constituyen las meras preguntas con prescindencia de las respuestas. En la medida en que el conjunto de circunstancias del caso efectivamente sea poderoso, se debieran explorar estas líneas. En caso contrario, probablemente terminemos reforzando la credibilidad del perito: nuestro contraexamen le

habrá dado la oportunidad para reafirmar sus conclusiones, para que el tribunal las escuche nuevamente, para extenderse acerca de cómo ellas son creíbles, y todo ello con la legitimidad de que, habiendo hecho nuestro mejor esfuerzo por desacreditarlo, su declaración se mantuvo incólume. A lo anterior debe sumarse todavía la nunca despreciable consideración de que en la credibilidad del caso tiene un rol también la credibilidad que el litigante le proyecta a los jueces, y que esta credibilidad se daña cuando nuestro contraexamen sugiere promesas que terminan arando en el agua (cuando salimos a pescar, o nuestras preguntas no son avaladas por las respuestas, al menos en un grado razonable).

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

Una segunda línea de desacreditación de peritos se produce cuando podemos mostrar en el juicio que el supuesto experto que ha traído la contraparte en realidad no tiene las calificaciones o experiencia que se habían sugerido en el examen directo.

Esta línea presenta a su vez dos versiones con distintos niveles de impacto. Por una parte, uno se encuentra frente a casos en los que efectivamente el perito no resulta un muy buen experto. Esto ocurre cuando, por ejemplo, traemos evidencia de que, en su largo currículum, donde se menciona que el perito ha sido profesor universitario en las más prestigiosas facultades de medicina del país, había olvidado mencionar que fue expulsado de varias de ellas por negligencia o que el tiempo de permanencia como docente en las mismas no había superado un semestre. Efectivamente, el perito había sido académico, pero también es verdad que había sido expulsado de cada una de las universidades en donde había trabajado por falta de profesionalismo y rigurosidad.

Una segunda versión, más sutil y mucho más común en la práctica también en nuestros tribunales, se refiere a casos en los cuales, si bien la persona presenta calificaciones reales, en el examen directo declara sobre materias que se encuentran fuera de su experticia, como por ejemplo, al médico que realiza el examen físico externo del paciente para determinar el tipo de lesiones de

que fue objeto en un robo con violencia, y el fiscal le comienza a preguntar por el "estado psicológico" del paciente al momento en que prestó la atención (situación más que frecuente en nuestro país). Ese doctor podrá estar muy bien acreditado para declarar sobre las lesiones, pero probablemente está muy lejos de ser un experto en materias psicológicas, que pertenecen a una disciplina completamente diversa. Respecto de esa porción de su declaración, el perito de nuestro ejemplo es perfectamente lego y, por lo tanto, su opinión irrelevante si es que no pertenece al sentido común.

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

En las disciplinas técnicas suele ser frecuente que no sea posible afirmar con completa certeza una conclusión. Aun cuando la conclusión sea altamente probable a la luz de su disciplina, un experto serio normalmente estará dispuesto a reconocer porcentajes o márgenes de error en sus resultados. Esos márgenes varían de caso a caso, pero pueden constituir una herramienta poderosa para enviarle un mensaje al tribunal que desacredite, al menos en parte, las conclusiones del peritaje: "este testigo no puede afirmar con seguridad lo que dice". Hay que tener cuidado en este punto. Hay veces en que los litigantes tienen la tendencia a capitalizar más de lo que pueden. No cualquier margen de error es relevante para desacreditar al perito y, como siempre, este debate hay que tenerlo en concreto: qué significa este margen de error en el caso particular, puesto en relación además con el resto de la prueba.

Si el experto no está dispuesto a reconocer márgenes de error, tal vez estamos en nuestro día más afortunado. Si hemos venido preparados, normalmente estaremos en condiciones de dar cuenta de ésto al tribunal y con ello el perito habrá abierto la puerta para una línea de desacreditación aún más poderosa "el perito está mintiendo u ocultando información que nos favorece". En ese caso, habremos ganado, no por el margen de error, sino por el impacto que puede tener en la credibilidad personal del perito mentir ante el tribunal en la audiencia de juicio.

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

Una última línea clásica de desacreditación de los peritajes tiene que ver con la fidelidad con que el perito realizó sus operaciones y obtuvo sus conclusiones en relación a los cánones de su ciencia. Se trata de una línea muy poderosa de contraexamen, ya que nos permite sugerirle al tribunal que las conclusiones del perito no son válidas por no respetar o no ser fieles con la disciplina a la cual pertenecen. Esta línea, a su vez, admite diversas modalidades.

Una primera modalidad se produce cuando el perito no es fiel a su ciencia ya que las conclusiones que obtiene contravienen aspectos consensuados en su disciplina. Si existe un consenso importante en la disciplina sobre la materia y el perito contraviene ese consenso, ello no significa que no pueda ser creído (¿en dónde quedarían los innovadores y los genios que han producido cambios copernicanos en sus disciplinas?), pero ciertamente ello traslada al perito una "carga de la prueba" mucho mayor, y ese es un factor que juega en nuestro favor en el contraexamen.

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

Finalmente, una tercera modalidad se produce cuando el perito no es fiel a "su ciencia personal": este mismo experto había manifestado una opinión contraria a la que sostiene ahora en el tribunal (por ejemplo, había escrito un libro sobre la materia en el que dice algo distinto de lo que afirma hoy). La pregunta entonces es ¿qué credibilidad tiene alguien que cambia de versiones? Al igual que en el primer caso, esto no significa que el perito no pueda ser

creído, pues en muchas ocasiones el cambio de opinión se debe precisamente al profesionalismo del experto (por ejemplo, debido a la utilización de nuevos y más precisos procedimientos inexistentes al momento en que escribió el texto que se contraponen hoy en juicio). Con todo, si en el contraexamen somos capaces de poner en la mesa esta contradicción, le ponemos al perito una carga de justificación mucho mayor.

5. El uso del informe pericial

Una de las cuestiones que en nuestra experiencia genera más confusión en el tránsito de sistemas inquisitivos de enjuiciamiento a sistemas acusatorios, es el uso que se da al informe pericial escrito. En efecto, suele confundirse cuál es la función que este informe cumple en el juicio. No es extraño encontrar casos en los que las partes introducen a juicio el informe pericial escrito como si se tratara de una prueba documental o que los jueces del tribunal exijan que se acompañe dicho informe junto con la declaración del perito. Esto ha ocurrido también en varios tribunales orales en nuestro país que, haciendo una lectura errónea del Artículo 315 del Código Procesal Penal⁴, han considerado que, no obstante el perito debe comparecer y declarar en juicio, de todas maneras debe ser entregado su informe escrito al tribunal al momento de su comparecencia a la audiencia. Nos parece que prácticas de este tipo erosionan fuertemente principios básicos del juicio oral, tales como la inmediación, la contradictoriedad y la oralidad.

En alguna medida, las prácticas descritas se generan por una cierta confusión acerca de cuál es el medio de prueba en un sistema de juicio oral. Desde el punto de vista de las reglas de

⁴ Se trata de una interpretación errónea ya que el Artículo 315 está pensado para la audiencia de preparación de juicio oral. Valga respecto de esta norma la explicación histórica de la nota anterior. El litigante que desee presentar a un perito debe acompañar su informe en tal audiencia, con el objeto de posibilitar al juez de garantía hacer el examen de

relevancia (pertinencia) del peritaje e idoneidad mínima del perito, que permitan admitir dicha prueba en juicio. De hecho, en el proyecto original presentado en la discusión parlamentaria, las normas de prueba, entre ellas el Artículo 315, se contenían en el capítulo que regulaba la etapa de instrucción.

prueba, en un sistema de juicio oral no hay duda acerca de que en la audiencia de juicio la prueba pericial básicamente consiste en la declaración personal que debe prestar el perito en la audiencia. En esto, la lógica no es muy distinta a la de los testigos legos, y ha sido reconocida en forma expresa en nuestro código en el Artículo 329. De acuerdo a este mismo Artículo, la declaración del perito no puede ser sustituida de ninguna forma por la lectura de actas o informes periciales escritos (salvo algunas excepciones que se establecen en el Artículo 331). Así, la regla fundamental respecto de la prueba pericial es que el perito debe comparecer y someterse a las reglas de examen y contraexamen. En este contexto, ¿para qué sirve el informe pericial escrito redactado antes del juicio? La respuesta es que este informe cumple múltiples funciones. Desde luego, constituirá una herramienta para que ambas partes puedan preparar la litigación en el juicio. De esta forma, la parte que presenta al perito podrá estructurar su examen directo sobre la base del conocimiento que tenga de las opiniones del perito y cómo éstas deben ser encajadas en el relato general para acreditar su teoría del caso. Para la contraparte, a su vez, el informe será una pieza clave para preparar el contraexamen o, aun antes, para producir información propia que pueda controvertir en juicio a la que aportará el perito. En el juicio mismo, el informe escrito es equivalente a una declaración previa del perito, en consecuencia, puede ser utilizado legítimamente para dos fines: refrescar la memoria del perito y manifestar inconsistencias relevantes entre las declaraciones actuales y el informe, según lo regula de manera expresa el Artículo 332 del Código.

Fuera de estas hipótesis, cualquier otro uso del informe escrito es ilegítimo. Si se tiene al perito declarando en juicio, no se ve para qué se podría querer su informe. Con frecuencia, cuando hemos discutido el punto con jueces hemos recibido respuestas del tipo "es que los informes periciales tienen información compleja que hay que revisar luego con más calma". Sin embargo, es el ejercicio de examen y contraexamen el que debe poner ante los jueces toda la información relevante del peritaje, hasta que esos jueces no tengan dudas respecto de cuáles son las conclusiones del perito y

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

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