Colección

Director

Manual de litigación



edicionesDidot

Manual de litigación

Leticia Lorenzo

Colección
Litigación y enjuiciamiento penal adversarial
Director
Dr. Alberto Binder
Coordinadora general
Leticia Lorenzo

edicionesDidot

Lorenzo, Leticia
Manual de litigación. - 1a ed. 1ª reimp.- Buenos aires : Ediciones Didot, 2012.
241 p. ; 22x15 cm. (Litigación y enjuiciamientopenal adversarial / Alberto M. Binder)

ISBN 978-987-26936-5-7

1. Derecho Penal. 2. Derecho Procesal Penal. I. Título
CDD 347.05

Fecha de catalogación: 11/05/2012

© edicionesDidot
© Leticia Lorenzo

1° reimp. 2012
Hecho el depósito en ley 11.726
Libro de edición argentina
ISBN: 978-987-26936-5-7

Ediciones Didot
Arévalo 1830, CABA, Argentina
Te. +5411 4771 9821
www.edicionesdidot.com
didot@edicionesdidot.com

Diseño de tapa: Hernán Matías Rosa González

Impreso en mayo de 2012
Nuevo Offset
Viel 1444, CABA, Argentina

Índice de contenido

Prólogo 15

Introducción 19

Estructura del Manual 25

PRIMERA PARTE

Las audiencias previas al juicio oral 27

1. Consideraciones generales 27

1.1. Importancia del tema y su especificidad 27

1.2. Un pantallazo en materia de litigación de medidas cautelares 29

1.3. La posibilidad de decisiones discrecionales por parte del Ministerio Público Fiscal 30

1.4. Las salidas alternativas: una herramienta procesal que requiere un tipo de trabajo específico por parte de los abogados 31

2. Litigación en audiencias de la etapa previa al juicio 35

2.1. La audiencia como metodología 35

2.2. Las etapas para la litigación 36

2.2.1. Análisis del caso 37

2.2.2. Decisión sobre el caso 41

2.2.3. Preparación de las actuaciones 43

2.2.4. Sustento de la audiencia 46

2.3. Temas a considerar 49
2.3.1. Cuestiones probatorias 49
2.3.2. Formas de argumentación 52
2.3.3. Instrumentos de trabajo y recolección de información 54
2.3.4. Tiempos 55

SEGUNDA PARTE
Audiencias en particular 57

3. Audiencias de medidas cautelares 57
3.1. La dinámica de una audiencia de medidas cautelares 57
3.1.1. Condiciones básicas para solicitar medidas cautelares 58
3.1.2. Decisión sobre si existe posibilidad de llegar a juicio 58
3.1.3. Decisión sobre la estrategia del caso 59
3.1.4. Argumentación desde el rol de la defensa 64
3.1.5. Momentos de la audiencia 66
3.1.5.1. Participación probable del imputado en el hecho (supuesto material) 66
3.1.5.2. Peligro procesal 68
3.1.5.3. Tiempo de duración de la medida 70
3.2. El rol de cada uno de los actores en las audiencias de medidas cautelares 72
3.2.1. Acusación 72
3.2.2. Defensa 74
3.2.3. Juzgador 75
3.3. Herramientas de comprensión de los fines de la audiencia de medidas cautelares 76
3.3.1. Fundamentos del régimen de medidas cautelares 76
3.3.2. Medidas cautelares y garantías constitucionales 77
3.3.2.1. El peligro procesal no se presume 79
3.3.2.2. Excepcionalidad 80
3.3.2.3. Proporcionalidad 80
3.3.2.4. Provisionalidad 81

4. Audiencia de control de aplicación de un criterio de oportunidad 82
4.1. Dinámica de la audiencia 84
4.2. Momentos de la audiencia 86
4.2.1. Existencia del hecho y configuración del tipo penal 86
4.2.2. Tiempo transcurrido desde el conocimiento del hecho por parte del MP y la solicitud de criterio de oportunidad 88
4.2.3. Subsunción bajo una de las causales reguladas por la norma 89
4.3. El rol de cada uno de los actores en la audiencia de control del criterio de oportunidad 93
4.3.1. Acusación 94
4.3.2. Defensa 95
4.3.3. Juez 97
5. Audiencia de suspensión condicional del proceso 99
5.1. Dinámica de la audiencia 99
5.2. Momentos de la audiencia 100
5.2.1. Acreditar la existencia de un hecho penal 100
5.2.2. Acreditar la procedencia de acuerdo a las exigencias de la correspondiente legislación para la suspensión condicional del proceso 100
5.2.3. Acreditar la pertinencia de las condiciones solicitadas y el plazo de cumplimiento de éstas 102
5.3. El rol de cada uno de los actores en la audiencia de suspensión condicional del proceso 104
5.3.1. Acusación 104
5.3.2. Defensa 104
5.3.3. Juez 105
6. Audiencia de conciliación 107
6.1. Dinámica de la audiencia 107
6.2. Momentos de la audiencia 107
6.2.1. Acreditar la existencia de un hecho penal 108

6.2.2. Acreditación de la existencia del acuerdo y su contenido 108
6.2.3. Homologación del acuerdo 109
6.3. El rol de cada uno de los actores en la audiencia de conciliación 110
6.4. Herramientas de comprensión de los fines de la conciliación 110
7. Audiencia de proceso abreviado 113
7.1. Momentos de la audiencia 113
7.2. Posibles objeciones de la victima 114
7.3. Decisión 115
7.4. El rol de cada uno de los actores en la audiencia de procedimiento abreviado 116
7.4.1. La acusación 116
7.4.2. La defensa 117
7.4.3. El juez 117
8. Audiencia de exclusión probatoria 119
8.1. Criterios para identificar cuándo es necesario excluir prueba del juicio 123
8.2. Quién puede solicitar la exclusión probatoria 124
8.3. Audiencia de exclusión probatoria 124
8.3.1. Definir el objeto de la discusión 124
8.3.2. Desarrollo de la audiencia 125
8.3.3. Prueba sobre prueba 126
8.3.4. Finalización 128

TERCERA PARTE
Litigación de juicio oral 129
9. Consideraciones generales 129
9.1. Características de las audiencias 129
9.2. Las herramientas de litigación y la información en el juicio 132

10. Trabajo previo al juicio 134
10.1. La decisión de ir a juicio: retomando la importancia del análisis estratégico del caso 134
10.2. La teoría del caso: su construcción específica y estratégica de cara al juicio 135
10.2.1. Componentes de la teoría del caso 138
10.2.2. La vinculación entre las distintas partes de la teoría del caso 148
10.2.3. Testeo de la teoría del caso 149
10.2.4. La tarea de la acusación y la defensa en la construcción de una teoría del caso 151
10.3. Presentación de la acusación: el control previo al juicio 154
10.3.1. Discusiones de la audiencia de control de la acusación 154
10.3.2. La legalidad de la prueba 157
10.3.3. La pertinencia de la prueba 157
10.3.4. Convenciones probatorias 158
11. El juicio 160
11.1. Anuncio de la información. Alegato de apertura 160
11.1.1. ¿Qué es el alegato de apertura? 161
11.1.2. Contenido del alegato de apertura 163
11.1.3. ¿Qué no hacer en un alegato de apertura? 164
11.1.4. Actuación de la acusación 167
11.1.5. Actuación de la defensa 167
11.1.6. Actuación judicial 168
11.2. Presentación de la información 170
11.2.1. Examen directo de testigos 170
11.2.1.1. ¿Qué es el examen directo de testigos? 170
11.2.1.2. ¿Cómo trabajar con los testigos? La preparación previa 171
11.2.1.3. ¿Quién está a cargo del examen directo de testigos? 174
11.2.1.4. ¿Cuáles son las herramientas del examen directo de testigos? 176
11.2.1.5. ¿Cómo estructurar un examen directo de testigos? 178

11.2.1.6. ¿Qué evitar en un examen directo de testigos? 183
11.2.2. Examen directo de peritos 185
11.2.2.1. ¿Qué es el examen directo de peritos? Diferencias con los testigos 185
11.2.2.2. ¿Cómo trabajar con los peritos? La preparación previa 186
11.2.2.3. ¿Quién está a cargo del examen directo de peritos? La función de los consultores técnicos 187
11.2.2.4. Las herramientas para el examen directo de peritos 188
11.2.2.5. ¿Cómo estructurar un examen directo de peritos? 189
11.2.2.6. ¿Qué evitar en un examen directo de peritos? 192
11.2.3. Prueba material 193
11.2.3.1. ¿A qué llamamos prueba material? 193
11.2.3.2. ¿Cómo trabajar con la prueba material? Preparación previa para su correcta introducción 194
11.2.3.3. ¿Cómo introducir la prueba material en juicio? 196
11.2.3.4. ¿Qué evitar en el uso de la prueba material? 198
11.2.4. Los apoyos en la presentación de la información 200
11.2.4.1. Los apoyos en la presentación de la información. Utilidad 200
11.2.4.2. ¿Qué tipos de apoyos pueden utilizarse? 201
11.2.4.3. Previsiones a la hora de utilizar un apoyo para la presentación de la información 202
11.2.5. Un caso específico de apoyo: las declaraciones previas para refrescar memoria 203
11.2.5.1. ¿Qué es una declaración previa? 203
11.2.5.2. ¿Cuándo puede utilizarse como apoyo para la presentación de información? 204
11.2.5.3. Ventajas de su uso 205
11.2.5.4. Desventajas de su uso 205
11.2.5.5. Procedimiento para su uso 206
11.3. Control de la información 208
11.3.1. Contraexamen de testigos 208
11.3.1.1. ¿Qué es el contraexamen de testigos? 209

11.3.1.2. La preparación del contraexamen 211
11.3.1.3. ¿Quién está a cargo del contraexamen de testigos? 215
11.3.1.4. ¿Cuáles son las herramientas del contraexamen de testigos? 215
11.3.1.5. ¿Cómo estructurar un contraexamen de testigos? 217
11.3.1.6. ¿Qué evitar en un contraexamen de testigos? 219
11.3.2. Contraexamen de peritos 220
11.3.2.1. ¿Qué es el contraexamen de peritos? 220
11.3.2.2. La preparación del contraexamen 221
11.3.2.3. ¿Quién está a cargo del contraexamen de peritos? 222
11.3.2.4. ¿Qué evitar en un contraexamen de peritos? 223
11.3.3. Uso de declaraciones previas para controlar información 223
11.3.3.1. Diferencias con la declaración previa para refrescar memoria 224
11.3.3.2. ¿Cuándo puede utilizarse como apoyo para controlar la información? 224
11.3.3.3. Ventajas de su uso 225
11.3.3.4. Desventajas de su uso 225
11.3.3.5. Procedimiento para su uso 226
11.3.4. Objeciones 228
11.3.4.1. ¿Qué son las objeciones? 228
11.3.4.2. ¿Qué tipo de objeciones existen? 230
11.3.4.3. ¿Cuándo puede formularse una objeción? 236
11.3.4.4. ¿Cuál es el procedimiento para formular y resolver una objeción? 237
11.4. Valoración de la información. Alegato de clausura 241
11.4.1. ¿Qué es el alegato de clausura? 241
11.4.2. Contenido del alegato de clausura 241
11.4.3. ¿Qué no hacer en un alegato de clausura? 243
12. Palabras finales 245

Bibliografía recomendada 247

Prólogo

Con este primer libro, de Leticia Lorenzo, comenzamos una colección dedicada al desarrollo de las herramientas y la enseñanza de la litigación. Se trata, pues, de una colección de estudios y manuales "prácticos". Resalto esa palabra porque allí se encuentra una clave: preocuparse de lo práctico, por lo menos en nuestra concepción –y creo que hablo aquí también en nombre de la autora de este libro inicial– significa ocuparnos del meollo de la disciplina del derecho procesal penal. El saber forense ha gozado al mismo tiempo de mala fama –en los ambientes académicos– como de una enorme eficacia educativa –en el día a día de los tribunales, moldeando la actividad y la personalidad de los intervinientes en el proceso–. Por supuesto, un saber forense al servicio del modelo inquisitorial y, por lo tanto, al servicio del trámite como realidad, como ritual y como ideología. Esa concepción de trámite que campea omnipresente por toda la actividad judicial y que tiene una influencia enorme en muchos de los grandes fenómenos de la justicia penal: la desigualdad, la impunidad, la mora desesperante, la irresponsabilidad, la insensibilidad.

Tratar de combatir el amor al trámite que hoy profesan estudiantes, profesores y funcionarios judiciales sería de por sí una tarea relevante; pero nos enfrentamos a un problema mayor, que la autora ha destacado reiteradamente en este Manual. En nuestro país –del mismo modo que en toda la región latinoamericana– se ha hecho un gran esfuerzo para dejar atrás la estructura normativa del modelo inquisitorial y sus prácticas escrituristas. Claro está que la ley no es todo, ni siquiera suficiente: pero ha sido un gran avance el planteo claro de un modelo distinto, superando una rémora de varios siglos. No obstante,

nos enfrentamos a otro problema, quizás mayor. Esos modelos nuevos son afectados por un conjunto de prácticas que todavía no se han modificado, que siguen atadas a la lógica inquisitorial inscripta a fuego en los trámites mismos. Frente a esta dualidad de modelos –el normativo y el práctico– podemos asumir distintas actitudes: la primera, dejarnos atrapar por un desencanto mayúsculo y sostener que no hay forma humana de resolver el problema de la administración de justicia, que hasta que no caigan rayos y centellas, el cielo se llene de las señales del apocalipsis o nos invada una civilización superior proveniente del espacio exterior, seguiremos atados a las viejas rutinas; la segunda, sumergirnos de lleno en la esquizofrenia y hablar en las Escuelas de Leyes de un modo y luego trabajar de otro modo distinto, sin alterarnos demasiado. Una tercera es aumentar la idolatría al trámite, convertir al expediente en el "dios que resiste todas las reformas" –debe existir una palabra sintética en la jerga forense, pero la desconozco– y comenzar a cultivarlo y desarrollarlo con mayor esmero. Ya hemos visto aparecer a los nuevos sacerdotes del trámite, pletóricos de lenguaje adversarial. En esta colección queremos transitar una cuarta vía: la de tomar conciencia que los procesos de reforma necesitan mucho trabajo para impregnar las prácticas, que reformar un sistema es, precisamente, modificar un universo de prácticas y ello implica, necesariamente, modificar los modos de teorizar y de enseñar. Esa vía nos muestra la importancia política de estos trabajos y la necesidad de realizar rupturas, en el método, en la forma y en el lenguaje de la enseñanza.

Por ello no debemos dejar que se instale una visión superficial y hasta frívola de la enseñanza de la litigación. No se trata de lecciones teatrales, más o menos improvisadas. Aprender a litigar es una parte importante del arte de la Abogacía. Pero lo es en un doble sentido. Por una parte, argumentar y debatir, producir información, construir el caso frente al tribunal, convencer a los jueces, mostrar con claridad los valores en juego, todos ellos son elementos de la técnica de litigación. Pero existe también otra dimensión vinculada con la gestión del conflicto, centro y razón de ser de la formalización judicial. Allí la litigación cumple una función política central, porque se trata finalmente de que los diferentes intereses en juego se institucionalicen, a través de las formas judiciales. En esta dimensión lo judicial debe ser parte del "diálogo democrático", de la tarea permanente de dar cauce a todos los intereses en juego,

generando espacios para que el argumento, las razones, las pruebas de los hechos cumplan una función central en la conformación de la cultura democrática. Foucault nos enseñó con maestría como las prácticas sociales son el nutriente de saberes centrales para la conformación de la vida social y le ha prestado especial atención a la práctica de los tribunales como productora de saberes . Decenas de miles de personas son atrapadas por las redes judiciales todos los días y mientras el trámite sea la realidad esencial, allí se aprende maña, trampa, demora, ilegalidad, crueldad, intolerancia, despersonalización, desidia. Después los analistas sociales nos hablan de un cierto misterio del ser argentino por el cual somos descuidados e irresponsables en muchos aspectos de la vida. Pero los tribunales son una escuela abierta de muchos de nuestros peores defectos. Debemos revertir esto, para llevar a una cultura de la legalidad, que no implica cultura de la autoridad y obediencia, sino cultura de la igualdad, la tolerancia, el respeto y aprecio por la vida colectiva (no olvidemos que la ley es un producto esencial de la vida colectiva).

Estos son los propósitos de esta colección. Propósitos que se cumplirán si somos capaces de seleccionar textos prácticos, sencillos, operativos, que se pongan a prueba en la cotidianeidad, pero también que vayan moldeando una nueva forma de ejercicio de la abogacía, al servicio de una nueva forma de comprender la tarea de los tribunales, para que dejen ser un enclave de cultura autoritaria y se sumen con toda su fuerza en la gestación de la tolerancia, respeto y de una cultura ciudadana democrática y cuidadosa de la realidad de los otros, principio y final de toda ética de la convivencia humana.

Nada mejor que comenzar con este Manual que nos presenta Leticia, producto de varios años ya de enseñanza de litigación y de muchos otros más de trabajo intenso en la reforma de la justicia penal en América Latina.

Alberto M. Binder
INECIP

Introducción

Los diversos países de la región latinoamericana vienen implementando, desde promediados los 80, una serie de reformas a sus procedimientos penales que implican básicamente el paso de sistemas escritos a sistemas en los que prima la oralidad. Los cambios procesales han involucrado numerosas discusiones, tanto en lo que hace a la regulación normativa como tal, como en lo referente a la forma de organizar las instituciones vinculadas al proceso penal y los cambios laborales para abogados en general (jueces, fiscales, defensores públicos, litigantes privados).

Con el transcurso del tiempo y la profundización de las discusiones, se ha generado un consenso alrededor de la importancia de instalar a la audiencia como metodología de resolución durante todo el proceso; es decir: no sólo el juicio debe ser oral, sino que las decisiones que se tomen con anterioridad, durante la investigación, deben también tomarse en audiencia y lo propio sucederá con las decisiones que se tomen en los posibles recursos a la decisión dada en un juicio.

Una de las cuestiones problemáticas de la actualidad de los procesos penales de América Latina se da porque pese a la existencia de esos nuevos códigos que apuntan a la instalación de un sistema acusatorio con la audiencia como centro de resolución de las distintas cuestiones controvertidas al interior del proceso, la falta de experiencia en materia de litigación oral conduce a la reconstrucción del expediente como centro del trabajo de los abogados.

No se ha dado una instalación cabal del significado de la audiencia como metodología, replicándose el expediente como centro de la toma

de decisiones y asumiendo a todas las audiencias como espacios de "oralización" de lo ya establecido en el expediente a través de la escritura. Si se observan las audiencias que se desarrollan en nuestros sistemas, podrá comprobarse que todas tienen la misma dinámica, independientemente de la finalidad que cada una persiga. Así, por ejemplo, la audiencia de prisión preventiva se transforma en un mini juicio donde en lugar de discutir la existencia o no de peligro procesal se dirime la responsabilidad penal de la persona imputada penalmente.

En lo que refiere a los controles de mecanismos discrecionales utilizados por el Ministerio Público Fiscal (rechazos de casos, usos de principio de oportunidad, sobreseimientos), en aquellos sistemas que regulan la obligación o posibilidad de una audiencia de control judicial de los mismos, dichos controles suelen ser puntualmente definidos por la ley y distan mucho de poner en discusión todo el caso con su fundamento probatorio; generalmente se tratará de verificar que el caso desestimado por el fiscal en alguna de las vías posibles encuadra con la posibilidad legal de actuar en sentido de desechar el caso.

En el caso de las vías alternativas, enunciaremos como hipótesis de trabajo que dada su particularidad, requieren otro tipo de actividad de parte de los sujetos procesales, que permitan llegar a la audiencia de discusión y resolución de una vía alternativa con un cierto núcleo de acuerdos a ser evaluado por el juzgador. Esto, en la actualidad, es difícilmente comprobable en las prácticas de los tribunales.

El juicio, por su parte, implica el uso de una serie de herramientas por parte de los litigantes orientadas a demostrar una posición y obtener una decisión definitiva por parte de un tribunal judicial, cuestión ésta que diferencia notablemente la actuación en juicio (y las técnicas de litigar un juicio) de la actuación durante la etapa previa: en tanto en la etapa previa las decisiones judiciales implican una posibilidad o no de avance, en el juicio la decisión judicial está orientada a establecer la existencia o no de responsabilidad penal por parte de la persona acusada.

A esta altura de la discusión sobre la reforma procesal penal, y con la existencia de estudios que verifican la dificultad existente para implementar un verdadero sistema por audiencias, parece necesario comenzar a dar estas discusiones en forma particular, asumiendo un hecho que la realidad nos arroja en la cara: el resultado de todas las malas prácticas o

incomprensiones del nuevo sistema, genera más gente en la cárcel, en la mayoría de los casos sin condena y en un porcentaje bastante significativo, por cuestiones que en primer lugar no deberían haberse procesado.

Estas comprobaciones y reflexiones son las que nos han llevado a emprender esta publicación. Nuestra intención con este instrumento es brindar a los litigantes explicaciones claras y ejemplos concretos sobre los diversos mecanismos que forman parte del sistema procesal penal y las herramientas adecuadas para asistir a las principales audiencias que se desarrollan en el transcurso del mismo. En este punto, debemos hacer una aclaración: la intención de esta publicación es presentar las herramientas de litigación propias de diversos momentos del proceso penal desde la perspectiva de un sistema por audiencias ideal, acorde con los principios y garantías establecidos por los instrumentos internacionales de derechos humanos y los sistemas constitucionales latinoamericanos y no desde la perspectiva de un país, región o provincia en particular.

Nuestro objetivo es entregar al lector un instrumento que resulte de utilidad sea que se encuentre en un estado de México, en una provincia de Argentina o en un país unitario de la región. Ello implica que muchas discusiones puntuales en determinados sistemas no serán abordadas, priorizando una visión desde los principios a la toma de posición sobre problemas existentes en un sistema en particular. La situación de los países federales es diferente a la de los países unitarios en términos de legislación; e incluso entre los países federales existen diferencias notorias. En tanto en México la preocupación central al momento de la publicación de este Manual se centra en la forma de adecuar las legislaciones procesales de los diferentes Estados al mandato constitucional de cambio procesal en el plazo establecido, en la Argentina una de las discusiones centrales en este momento se vincula a la necesidad de una reforma federal, en tanto las provincias tienen distintos grados de avances y enfoques en lo que hace a la reforma procesal, que si bien encuentran un marco general en la Constitución Nacional, poseen un grado mayor de libertad para definir sus propios formatos de procedimiento respetando los principios del sistema acusatorio. En el caso de países unitarios, en tanto encontraremos ejemplos de reformas que tienen un grado de avance importante y se encuentran en un grado de discusión que ha superado los problemas vinculados a la implementación de la oralidad, como son los casos de Chile o Costa Rica, encontramos otros países que a raíz

de sus recientes reformas constitucionales, están repensando el sistema judicial en su conjunto, como son los casos de Bolivia y Ecuador.

El mismo planteo puede realizarse de cara a los diversos instrumentos procesales que se revisarán en este texto. En el caso de las medidas cautelares, y propiamente la prisión preventiva, en tanto hay sistemas en los que las estadísticas muestran que su uso ha disminuido, como se da en Chile, Colombia y Costa Rica, en otros sistemas el excesivo uso de la prisión preventiva sigue estando en el centro de la discusión, como se da en la provincia de Buenos Aires en la Argentina o en Bolivia; también el formato de su aplicación varía de sistema en sistema, presentándose casos en los que puede ser ordenada directamente por un fiscal, como en la provincia de Córdoba, Argentina; hasta casos en los que la discusión de su procedencia se da estrictamente en los términos que presentaremos en el texto, como el caso de Costa Rica o Guatemala.

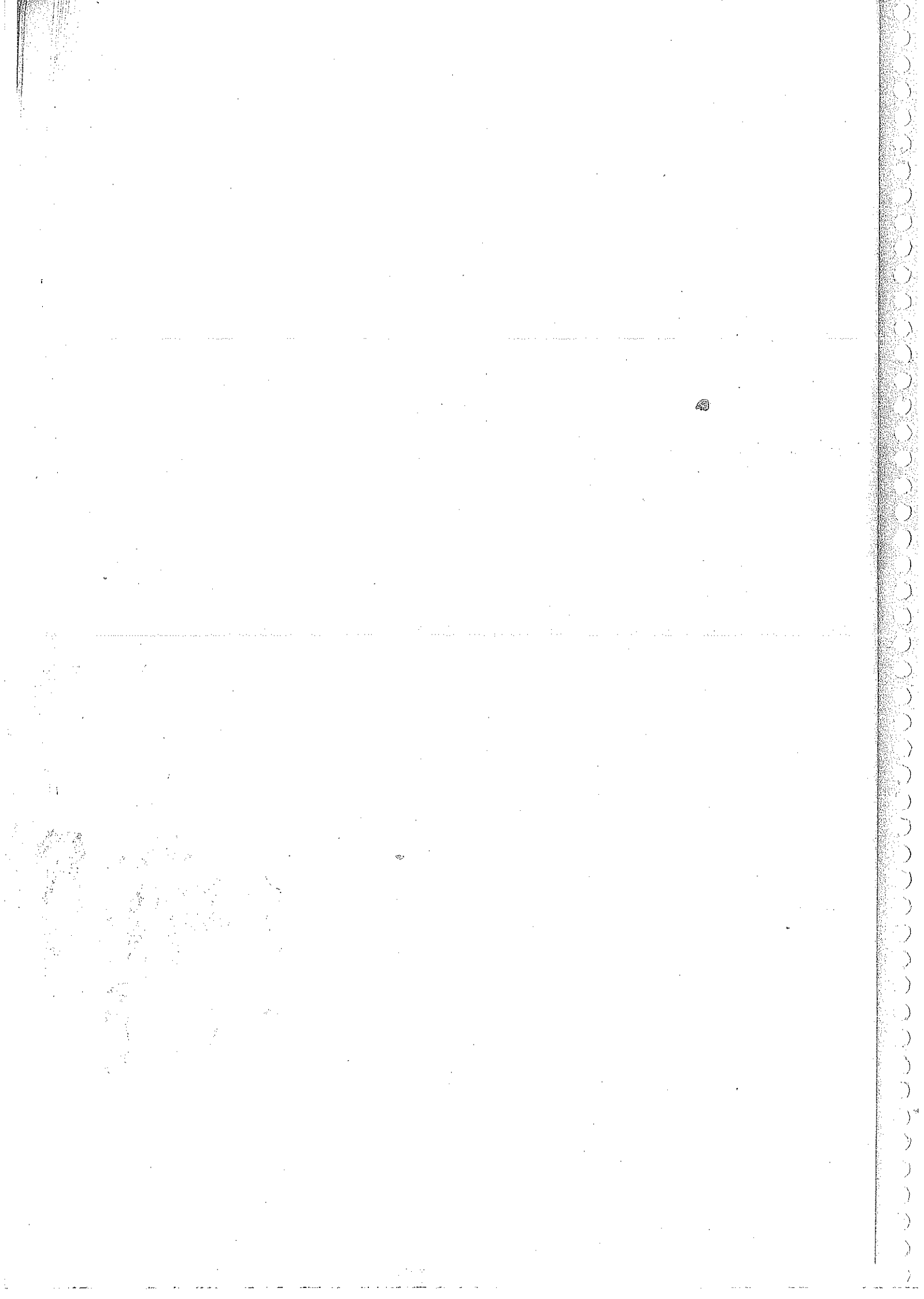
Los mecanismos de desestimación de casos también presentan diversos tipos de formatos y discusiones propias de las realidades locales. En tanto encontraremos sistemas en los que se discute en cabeza de quién debe estar la posibilidad de aplicar un criterio de oportunidad, si del fiscal o el juez, como se da en Bolivia, existen otros en los que tal decisión ha sido tomada y está asumida por todos los operadores, como son los casos de Colombia y Chile. Y se presentan también discusiones vinculadas al lugar de la legislación en que estos mecanismos deben estar regulados dado que presentan características puntuales en cada región: en el caso de la Argentina, por ejemplo, encontraremos que en tanto la discusión sobre su regulación en el Código Penal o en los Códigos de Procedimiento Penal (la Argentina es un sistema federal que tiene la característica de regular en la Constitución Nacional la facultad de aprobar un Código Penal único para todo el país, al Congreso Nacional, pero a la vez delegar la competencia de regular el procedimiento penal a los Congresos Provinciales), hay provincias puntuales que han avanzado regulando criterios de oportunidad en sus legislaciones procesales, que actualmente se aplican, como se da en el caso de la provincia de Río Negro. Una situación similar se da con relación a la regulación de la suspensión condicional del proceso como vía alternativa al juicio.

Esta misma situación se presenta con todas las instituciones discutidas en el contexto de la reforma procesal penal y reguladas en las

diversas normas procesales. Adicionalmente, las interpretaciones jurisprudenciales de cada país con relación a la aplicación de los procedimientos también influirá en la forma en la que se ejecuten en el diario transcurrir de los sistemas.

Hacernos cargo de todas las discusiones que pueden presentarse en relación a cada uno de los puntos que desarrollaremos en el texto, es un objetivo que supera excesivamente nuestras pretensiones. Por ello, desde el inicio queremos dejar claro que la descripción que haremos en las páginas que siguen se vinculan con una concepción específica del proceso penal, acorde con las reglas del sistema acusatorio y concibiendo a la audiencia como espacio central de la toma de decisiones en el proceso. Desarrollaremos las diversas herramientas que presentaremos pensando en la mejor forma de trabajar desde el punto de vista de los litigantes y decisores del sistema de justicia penal, acorde con esos principios. Por ello, una tarea que el lector deberá realizar es la de adecuar los puntos expuestos a su realidad local propia, contrastar lo que aquí sostenemos con su práctica diaria y definir cuáles son las posibilidades de transitar hacia un sistema que sea respetuoso del diseño constitucional de proceso penal establecido en los diversos países de la región.

Seguramente muchos de los temas que aquí se presentan generen discusiones, debates y exijan un mayor nivel de profundidad. Por ello este texto es el inicio de una serie de entregas que procurarán ir tomando uno a uno los puntos que aquí presentaremos, desarrollarlos en detalle y asumir las discusiones específicas existentes sobre cada tema. El objetivo central de este Manual es dar un primer pantallazo general sobre cómo el desarrollo de destrezas de litigación específicas de parte de los litigantes para cada momento procesal, puede contribuir a generar un sistema más respetuoso del marco constitucional y, por tanto, con mayor equidad para las partes involucradas.



Estructura del Manual

El Manual que presentamos al lector está estructurado en dos áreas de trabajo: la litigación en audiencias previas al juicio oral y la litigación del juicio oral como tal.

En lo referente a la litigación en audiencias previas, el lector encontrará:

1. Una primera parte de carácter general, dedicada a contextualizar la temática en la actualidad procesal de América Latina y presentar las características comunes de litigación en las diferentes audiencias que pueden presentarse en la etapa preparatoria;
2. Una segunda parte de carácter específico, dedicada a analizar las audiencias principales que suelen presentarse en un proceso penal, presentando sus características propias a la hora de litigar, como así también entregando al lector algunas herramientas de comprensión de los distintos institutos que se presentan, principios que los rigen y finalidades.

En lo referente a la litigación en juicio el lector encontrará:

1. Herramientas vinculadas a la audiencia de control de la acusación (conocida en algunas legislaciones como audiencia de la etapa intermedia), en función a la importancia que consideramos debe darse a ese momento procesal para transformarlo en algo más que un simple trámite para acceder al juicio y posibilitar un verdadero control de casos;
2. Herramientas propias de la litigación del juicio en sí, repasando las principales habilidades que los litigantes deben desarrollar

para producir y controlar información en juicio: alegatos de presentación y cierre; examen y contraexamen de personas, introducción de prueba material, uso de declaraciones previas y formulación y resolución de objeciones.

El orden de estas temáticas para el desarrollo no es azaroso, sino que pretende ayudar al lector a comprender los mecanismos que se requieren para modificar las prácticas y así mejorar los resultados de los litigantes y la calidad de la administración de justicia.

En función de ello, debemos aclarar desde el inicio que el lector no encontrará en las páginas que siguen a continuación complicadas elucubraciones sobre las discusiones actuales que existen en la academia alrededor de los temas a abordarse. No se desarrollará la historia y aplicación de las medidas cautelares, las salidas alternativas o los incidentes en el derecho comparado ni se harán referencias ampulosas sobre las diversas posiciones alrededor de la necesidad o no de utilizar estas herramientas. Tampoco se encontrará contenido de ese estilo en lo referente al juicio oral. Y esto no por considerar de poco interés o valor ese tipo de discusiones y exposiciones, sino porque entendemos que este instrumento debe servir a otros fines: facilitar el trabajo del abogado litigante y mejorar la situación de la justicia penal a partir de un análisis de las prácticas actuales y sus posibilidades de cambio al amparo de lo normado por los códigos procesales penales de corte acusatorio. Para ello, partimos de una base de realidad: el actual sistema diseñado por nuestro la reforma. Pero aclaramos también que esta herramienta no pretende lograr "mayores y mejores resultados en menos tiempo", sino que tiene por objetivo posibilitar que quienes realizan en la actualidad un esfuerzo por ser rigurosos en el cumplimiento de su rol, cuenten con instrumentos de sistematización de su trabajo.

El Manual no se ocupará, entonces, de dar fórmulas mágicas ni recetas milagrosas para lograr un resultado positivo, sino que paso a paso irá desarrollando los diversos aspectos vinculados con la litigación oral de cada tipo puntual de audiencia.

A partir de haber desarrollado la dinámica de la audiencia y los roles de cada una de las partes, pasaremos sí, a trabajar sobre algunos aspectos de sustento teórico. Pero nuevamente valga la aclaración: esto no se hará en función de la discusión de la academia sino al servicio de la mejor litigación en los tribunales.

PRIMERA PARTE

Las audiencias previas al juicio oral

1. CONSIDERACIONES GENERALES

1.1. Importancia del tema y su especificidad

La reforma procesal penal implementada en la mayoría de los países de la región trajo cambios sustanciales al sistema de enjuiciamiento criminal. Actualmente, está completamente instalada la idea del juicio oral como forma de juzgamiento y pese a los inconvenientes que se siguen atravesando para la producción de los juicios, en principio podríamos afirmar que la reforma está ya consolidada en ese ámbito. Una de las grandes promesas con las que se encaró este proceso, fue la de disminuir al mínimo posible la retardación de justicia, realizando procedimientos rápidos y efectivos donde la víctima tuviera una verdadera respuesta de parte del Estado y el imputado de la comisión de un delito recibiera su sentencia en la forma más clara y transparente posible.

Esta promesa, estuvo íntimamente vinculada con la modificación al sistema de medidas cautelares, dado que las cifras arrojadas por los primeros estudios referidos a la necesidad de la reforma, mostraban un sistema penitenciario colapsado, donde más de la mitad de los detenidos se encontraba preso sin condena. Las medidas cautelares fueron el tema más visible en cuanto a la transformación que requería el sistema penal, pero no fue el único: se comprobaba, al verificar el estado del sistema en los años anteriores a la reforma, que el cambio estructural exigía un diseño que posibilitara salidas distintas al juicio tradicional, a fin de satisfacer a las partes en conflicto y brindar soluciones prontas y

oportunas y en función de ello los nuevos códigos se ocuparon de establecer una variedad de alternativas al juicio como formas posibles de finalizar la persecución penal. Adicionalmente, en términos de diseño la reforma ha profundizado la opción por la oralidad: no sólo el juicio debe desarrollarse en forma oral, sino que en la etapa preparatoria todas las decisiones que modifiquen derechos o extingan la acción deben tomarse utilizando la metodología de la audiencia.

Este último aspecto, de trascendente importancia en términos de cambio organizacional y cultural, sumado al enorme esfuerzo por instalar al juicio oral como centro del proceso, ha llevado a la comprensión equivocada de que las audiencias deben desarrollarse siempre con las mismas características. En otras palabras: se ha generado una práctica extensa de audiencias de etapa preparatoria que asemejan verdaderas audiencias de juicio.

Por esta situación es que consideramos importante comenzar a dar nuevos debates y reflexionar sobre las formas de mejorar el sistema, ya que éste es un proceso que nunca se agota. En ese sentido, establecer la diferenciación entre una audiencia de juicio y una audiencia de etapa preparatoria, asumiendo a la vez que por las características propias de la etapa preparatoria pueden darse una cantidad de audiencias de dinámicas muy distintas, de acuerdo a las finalidades que se persigan, aparece hoy como uno de los principales desafíos para optimizar el sistema de justicia penal. Recursos humanos y económicos se desgastan en organizar audiencias que se suspenden, duran tiempos excesivos, no producen información relevante para la decisión judicial o, simplemente generan decisiones que no corresponden a los pedidos originalmente realizados.

Este Manual pretende contribuir a esas reflexiones a partir de propuestas muy concretas en términos de las prácticas necesarias, desde el litigante y el juzgador, para lograr efectividad en las audiencias de la etapa preparatoria y en la audiencia de juicio, diferenciando las finalidades y brindando las herramientas concretas para trabajar adecuadamente en cada una de ellas. En ese sentido, si bien se referirán temas de organización institucional, no es el objetivo central del Manual abordar a profundidad cuestiones vinculadas a la gestión mas si debemos llamar la atención sobre la necesidad de pensar las instituciones hacia la producción de audiencias y abandonar definitivamente la estructura propia de la construcción del expediente judicial.

1.2. Un pantallazo en materia de litigación de medidas cautelares

En esta materia, la reforma optó por un régimen de medidas cautelares acorde con los instrumentos internacionales de derechos humanos, estableciendo dos principios que estudiaremos desde el punto de vista de la litigación a lo largo de estas páginas y que son de suma importancia para la materia que tratamos: la excepcionalidad y la proporcionalidad como rectores para la aplicación de medidas cautelares. En los primeros años de implementación del proceso oral, la detención preventiva disminuyó en su aplicación, pero en la actualidad va en incremento una realidad bastante similar a la que veíamos cuando se comenzaba a discutir la reforma: las cárceles están nuevamente pobladas por presos sin condena. Salvo algunos casos puntuales, como son los de Chile, Colombia y Costa Rica, en el resto de los países de la región el número de presos preventivos supera al número de presos condenados.

Ante esta situación, adquiere importancia volver a reflexionar sobre el sistema de medidas cautelares, pero buscando nuevos ámbitos de debate, ya que creemos superadas varias discusiones de principios y fundamento tanto por la legislación como por la jurisprudencia generada alrededor del tema. Por ello, si la oralidad fue uno de los pilares de la reforma y se ha ido incrementando el objetivo de oralizar todo el proceso y no solamente el juicio, consideramos que el debate necesario se traslada desde el plano teórico de principios y fundamentos ***hacia las prácticas concretas*** que se han instalado en estos años de sistema acusatorio alrededor de las medidas cautelares.

Como mencionáramos al inicio, a lo largo de los años de implementación, las audiencias han ido adquiriendo el protagonismo que merecen en un sistema que se precie de mantener la oralidad; sin embargo, no se ha dado –creemos– demasiada reflexión en nuestro medio sobre las distintas características que deben presentar las audiencias respondiendo a finalidades completamente diversas a lo largo de un proceso penal. Por ello, la observación de la práctica en la etapa preparatoria, fundamentalmente en materia de medidas cautelares, nos da cuenta de un espacio que se ha convertido, de una solicitud puntual para cautelar los fines del procedimiento, en una especie de mini juicio donde el juez comienza a conocer detalles y elementos probatorios que sólo vendrían a cuento si

estuviera juzgándose la existencia o no de responsabilidad penal de la persona. Esto genera, en principio, tres inconvenientes importantes:

1. La litigación de medidas cautelares ha perdido de vista su finalidad última que es el **desarrollo normal del juicio** y se ha convertido en una discusión sobre la responsabilidad penal del imputado. El resultado final de la decisión sobre la aplicación de una medida restrictiva de libertad ha ocasionado que la información transmitida al juez y la calidad de su decisión excluyan de su argumentación que la aplicación de una medida cautelar sólo será razonable en la medida de que asegure el desarrollo normal del juicio con el menor perjuicio posible para el imputado.
2. La duración de una audiencia de medida cautelar es exagerada, con el consiguiente efecto negativo para la práctica jurisdiccional (otras audiencias deben suspenderse, el trabajo de preparación de la audiencia de medida cautelar es equivalente al trabajo de preparación de un juicio, las agendas de los juzgados comienzan a colapsar, se genera en definitiva, retardación de justicia).
3. El juicio, en lugar de ser la etapa central del proceso penal, se convierte en una teatralización de lo actuado, en la medida en que dado que la audiencia de discusión de la medida cautelar requiere tanta información, los litigantes comienzan a prepararse mejor para esa audiencia que para el espacio donde realmente debe discutirse la responsabilidad penal del presunto autor.

Esto nos lleva a plantear la necesidad de revisar estas prácticas y esbozar algunos criterios que consideramos necesarios en la actualidad del sistema procesal, a los fines de mejorar la calidad de nuestros procedimientos, dar a cada fase procesal la importancia que merece respondiendo a los fines que le son propios, y posibilitar que los litigantes asuman su rol con herramientas concretas que permitan una litigación de calidad, beneficiando al sistema en su conjunto.

1.3. La posibilidad de decisiones discrecionales por parte del Ministerio Público Fiscal

El Manual incorporará bajo la mención de "decisiones discrecionales", la posibilidad de ejercer control jurisdiccional sobre la aplicación de cri-

terios de oportunidad, en aquellas legislaciones donde los mismos están regulados. Realizaremos esta distinción en función a que, a diferencia del trabajo de consenso necesario que debe darse para la aplicación de una salida alternativa (donde debe haber una imputación formal realizada de parte del Ministerio Público Fiscal), el criterio de oportunidad aparece como una excepción al principio de legalidad por la cual, encontrándose ante un caso de los regulados en la norma, el funcionario del Ministerio Público Fiscal podrá prescindir de la acción penal.

Ahora bien, el criterio de oportunidad no es una herramienta establecida por la norma para posibilitar la corrección de errores en el trabajo del Ministerio Público Fiscal sino que tiene por finalidad posibilitar un uso racional de los recursos estatales, a partir de brindar la chance de abandonar la persecución en determinados casos con características legales específicamente establecidas.

Si un litigante considera que se está aplicando un criterio de oportunidad en un caso en el que no corresponde, ya sea porque es un caso que no constituye un ilícito penal, ya porque es un caso que constituyendo un ilícito penal no está comprendido dentro de las posibilidades de excepción, debe existir una instancia de control jurisdiccional que permita poner en discusión cualquiera de esas situaciones posibles. El Manual procurará encarar una propuesta sobre la dinámica de esa audiencia en particular y la actuación que los participantes en la misma deben desarrollar.

1.4. Las salidas alternativas: una herramienta procesal que requiere un tipo de trabajo específico por parte de los abogados

Las salidas alternativas al juicio, dentro del proceso penal, tienen la finalidad de permitir la resolución eficiente de causas que, por sus características, pueden admitir una solución más pronta, efectiva y eficiente que un juicio propiamente tal.

Dichas salidas son una herramienta que permite a los órganos de persecución penal priorizar sus recursos hacia la persecución de aquellos casos en los que por su relevancia social, la suficiencia probatoria o características propias vinculadas a la política criminal establecida, ameriten una investigación orientada a la realización del juicio oral. Las salidas alternativas, de

este modo, permiten brindar una respuesta pronta a las partes en conflicto y gestionarlo en forma efectiva, tomando en consideración los intereses del Estado y de los involucrados directos en el mismo.

La reforma ha establecido un abanico de salidas alternativas al juicio justamente para permitir que los casos fueran gestionados en forma eficiente y que la respuesta posible no fuera necesariamente la punitiva, sino que también se tomara en consideración el interés de la víctima y la posibilidad de reparación del daño sufrido; en adición, al contar con estas salidas, se pretendía también cumplir con dos objetivos vinculados también a las medidas cautelares: racionalizar el uso de la prisión y terminar los procesos en un plazo razonable.

El desuso o subutilización de las salidas alternativas se reflejan en el perfil de gravedad de las causas que se persiguen penalmente, en la sensación de la impunidad de los sectores victimizados de la sociedad y, consecuentemente, en la administración de los recursos estatales en la investigación y persecución de los delitos.

Las salidas alternativas al juicio además de descongestionar el sistema penal y proveer un mecanismo de control de la eficiencia de los órganos de persecución, tienen una finalidad de generar confianza en la comunidad respecto a la resolución de los casos. En el caso puntual de la suspensión condicional del proceso, permite generar confianza en el sistema judicial, ya que, sin tomar una decisión punitiva, crea un mecanismo de prevención de mutuo beneficio para la víctima y para el imputado condicionado al cumplimiento de condiciones impuestas por el juez. En el caso del procedimiento abreviado, la frecuencia de su uso indicará la solidez y contundencia en la imputación, y los elementos probatorios reunidos durante la etapa preparatoria (dejando siempre abierta la duda razonable sobre extorsiones al imputado o trabajo negligente de la defensa en la valoración de posibilidades de rebatir la acusación o la credibilidad de las pruebas).

Desde el punto de vista de la litigación oral, consideramos que dos son las principales dificultades que se han dado en materia de uso de salidas alternativas:

- Nuevos procesos de trabajo. El hecho de incorporar legalmente las salidas alternativas ha obligado a pasar de concebir al pro-

ceso como una cuestión lineal, donde todos los casos debían seguir exactamente los mismos pasos hasta su culminación independientemente de los involucrados, el delito, las exigencias, el conflicto en sí, a concebirlo como un abanico de posibilidades, donde la decisión inicial que el litigante debe tomar es cuál es el camino procesal –de los múltiples posibles que la ley le presenta– que desea seguir con el caso que se le ha presentado a su conocimiento. Como se verá en el transcurso de este manual, esa decisión inicial implica una variación estratégica y de actuación para cada caso, que nos lleva a abandonar aquella idea de trabajo lineal, donde con todos los casos el litigante podía obrar en forma similar. Consideramos que ésta es una primera dificultad en función a que obliga a enfrentar el caso con una mirada distinta a la tradicional y asumir el reto de tomar decisiones en forma pronta, de acuerdo a la mejor gestión del conflicto.

- Nuevas exigencias técnicas. Adicionalmente a la necesidad de tomar decisiones sobre la base de múltiples posibilidades, el uso de salidas alternativas requiere de los litigantes una habilidad distinta a la tradicionalmente utilizada en los procesos judiciales: en tanto en un proceso tradicional la base es discutir la razón sobre un hecho controvertido por las partes, para el uso de una salida alternativa se requerirá una habilidad de negociación entre éstas para llegar a un acuerdo que satisfaga los intereses de ambas. Es decir que en tanto en una audiencia tradicional las partes irán a presentar argumentos a favor y en contra de una determinada posición esperando que el juez decida, en una audiencia de salida alternativa (más allá de las particularidades que se verán en el desarrollo del Manual sobre cada una) las partes deberán contar con un consenso previo entre ellas, con una negociación sobre la solución del caso y deberán presentar conjuntamente ese consenso al juez para que éste verifique si cumple con los requisitos legales establecidos. Aquí se ve en forma bastante clara que la lógica varía y esto obliga a dinámicas diferentes. Las prácticas actuales muestran que esta nueva lógica, de carácter más conciliador, no ha sido aún incorporada como parte de las técnicas de los litigantes en su trabajo cotidiano y ello lleva a que las

audiencias se confundan y asuman un carácter controversial que en principio no tendrían por qué tener.

Al seguir estos lineamientos, el Manual presentará algunas pautas de trabajo para los litigantes en el uso apropiado y estratégico de las salidas alternativas al juicio.

2. LITIGACIÓN EN AUDIENCIAS DE LA ETAPA PREVIA AL JUICIO

2.1. La audiencia como metodología

La oralidad es uno de los grandes avances que ha conquistado el sistema de administración de justicia penal. El hecho de que prácticamente se ha superado la discusión sobre sus ventajas nos permite analizar a las audiencias más allá de su sentido constitucional.

La audiencia es una metodología de trabajo y debe ser vista como tal por los litigantes, un entendimiento pleno de las reglas implícitas de esta metodología logrará un desempeño más eficiente en su desarrollo. **En la audiencia las partes transmiten información relevante al juez para que este tome una decisión que tenga la mayor calidad posible.**

La relevancia de la información se encuentra previamente establecida por las disposiciones legales, en cuanto a los requerimientos específicos de información necesaria para la toma de una decisión. Y su control se encuentra en manos del Juez, el que deberá limitar las intervenciones a aquellos puntos que aporten elementos para la resolución respectiva.

Las partes además realizan un control de la información de su contraparte, no sólo sobre la relevancia sino sobre la veracidad de esta información. La calidad de la información depende directamente de su veracidad, la información falsa no puede fundar la decisión y la contraparte debe encargarse de hacer notar esta falsedad (hablamos de falsedad en términos de una afirmación que no es verdadera, no respecto al tipo penal).

La calidad de la transmisión de la información dependerá también del orden en la exposición y la construcción de argumentos lógicos por parte de los litigantes. Las capacidades de oratoria de los litigantes y sus técnicas de vocalización otorgarán, quizás, un plus a la exposición, pero en una audiencia la calidad de la transmisión de información va ligada a la construcción de juicios lógicos y no de peroratas sentimentales. Por ejemplo: si contamos con la afirmación "Defendido es un buen Padre" y la usamos en un discurso afirmando que *la forma en que Defendido asume su paternidad es loable y que una persona con tan altos valores morales no pude ir a la cárcel* entonces realizamos una transmisión de

información de baja calidad. Pero podemos transmitir la misma afirmación de manera relevante:

- A) "Defendido es un buen padre".
- B) "La hija de Defendido está en la escuela con una beca".
- C) La beca que tiene la hija de Defendido ha sido gestionada por él y, de acuerdo a los dichos de las autoridades escolares, Defendido concurre mes a mes al colegio a informarse sobre la situación de su hija. Por lo tanto: "Defendido no fugará pues ello implicaría la separación de la hija o la perdida de la beca, ambos extremos no son admisibles en base a la afirmación inicial (A)".

La decisión del juez siempre va ligada a una petición de una de las partes y su calidad dependerá de la información proporcionada. Una Resolución impecable en su fundamentación, con citas legales y jurisprudenciales y con coherencia interna sin duda no sólo es deseable sino exigible al juez; sin embargo, estos atributos de la Resolución no implican una decisión de calidad. La decisión del juez, en el caso de una audiencia de medidas cautelares, tendrá altos estándares de calidad siempre que **asegure los fines de la medida cautelar y la proporcionalidad en su aplicación**. En el caso de las salidas alternativas, tendrá altos estándares de calidad siempre que compruebe que la decisión ha sido asumida por las partes en forma voluntaria y existe cumplimiento de los requisitos de procedencia de la salida, sin coacción de ningún tipo.

2.2. Las etapas para la litigación

Previamente a ingresar en las audiencias específicas, haremos una primera referencia a las etapas que un litigante debería considerar como pasos de trabajo para acudir a una audiencia en general.

Una aclaración para la lectura del texto es que si bien habrá puntos relacionados específicamente con la labor de una de las partes (por ejemplo, la medida cautelar nunca será solicitada por el abogado defensor), quien esté haciendo una revisión desde la posición contraria debe considerar las recomendaciones que se realizan ya que servirán de mucho a la hora de preparar la estrategia de contestación a las peticiones puntuales que se vayan formulando en la audiencia.

2.2.1. Análisis del caso

Como punto de partida, diremos que quien va a solicitar una medida cautelar no debe considerar esta decisión como una isla de su caso, sino que debe asumirla como **parte de una estrategia** que ya ha sido definida en la elaboración de su teoría del caso. Esto implica que la primera tarea que el litigante deberá realizar, al momento de tener conocimiento de un caso, será la elaboración de su propia **teoría del caso.**

La teoría del caso es la **versión que el litigante asume sobre el hecho, su relevancia jurídica y su sustento probatorio**. Está compuesta por tres partes:

a) La teoría jurídica.

b) La teoría fáctica.

c) La teoría probatoria.

Desde el punto de vista del litigante para determinar la existencia de un caso con relevancia penal (un caso "defendible" tanto desde el punto de vista de la acusación como desde la defensa), deberá estar en condiciones de, en el caso de la acusación, cubrir esas tres partes con **elementos suficientes** (entendiendo como elementos suficientes aquellos hechos que se subsuman en cada uno de los elementos del tipo penal y que puedan ser acreditados con pruebas idóneas para tal fin).

En el caso de la defensa, el abogado deberá verificar si es viable cuestionar alguna de las partes que la acusación considera tener cubiertas con su teoría del caso y controvertir la argumentación de la acusación desde la misma perspectiva; para ello la defensa también precisa de la construcción de una teoría de caso.

Estas son las primeras y esenciales tareas del litigante y para ello, debe tener capacidad de definir y encontrar las diferencias entre lo que es un hecho, lo que es un concepto jurídico relevante al hecho y lo que es un elemento probatorio, y cómo se relacionan los tres.

Confusión del litigante entre hecho y concepto jurídico

Nos detendremos en este punto ya que una de las principales falencias que suelen observarse en la presentación de los casos en audiencias

tiene que ver con la enorme confusión que existe en los litigantes entre **hecho** y **elemento o concepto jurídico.**

Recordemos que, desde el inicio de un caso, desde que un cliente llega a la oficina a contarle a su abogado una historia, una víctima llega a la fiscalía a presentar su denuncia, un detenido se reúne con su abogado, para darle su versión de los hechos, todos los abogados escuchamos versiones de hechos sucedidos en el pasado.

Como litigantes, al escuchar estas historias, debemos comenzar a diferenciar estas categorías de hecho, norma y prueba para realizar el análisis del caso en función a ellas. El análisis puede ir dándose mediante la formulación de ciertas preguntas estratégicas básicas:

a) ¿Cuál es la calificación jurídica probable de este hecho?

b) ¿Existen hechos suficientes para cubrir los elementos del tipo penal por el que podría acusar o por el que debería defender a la persona?

c) ¿Existen hechos suficientes para acreditar que la acción fue dolosa?

d) ¿Existen (o existirán, ya que la tarea de la etapa preparatoria será la búsqueda de las mismas) pruebas suficientes para acreditar cada uno de los hechos que se están afirmando?

La construcción de un caso no es una cuestión menor; y es un tremendo error estratégico considerar que "sobre la marcha" puede irse armando un caso. El momento para determinar si el abogado puede llevar adelante un caso o no, es el primer momento en que tiene conocimiento de él y responde esas preguntas. Las respuestas ayudarán a determinar si es conveniente que se concentre el trabajo en llevarlo adelante o si es mejor decirle a la persona que no existe posibilidad de litigarlo. Asumimos, en este punto, que un defensor público no podría decirle a su defendido que tiene un caso "indefendible". En este caso puntual, la importancia de realizar el análisis del inicio es concentrar la atención y el trabajo en lograr elementos que permitan –si realmente estamos ante un caso que no tiene ninguna posibilidad de defensa– que la sanción impuesta sea la menos gravosa para el acusado. En el caso de la acusación pública, por el contrario, la realización de este análisis de inicio sería de suma utilidad para convertir al rechazo de casos en lo que realmente debe ser: una

herramienta que permita descongestionar al sistema y no un mecanismo librado al uso arbitrario de cada funcionario de acuerdo a sus necesidades estadísticas; lo propio para la aplicación de salidas alternativas.

Decíamos que la principal dificultad que suele observarse desde el inicio en los casos es la confusión permanente entre hecho y elemento jurídico. Por ello, a los fines de facilitar la labor de construcción de los hechos, veamos una posible definición de lo que un hecho es: *hecho, es una acción que se ha llevado a cabo, adelantándose a cualquier evento que pudiera dificultarla o impedirla. Es una cosa que sucede.* Lo importante, en la descripción de un hecho, es librarlo de abstracciones. Cuando digo:

> *"El hoy procesado ingresó forzosamente al domicilio de la ofendida y valiéndose de violencia procedió a apoderarse de todos los bienes muebles que se encontraban en la habitación pero siendo sorprendido por ésta en el lugar, tomó un arma blanca con la cual amenazó ferozmente a la señora provocándole un pánico inmovilizador y huyendo con los bienes muebles".*

El litigante que escucha o lee esta forma de relato puede imaginar algunas ideas sobre lo que sucedió:

a) Al parecer se ha cometido un robo,

b) al parecer fue un hombre,

c) al parecer la víctima fue una mujer.

Estos datos, sin embargo no corresponden ***a los hechos*** ocurridos porque están plagados de calificaciones jurídicas sujetas a interpretación.

No podemos perder de vista que lo que se juzga en un proceso penal son hechos, acciones. Este relato, debido a que está plagado de abstracciones no puede enmarcarse en la definición de un hecho. Pasemos a analizar: *"ingresó **forzosamente**".*

Para afirmar que alguien ingresó "forzosamente" debe describirse cuáles fueron sus acciones puntuales: ¿Rompió un vidrio? ¿Pateó la puerta? ¿Hizo un boquete en la pared de la casa? ¿Rompió la cerradura? Y así, podríamos seguir agregando hipótesis ***de hecho*** que se subsumen en la abstracción, en la categoría jurídica "forzosamente". No olvidemos que los tipos penales describen conductas de forma abstracta, para posibilitar a los litigantes subsumir la infinidad de situa-

ciones de hecho que las constituyen. Si un Código Penal tuviera que definir cada posible acción subsumible en los elementos del robo... ya puede el lector imaginar la extensión que tendría el código penal que hiciera eso con todos los delitos tipificados.

El ejercicio analítico de la categoría jurídica "forzosamente", que se confunde con un hecho, podría repetirse con varias de las afirmaciones realizadas en ese relato: *valiéndose de **violencia** procedió a **apoderarse** de todos los **bienes muebles**...*

Proponemos al lector el ejercicio de transformar ese párrafo en tantas afirmaciones de hecho como sean necesarias para establecer un sustento fáctico a esas abstracciones, y verá entonces la importancia de tener clara esta diferenciación.

Una vez identificados los hechos del caso y la norma legal aplicable (teoría fáctica y teoría jurídica), la tarea será identificar la necesidad de prueba necesaria para acreditar la existencia de cada uno de los hechos que posteriormente se presentarán en el juicio. En este momento, la acusación buscará "llenar" la teoría del caso (a partir de identificar la prueba necesaria para cada hecho y determinar la posibilidad de obtener la misma) y la defensa buscará "vaciar" la teoría del caso de la acusación (a partir de identificar cuáles elementos probatorios son necesarios y no podrán ser obtenidos por la acusación)[1].

En función a ese trabajo de construcción y análisis de la teoría fáctica, la jurídica y la probatoria, el litigante deberá, como finalización del análisis del caso, ***proyectar*** el alcance del mismo: ¿es un caso que tiene probabilidad de llegar a juicio?, ¿es un caso que tiene muchas dificultades en la obtención de prueba y por tanto no resulta conveniente iniciar la investigación?, ¿no es un caso penal? Diversas situaciones pueden darse a partir de este análisis inicial y en función de éstas se determinará la actuación que el litigante tendrá durante todo el proceso. Por ello insistimos en la importancia de realizar este análisis de inicio: será de su concreción y pertinencia que surja nuestro trabajo de litigación como expresión de una estrategia clara y ordenada o como diversos hechos

[1] También podría darse el caso de una defensa planteando una teoría del caso propia (existencia de causa de justificación; existencia de causa de exclusión de la punibilidad; etc.). Sin embargo, a los efectos de facilitar la ejemplificación con el común de los casos, nos regiremos por el trabajo de una defensa que plantea cuestionamientos sobre la teoría del caso de la acusación.

aislados inconsistentes unos con otros e ineficientes para defender los intereses de la parte que representamos.

Para recordar: La primera tarea del litigante a momento de tener conocimiento de un caso es ***analizarlo y pensar en una posible teoría del caso*** (esto no quiere decir que el litigante cuente con todos los elementos, sobre todo probatorios en el primer momento, pero sí que debe estar en capacidad de hacer un análisis sobre los elementos necesarios para determinar cuál es el mejor camino para el caso en concreto).

2.2.2. Decisión sobre el caso

Realizada la proyección, el litigante debe decidir cuál será el camino procesal que seguirá con el caso:

a. ¿Iniciará (en el caso de la acusación) efectivamente la investigación? Si del análisis del caso surge que el hecho no constituye delito, que la persona indicada no ha participado en el hecho (o, poniendo un ejemplo distinto pero muy común, que la persona no ha sido identificada y es imposible con los datos que existen su identificación posterior) o que no es posible obtener la prueba suficiente para acreditar la existencia del hecho, los códigos procesales suelen establecer la posibilidad de ***rechazar*** el caso (con distintas denominaciones: desestimación, rechazo, facultad de no perseguir, etc.). Esta es una primera decisión posible para el acusador –donde la defensa tiene también intervención ya que puede demostrar al acusador la imposibilidad de ir adelante con el caso y, en consecuencia, obtener esta decisión de su parte–. Otra posibilidad existente para la acusación en el mismo sentido es la renuncia a la persecución penal a través de la aplicación de un criterio de oportunidad; en esta segunda posibilidad, existiendo un hecho constitutivo de un delito, la acusación considerará (ya sea a partir del análisis propio o de la instancia de la defensa, recalcando nuevamente que la participación de la defensa en las decisiones que tome la acusación es importante y puede influir en la solución temprana del caso) que cae en la categoría de la escasa relevancia social, la pena natural para la persona imputada, la posibilidad de perdón judicial en caso de condena, o la posibilidad de una pena mayor en otra persecución penal (que

suelen ser los criterios de oportunidad regulados en los códigos de procedimiento penal con más frecuencia). En función de alguna de esas situaciones (que, es importante recalcarlo, deberán ser acreditadas con hechos del caso concreto), la acusación podrá solicitar la procedencia de un criterio de oportunidad y terminar el caso en un momento inicial.

b. Al iniciar la investigación, ¿cuál será el camino procesal que le dará a la misma?

1) ***Buscará un convenio.*** Una de las tareas que deberán realizarse, en términos de decisión, si se define el inicio de la investigación, será explorar las posibilidades concretas de llegar a un acuerdo que posibilite la aplicación de una salida alternativa (conciliación, suspensión condicional del procedimiento). Ya hemos hecho mención a la complejidad de fijar un proceso con múltiples caminos frente a la forma de trabajo anterior, donde todo seguía el mismo camino. Cuando estudiemos cada audiencia en particular veremos algunos de los criterios a tomar en cuenta para evaluar la posibilidad de una salida alternativa pero asumamos de inicio que este es un trabajo de análisis que obliga a ambas partes: si la acusación no ha evaluado la posibilidad de una salida, bien puede ser la defensa quien la promueva a partir de conocer los intereses y posibilidades reales de la persona imputada.

2) ***Buscará un proceso simplificado.*** En aquellos casos en que exista prueba suficiente y la acusación considere que llegado el momento del juicio obtendrá sin problemas la condena solicitada, podrá buscar un procedimiento abreviado como forma de evitar el tiempo de un juicio y dar una solución más pronta al caso; nuevamente aquí la defensa tiene una participación importante ya que puede buscar la aplicación de esta medida como una forma de evitar una pena mayor para la persona imputada y ese será un factor clave a la hora de analizar la conveniencia o no de someterse a esta posibilidad de culminación del proceso.

3) ***Buscará llegar a juicio.*** En aquellos casos en que la acusación considere que es necesario llegar a juicio y posible obtener la evidencia suficiente para acreditar la existencia del hecho, responsabilidad del imputado y procedencia de la pena, la decisión se orientará a utilizar el tiempo de la etapa preparatoria para obtener esos elementos y presentarlos en un juicio oral; aquí

la defensa se preparará, como se ha mencionado más arriba, para cuestionar las afirmaciones de la acusación y lograr una sentencia favorable para la persona imputada.

c. ¿Qué herramientas procesales precisarán ser utilizadas durante la investigación? Aquí una de las preguntas cruciales será por el uso o no de medidas cautelares y en caso afirmativo la decisión por cuál será la medida cautelar a solicitar al juzgador. Dado que este es un punto de desarrollo específico del Manual, nos remitimos a la parte correspondiente para profundizarlo.

2.2.3. Preparación de las actuaciones

Respondidas las preguntas del apartado anterior, la siguiente tarea del litigante será prepararse concretamente para las audiencias que surjan en razón de la decisión que haya tomado. Esa preparación implica elaborar una lista de necesidades puntuales para la audiencia.

a. **Ensayo de argumentación.** El litigante debe ensayar sus argumentaciones de acuerdo a los objetivos concretos que persiga con su solicitud. Si lo que busca es la aplicación de un criterio de oportunidad, deberá demostrar al juez que nos encontramos ante un caso que constituye un delito pero, a la vez, entra en los supuestos excepcionales establecidos por la legislación y, por tanto, está en facultad de prescindir de la persecución penal. Si lo que se busca es la aplicación de una salida alternativa, nuevamente deberá acreditarse ante el juez que nos encontramos frente a un caso constitutivo de un tipo penal y proceden las causas específicas para la procedencia de la salida (es un delito en el que se prevé la suspensión condicional de la pena en el caso de la suspensión condicional del proceso; es un delito de contenido patrimonial y no tiene por resultado la muerte en el caso de la conciliación; etc.). Si lo que se busca es la aplicación de una medida cautelar, deberá presentar el caso desde el punto de vista de la acreditación del supuesto material como de la existencia del peligro procesal. Este trabajo de ensayo previo (que no requiere días de preparación, evidentemente, ya que los tiempos con los que los litigantes trabajan son muy acotados; es un trabajo de ensayo que puede realizarse en poco tiempo,

una vez que se tiene ya elaborada la teoría del caso y claras las ideas sobre lo que se pretende), permite al litigante detectar sus propias falencias y corregirlas antes de presentarse en la audiencia y quedar en evidencia ante la contra parte. Una vez se tenga elaborada la teoría del caso, es más fácil ensayar la argumentación en espacios de tiempo acotados.

El ensayo de la argumentación evitará la improvisación de la audiencia, la preparación de una guía de litigación es deseable y personal de cada litigante.

b. **Verificar fuentes de información.** Establecidos los hechos concretos que relatará en la audiencia, es importante que determine cuál será la información relevante para acreditar esos hechos. Por ejemplo: si la acusación decide solicitar la detención preventiva en función a la existencia de peligro de fuga porque el imputado no tiene arraigo, deberá realizarse un trabajo para verificar esta situación (entrevistar al jefe del imputado, a los vecinos, a probables amigos, etc.). Nótese que este trabajo en numerosas ocasiones ya ha sido realizado por la policía en el momento en que el fiscal conoce el caso, así que lo importante es aprender a identificar, dentro de la carpeta de investigación, cuál es la información relevante para la audiencia, de forma tal de poder contar con ella sin dilaciones.

c. **Preparar material y documentación necesaria para la audiencia. La parte debe estar preparada para acreditar cada una de sus aseveraciones.** Si, por ejemplo, la parte acusadora sostendrá que el imputado no tiene una relación laboral fija, es importante que tenga a la mano el acta de la entrevista que se tomó a su empleador, en caso que la defensa cuestione la veracidad de ésta.

Volveremos sobre este punto más adelante, cuando tratemos cuestiones de acreditación en la audiencia de medida cautelar. Por el momento diremos que lo importante es que tanto la parte acusadora como la defensa, concurran a la audiencia con claridad sobre cuáles son los respaldos con los que cuentan respecto a la información que van a brindar en la audiencia y dónde se encuentran esos respaldos.

Suele observarse en numerosas audiencias cómo los litigantes recorren la carpeta de investigación de palmo a palmo buscando respuestas que no logran encontrar. Por ello es importante desprenderse de la idea de la carpeta de investigación como mágica fuente que proporciona respuestas para todos los problemas que se presentan a los litigantes.

La carpeta de investigación es una herramienta que proporciona al litigante múltiples sub herramientas. Si el litigante concurre a una audiencia de medida cautelar, es probable que el respaldo que precise para acreditar sus argumentos se encuentre contenido en el cuaderno de investigación, pero si no cumplió con el trabajo previo de identificación de los respaldos necesarios marcándolos o separándolos en una carpeta diferente, que sirva para la litigación de la audiencia de medida cautelar, probablemente tenga que acudir a la práctica de buscar toda información sobre la marcha, lo que no sólo genera problemas de tiempo al tribunal sino que, lo que es peor, genera problemas de credibilidad para el litigante (*¿qué sabe este abogado del caso cuando no puede encontrar en su propia herramienta de trabajo un documento importante para esta audiencia?*, podría cuestionarse el juez a la hora de tomar la decisión).

d. **Anticipar los argumentos de contrario y preparar respuestas.** Finalmente, es importante que el litigante (tanto la acusación como la defensa) se prepare para responder a las argumentaciones de la otra parte.

No podemos jamás perder de vista que uno de los principios fundamentales del proceso acusatorio es la contradicción: **la posibilidad de que sea la otra parte la que realice un control de calidad sobre la información que el litigante trae ante el juez.** En función de ello, el juez siempre estará interesado en conocer y analizar los cuestionamientos que la otra parte realice a las afirmaciones que el litigante genere en audiencia. Si como litigante no me preparo previamente para, más que responder, adelantarme a esos cuestionamientos, mi trabajo quedará incompleto.

Por ello, en el caso de la acusación, una vez definidas las solicitudes que se realizarán el siguiente punto a trabajar será pensar cuál será la posición de la defensa, por dónde podrían venir sus cuestionamientos y qué elementos existen para contestarlos. La argumentación eficiente deberá considerar los

argumentos y deberá plantearlos en la intervención, la práctica de la litigación nunca puede depender de la negligencia del contrario y mucho menos de la suerte, el razonamiento *"ojalá que el defensor no se de cuenta de esto..."* no es válido, si la argumentación tiene alguna falencia que no puede ser corregida, ésta debe explicarse al juez, con esto se priva a la defensa de la posibilidad de señalar con contundencia la falta y en muchos casos, con la argumentación adecuada, incluso evita que el hecho sea considerado por el defensor que ha visto como la aparente falencia ha sido explicada.

Desde la defensa, el trabajo a realizar será siempre sobre la base del supuesto de las solicitudes de la acusación, recordando siempre que su tarea no es oponerse a todo sin razón alguna, sino identificar con claridad dónde están los puntos débiles o cuestionables y enfocarse a esos puntos para lograr un resultado favorable a su defendido.

La audiencia de medidas cautelares es exigente para la defensa en el sentido de que ella deberá construir su argumentación como respuesta **inmediata** a la exposición de la acusación. Sin embargo, el defensor diligente tendrá a su favor un trabajo previo **de anticipación de argumentos.** El defensor sabe que la acusación deberá limitarse a argumentar sobre el presupuesto material y los riesgos procesales por lo que su trabajo será adelantar el análisis sobre ambos puntos y litigará en la audiencia **únicamente** respondiendo a estos argumentos. La preparación previa tienta al defensor a argumentar sobre todos los aspectos preparados, sin embargo, una exposición de este tipo no es relevante. El defensor preparado no podrá ser sorprendido por la acusación y deberá cuidarse de argumentar sólo respecto a la solicitud de la acusación, dado en la audiencia la información no relevante es información que perjudica.

2.2.4. Sustento en la audiencia

Finalmente, cubiertas todas las tareas hasta aquí definidas, el litigante deberá realizar su preparación final para sostener sus peticiones o cuestionamientos en la audiencia de medida cautelar. La idea central que el litigante debe tener en mente a la hora de prepararse para la audiencia, es la de **pertinencia,** teniendo la capacidad de:

	AUDIENCIA			
	Medida Cautelar	**Control criterio de oportunidad**	**Salida Alternativa**	**Exclusión probatoria**
ACUSACIÓN	Relatar en forma puntual el hecho (supuesto material)			
DEFENSA	Solicitar las aclaraciones necesarias si el hecho no estuviera claramente subsumido en un tipo penal específico			Presentar la actuación vulneratoria del MP y el agravio puntual al imputado
ACUSACIÓN	Dar al juez elementos suficientes para acreditar un peligro procesal en concreto	Acreditar la pertenencia del caso concreto a uno de los supuestos regulados en la norma	Acreditar la pertenencia del caso concreto a uno de los supuestos de procedencia de salida alternativa	Acreditar la legalidad de la actuación y/ o la inexistencia de agravio
DEFENSA	Presentar elementos que cuestionen la existencia del peligro procesal	Fijar su acuerdo con el MP o puntos de diferencia.	Fijar su acuerdo con el MP o los puntos de diferencia	
ACUSACIÓN	Justificar la necesidad temporal de la medida en función a la investigación		Fijar las condiciones establecidas para la reparación del daño y, en su caso, el tiempo para la extinción de la acción	
DEFENSA	Fijar su criterio sobre la temporalidad de la medida		Fijar su acuerdo con el MP o los puntos de diferencia	

En líneas generales, las partes deberán tomar en cuenta, para su actuación en las audiencias, la necesidad de:

a. Adelantar los cuestionamientos de la contraparte, con argumentos sólidos y creíbles;

b. realizar una presentación que tenga coherencia interna;

c. identificar las posibles inconsistencias internas del relato de la contraparte;

d. argumentar concretamente sobre la base de los planteos realizados por la contraparte.

Ahora bien, la tabla presentada líneas arriba no tiene pretensiones de fijar criterios fijos y rígidos sobre cómo debe asumirse cada audiencia pero, a partir de un intento de delineación sobre la dinámica de las audiencias, puede observarse con mayor claridad lo que se afirmara en la parte inicial de este Manual:

- La audiencia de medida cautelar será una audiencia con características esencialmente controversiales. En tanto la acusación sostenga una solicitud, la defensa procurará el rechazo de ésta o, llegado el caso, la disminución en cuanto a la restricción de los derechos del imputado. La labor del juez, por su parte, será la de dirimidor entre dos posiciones encontradas, quedando en su cabeza la decisión final sobre cuál de las partes ha acreditado con mayor fundamento su posición;

- Las audiencias de control de criterio discrecional de la acusación (oportunidad) o aplicación de salida alternativa, serán audiencias con un carácter más conciliatorio debido a que es de esperarse que acusación y defensa concurran con una idea previa del acuerdo al que arribarán y que justificarán delante el juez. Si se observa en la descripción mínima que se realiza en la tabla, a diferencia de la audiencia de medida cautelar en que la defensa tiene un rol de control y controversia mayor, en la audiencia de salida alternativa sería de esperarse que la defensa acuerde ciertos puntos con la acusación y que resulte excepcional el planteo de una controversia. En este caso, la función del juez ya no estará tan orientada a "dar la razón", puesto que asumimos que existe un acuerdo básico entre las partes en la petición; ello lleva a considerar que en estas audiencias el juez tendrá que tener una atención preferencial al verificar que el caso traído a su conocimiento se encuentra dentro de las permisiones establecidas por la ley y, en adición, al comprobar que los involucrados en el conflicto (principalmente el imputado) han asumido esta salida informados y voluntariamente;

- La audiencia de exclusión probatoria, por su parte, tendrá como característica que la parte peticionante será la defensa, en función de que se solicitará la exclusión de una actuación realizada por la acusación que causa un agravio a los derechos del im-

putado y el debido proceso; en este sentido, el sentido común nos lleva a concluir que las obligaciones variarán, ya que será la defensa la encargada de acreditar la veracidad de sus afirmaciones, quedando la acusación en un rol de defensa de la legalidad de su accionar. En este caso entonces, la mirada del juez volverá a tener la función dirimidora, pero aquí la exigencia probatoria estará puesta hacia la defensa.

Insistimos en que este planteo esquemático no puede seguirse como una regla cerrada, pero consideramos importante hacer este planteo como criterio a seguir para analizar posteriormente en concreto el contenido de cada audiencia, ya que resulta de utilidad a los fines de establecer la necesidad específica y pertinencia de la actuación de las partes en cada audiencia.

Luego de haber realizado todas estas tareas, el litigante estará en condiciones de concurrir a la audiencia y sostener su posición con eficacia.

2.3. Temas a considerar

2.3.1. Cuestiones probatorias

Una discusión muy frecuente en torno a la actividad propia de las audiencias de la etapa preparatoria versa sobre la posibilidad de producción de prueba. En este sentido, es importante señalar que la regla en estas audiencias es que **no se produce prueba**. La prueba es una necesidad del juicio, no de las audiencias de etapa preparatoria, ya que está vinculada a la necesidad de acreditar la existencia del hecho que se está juzgando, la participación y grado de la persona imputada, y la necesidad y posibilidad en específico de aplicación de una pena concreta; el hecho de convertir a estas audiencias en un espacio donde se reciben testigos, se aporta evidencia material, etc., refuerza varias ideas erróneas:

- En el caso de la audiencia de medida cautelar, se fortalece la idea de esta audiencia como un mini juicio o de ensayo de juicio.
- En el caso de las salidas alternativas, se fortalece la idea de que existe una confrontación, cuando la realidad de la salida alternativa es que se arriba a partir de un proceso de acuerdo, donde ambas partes manifiestan voluntad en sentido de poner fin al proceso por la vía de la salida.

- En el caso de la exclusión probatoria en particular y de las audiencias de resolución de incidentes en general, se fortalece la forma de "litigio indirecto", consistente en discutir cuestiones que no tienen relevancia para el fondo del asunto en proceso y, a través de ese mecanismo dilatorio, retrasar los resultados del caso que se está investigando.

La discusión en una audiencia de la etapa preparatoria se dará primordialmente sobre la base de los argumentos que las partes presenten. Evidentemente, el abogado debe tener un respaldo para sus afirmaciones, como se ha señalado al establecer los pasos necesarios para el análisis del caso; pero ello no significa que el abogado deba producir pruebas en la audiencia. Por ejemplo, en nuestro caso la acusación sabe que *el imputado no tiene una estabilidad en el trabajo y sabe que el amigo que se le conoce vive en otro país por lo que él está pensando en irse para allá*. Esto lo sabe porque tuvo una entrevista con el jefe del imputado, quien le refirió todos estos extremos.

En un sistema que se basa en el **principio de buena fe de los litigantes**, la defensa sabe previamente a la audiencia que el jefe del imputado se ha entrevistado con el Ministerio Público Fiscal y les ha comunicado estas informaciones (bien porque se le ha permitido al defensor participar en la entrevista, bien porque se le ha proporcionado una copia del registro de la entrevista realizada), si el defensor considera que hay algún punto que no está claro, puede concurrir a entrevistarse personalmente con el jefe, para aclarar los aspectos que considere necesarios.

En definitiva, lo que pretendemos decir es que no es necesario que la acusación lleve a la audiencia de medidas cautelares al jefe a declarar porque ya ha cubierto varias actividades que dan credibilidad a sus dichos: ha tomado un registro de la entrevista, lo ha proporcionado a la defensa, tiene una trascripción de ese registro consigo en la audiencia.

En el mismo sentido, no es necesario que en una audiencia de salida alternativa la acusación lleve consigo toda la prueba de cargo, ya que la base para la aplicación de estas medidas es la asunción de responsabilidad por parte del imputado y, por ello, el estándar de exigencia probatoria para la acusación disminuye notoriamente, trasladándose la evaluación del juzgador hacia la voluntariedad informada de parte del imputado para asumir esa responsabilidad (es decir, verificar que

el imputado tiene claro lo que significa seguir adelante con la salida alternativa en términos de asumir la responsabilidad, probablemente comprometer la reparación del daño causado y renunciar al derecho a un juicio oral, público, contradictorio y continuo).

Adicionalmente, como hemos mencionado, el principal control de la actividad de un litigante es su contraparte. Ante los dichos de la acusación, en la audiencia está presente el defensor que, siguiendo el ejemplo de la medida cautelar, en caso de que haya algún problema con la entrevista (no existió, se tergiversó, se están afirmando cosas que el entrevistado no dijo) puede ponerlo en evidencia en forma inmediata y generar la controversia sobre ese punto, para que se resuelva si es creíble o no la afirmación de la fiscalía.

Por lo expuesto, y de acuerdo al desarrollo que venimos realizando, **cuando un litigante decide solicitar una audiencia con un determinado objetivo (solicitud de medida cautelar, aplicación de salida alternativa, incidente de exclusión de una prueba obtenida en forma ilegal) no puede concurrir a la audiencia a improvisar una historia**, sino que está obligado a contar con una argumentación clara, estructurada adecuadamente y con los respaldos necesarios como para hacer de su relato una cuestión creíble y no cuestionable por la contraparte. Ello no implica que en estas audiencias deba traerse una lista de testigos y evidencias para producir, puesto que, en primer lugar la finalidad de la audiencia no tiene relación con la definición de la forma en que el hecho sucedió y, en segundo lugar, la etapa de producción y valoración de la prueba es el juicio oral.

Esto nos lleva a otro punto de distinción entre las audiencias de la etapa preparatoria y la audiencia de juicio oral: el rol del juez. En tanto en un juicio se pretende que el tribunal o juez de sentencia se mantengan lo más distantes posibles de la producción de información, permitiendo que las partes produzcan su prueba en la forma en que lo estimen conveniente; en una audiencia de la etapa preparatoria no sólo es posible sino que en algunos casos resulta enormemente necesario que el juez asuma un rol activo en la aclaración de ciertos puntos. Así, si en el caso de la controversia sobre la información dada a la acusación por el jefe del imputado la defensa comienza a dispersar su argumentación intentando poner en discusión cuestiones alejadas al peligro que se está discutiendo,

el juez como director de la audiencia tiene toda la facultad para intervenir y preguntar concretamente a la defensa *"¿cuál es la base que tiene para decir que la acusación está mintiendo o cambiando el contenido de la información?"*. La intervención de los jueces realizando preguntas aclaratorias, consultando sobre el respaldo de información que las partes tienen, impidiendo que las discusiones se desvíen del (o los) objetivo que motivó la audiencia, es esencial para lograr una decisión de calidad.

En adición, es importante también asumir que dado que **no nos encontramos en una audiencia de juicio**, las herramientas de producción de información deben ser mucho más desformalizadas. Si el jefe del imputado se encuentra presenciando la audiencia y surge esta controversia que venimos relatando (la acusación dice que le dijo una cosa, la defensa manifiesta que esto no es así), no es necesario (y de hecho sería muy cuestionable) que se "llame como testigo" al jefe del imputado, se le tome juramento y se lo someta a las reglas del interrogatorio y contrainterrogatorio. Nótese que los códigos de procedimiento establecen, generalmente, esas previsiones **para la audiencia de juicio**, no así para las audiencias de la etapa preparatoria. Si esta controversia sobre los dichos del jefe surgiera, y el jefe estuviera en la audiencia, el juez sencillamente podría preguntarle *"¿qué fue lo que usted le dijo a la fiscalía cuando lo entrevistaron?"* y escuchar la respuesta del sujeto, como un aporte a mejorar la calidad de la información que tomará en cuenta en su decisión. Debe tenerse en cuenta que la decisión del juez en esta audiencia concreta no es una decisión sobre la responsabilidad penal del imputado o la ausencia de ésta y, en consecuencia, no puede pretenderse que los estándares de actuación y producción de información sean los mismos porque ello equivaldría a sostener que cada audiencia del proceso penal debe ser un juicio propiamente tal, cuestión que no tiene posibilidad de sostenerse.

2.3.2. Formas de argumentación

Muy brevemente, en este punto recordamos lo que estudiábamos sobre la teoría del caso: es importante que el litigante pueda construir proposiciones fácticas, afirmaciones de **hecho**. El tribunal conoce el derecho, conoce la doctrina existente sobre el punto que se está discutiendo y conoce también la jurisprudencia producida. No es necesario entonces

concurrir a la audiencia a dar una clase al tribunal (que, por cierto, suele ser una actividad de los litigantes que cae muy mal a los jueces).

¿Qué es lo que el tribunal desconoce? **Los hechos del caso y los hechos que acreditan el peligro procesal**. El litigante debe hablar al tribunal en **el lenguaje de los hechos**, debe ser claro y puntual al explicar al tribunal qué ocurrió y por qué están reunidos hoy en esta audiencia. No es necesario que citemos a todos los autores que han definido extremos posibles del peligro de fuga, lo necesario, en esta audiencia, es que mostremos al tribunal **hechos** que permiten concluir que el imputado probablemente intentará la fuga.

Lo propio desde el punto de vista de la defensa: el tribunal conoce la Constitución Política del Estado y sabe también que el principio de proporcionalidad y excepcionalidad deben ser respetados en la aplicación de medidas cautelares, por lo que afirmar esto y no decir nada son situaciones equivalentes en una audiencia de este tipo. Lo que el tribunal necesita es el análisis sobre por qué, en este caso puntual, bajo estas circunstancias puntuales, la proporcionalidad no se cumpliría. O bien por qué no existe, el peligro procesal alegado por la otra parte.

Es necesario asumir que el litigante no es un académico o, más bien, que el rol del litigante en un proceso penal no es dar conferencias magistrales. De nada le servirá a la víctima que el tribunal piense que el fiscal sabe mucho de derecho, si ese "saber mucho" no sirve para lograr una detención preventiva porque no se hizo una correcta explicación de los hechos del caso. De nada le servirá al imputado tener por abogado a un erudito si la erudición pasa por concurrir a los tribunales a dar conferencias sobre las implicancias y derivaciones del derecho constitucional a la defensa en juicio, que no servirán en el caso concreto para impedir la aplicación de la detención preventiva.

Trabajar sobre los hechos no es un trabajo menor ni de mala calidad. **Trabajar sobre los hechos es el desafío más grande que se impone al litigante en un sistema que nos ha acostumbrado a trabajar sobre abstracciones.** Una persona no actúa con dolo porque el litigante afirme que *"actuó dolosamente"*, actúa con dolo si el litigante afirma que *"días antes había manifestado a José Juárez que tuvo una discusión con la víctima y que éste era un tipo que no merecía estar en este mundo. Adicionalmente concurrió a la armería 'el tiro chueco' y consultó*

sobre los precios de distintas armas llevándose un revólver y el día del hecho se ocupó de llamar a la secretaria de la víctima para preguntarle a qué hora estaría solo en el consultorio 'su amigo', resultando que la muerte se produjo por un disparo del revólver que él había comprado, a la hora que la secretaria señaló telefónicamente".

Lo que interesa es mostrar al lector cómo el lenguaje de los hechos es el lenguaje que rige nuestra actividad. La función del litigante es construir una historia con respaldo probatorio (no un invento) que permita poner en el tribunal una imagen lo más clara posible, para la toma de la decisión.

2.3.3. Instrumentos de trabajo y recolección de información

Es importante que el litigante desarrolle herramientas de trabajo que le faciliten la preparación de los casos para audiencias. Ya hemos mencionado la carpeta de investigación o carpeta de juicio como una herramienta contenedora de muchas otras sub herramientas. Es importante desarrollar una metodología de trabajo para la litigación.

Al partir siempre del esquema de la teoría del caso, es importante realizar:

a) Directorios de testigos con datos para saber dónde ubicarlos personalmente o a través de un teléfono, en caso de precisar corroborar detalles.

b) Bosquejos pequeños con la información fundamental que cada actor ha proporcionado para no tener que frenar la intervención en la audiencia en la búsqueda de un dato perdido.

c) Bosquejos de las intervenciones en la audiencia, en el estilo de ayudas memoria que permitan seguir un hilo conductor.

d) Fichas con referencias doctrinarias sobre aspectos discutidos en materia de medidas cautelares; resúmenes jurisprudenciales sobre los aspectos que puedan controvertirse en audiencia.

e) Resúmenes de casos propios, de los argumentos que surtieron un efecto positivo; etc.

No existe un modelo ideal de litigante, lo importante es que cada uno se transforme en la mejor versión de sí mismo y ello requiere el desarrollo de una metodología específica que puede resultar costosa

de inicio, pero que con el transcurso del tiempo facilitará la labor del litigante porque no tendrá que preparar cada audiencia como si fuera la única, sino que contará con un respaldo elaborado previamente que le dará más seguridad en su accionar.

En el caso de los miembros de instituciones (Ministerio Público Fiscal, Defensa Pública) es importante que este accionar forme parte de los estándares institucionales, de forma de mejorar no sólo la calidad del trabajo propio sino también de toda la entidad.

2.3.4. Tiempos

Finalmente, en relación a la ejecución propiamente de la audiencia, quisiéramos referirnos al tiempo en dos sentidos:

a. El momento de realización de la audiencia. Generalmente la audiencia de medida cautelar se solicita entre las primeras medidas de la etapa preparatoria, lo cual implica que no se cuenta con *toda* la información del caso, sino que se tienen algunos antecedentes válidos como para sostener con cierta certeza que se trata de un caso penal con probabilidades de juicio. Ello nos lleva a recomendar que los objetivos sean modestos: todo el desarrollo que venimos realizando tiene que ver con darle al litigante herramientas para que pueda cumplir más efectivamente con su labor a partir de lo que efectivamente tiene, y no para pensar la litigación desde el mundo ideal donde en 24 horas conseguimos toda la información necesaria para lograr una audiencia perfecta. En este sentido, volvemos al tema de la preparación y la argumentación: es importante, tanto desde la acusación cuanto desde la defensa, ensayar los argumentos que se van a dar en la audiencia de medida cautelar de forma tal de lograr una presentación compacta y convincente sobre la base de la información que se posee.

b. Un segundo aspecto es la duración de la audiencia en sí. En la medida en que se cumpla con las finalidades planteadas y que la actuación de las partes sea clara y concreta, rigiéndose por los límites de la pertinencia, una audiencia de medida cautelar –por ejemplo– no debería tomar más tiempo que media hora. Acordamos en que existen casos excepcionales y que no se puede establecer previamente un tiempo para todas las audiencias,

pero también debemos asumir que los casos excepcionales son justamente eso: excepciones, y que la mayoría de los casos que llegan a los tribunales son sobre cuestiones bastante simples y de fácil resolución. Es importante tomar en cuenta este aspecto desde el punto de vista de los litigantes, en sentido de asumir que deben ***lograr captar la atención de los jueces y transmitir información relevante en tiempos breves***, y desde el punto de vista de los jueces en sentido de conducir la audiencia basándose en la regla de la pertinencia de la información aportada y las discusiones planteadas. Caso contrario, volvemos al problema ya relatado en numerosas ocasiones de transformar a las audiencias de medida cautelar en pequeños juicios.

1 Captar la atención del juez.
2 Transmitir información relevante en tiempos breves.

SEGUNDA PARTE

Audiencias en particular

3. AUDIENCIAS DE MEDIDAS CAUTELARES

3.1. La dinámica de una audiencia de medidas cautelares

En esta sección ingresaremos a estudiar concretamente la realización de la audiencia de medida cautelar. Un primer punto de importancia es recordar que nos encontramos en la **etapa preparatoria**, lo cual implica que estamos preparándonos para el juicio, no realizando un *juicio en cuotas*.

Cada audiencia de esta etapa preparatoria tendrá su finalidad particular y **en nada se relacionan con la posibilidad o no de lograr una sentencia condenatoria o de absolución**. Por ello, el litigante debe concentrarse, en esta etapa, en acreditar sustento para las peticiones que formule, no así en producir la prueba sobre la ejecución del hecho por parte del imputado, cuestión ésta que será debatida en el juicio oral y público.

Insistimos en este punto porque es la audiencia de medida cautelar la que más riesgo genera al comenzar, como decíamos en la introducción, con la realización de "mini juicios". No pretendemos ser reiterativos, por lo que nos remitimos a lo ya relatado en los puntos referidos a la preparación del caso de cara a la medida cautelar, para recordar que **las finalidades de esta audiencia son *completamente distintas* a la del juicio oral**.

En la audiencia de medidas cautelares procuraremos verificar si existen elementos que obliguen a restringir la libertad del imputado para garantizar la continuación del proceso.

3.1.1. Condiciones básicas para solicitar medidas cautelares

La realización del análisis inicial (elaboración teoría del caso) nos proporciona un dato importante: la posibilidad de solicitud de una medida cautelar estará reservada a aquellos casos en que el análisis lleve al litigante a suponer, en principio, dos cuestiones:

Que el caso en cuestión llegará con probabilidad a juicio;

Que existe efectivamente un riesgo para que el juicio se realice si no se aplica la medida cautelar;

3.1.2. Decisión sobre si existe posibilidad de llegar a un juicio

Si bien puede suceder –y frecuentemente sucede en la práctica forense– que se soliciten medidas cautelares en casos que terminarán con una salida alternativa, nótese la falta de coherencia estratégica e incluso normativa de estos casos: la finalidad de la medida cautelar es garantizar la realización del juicio. La finalidad de la salida alternativa es posibilitar un camino distinto del juicio, que acelere los procedimientos en los que no hay riesgos ni connotaciones mayores.

¿Cómo se explica entonces, que un litigante busque aplicar medidas cautelares (detención preventiva u otras) contra el imputado si su objetivo no es llegar con el caso a juicio sino que se apliquen salidas alternativas?

Esta forma de proceder no se justifica ni siquiera en casos de aplicación de procedimientos abreviados, y aquí la experiencia comparada nos muestra cómo el procedimiento abreviado aplicado a casos donde los imputados se encuentran cumpliendo una medida cautelar suele convertirse en una salida obligada para el imputado, a quien se le ofrece una pena similar al tiempo que ha permanecido en detención preventiva a cambio de evitar el juicio, porque la acusación tiene conciencia de que, en caso de llegar a juicio, no logrará una condena.

Por ello es que afirmamos que la utilización de medidas cautelares tiene una directa relación con la decisión inicial de llegar con un caso a juicio. Así debe asumirlo la acusación y así debe considerarlo la defensa, para preparar su estrategia tomando en cuenta estos elementos en caso de que el caso que esté defendiendo pueda solucionarse en forma previa.

Es importante aclarar que no intentamos con estas afirmaciones generar una "regla cerrada" en sentido que "si se ha impuesto una medida cautelar resulta obligatoria la realización de un juicio", dado que asumimos que pueden darse situaciones en que el acusador consideró inicialmente la posibilidad de llegar a un juicio pero por diversas razones (el acusado que decide asumir su responsabilidad y solicita un procedimiento abreviado, la víctima que comunica al acusador que ha arribado a un acuerdo para la reparación del daño que le resulta más efectivo que la concurrencia a juicio, la investigación posterior al inicio del caso que no genera los elementos probatorios que en principio se creyeron de existencia, etc.) le resulta conveniente la aplicación de una salida distinta. De lo que sí estamos convencidos, a partir de la observación de las prácticas actuales, es que el uso de las salidas alternativas al juicio en nuestros días no se está dando por razones estratégicas (como los ejemplos que se mencionan más arriba), sino más bien por razones de urgencia (vencimiento de plazos sin haber realizado tareas de investigación) o extorsión (habiendo realizado las tareas de investigación se asume que no existen elementos suficientes para probar el hecho y se precisa justificar la detención de la persona procesada) y esto es algo que no sólo es posible evitar sino que es obligatorio evitar para un sistema de justicia penal confiable. En ese sentido consideramos que un criterio importante para definir la corrección o arbitrariedad en la solicitud de imposición de una medida cautelar es la posibilidad real de llegar a juicio con el caso que el acusador consideró al momento de pedir la medida.

3.1.3. Decisión sobre la estrategia del caso

Una vez realizado el análisis y asumiendo que la primera decisión está tomada en sentido de ir con el caso hasta juicio, corresponde decidir puntualmente cuál será el camino procesal que se seguirá durante la etapa preparatoria. Aquí **lo primero** que el litigante debe decidir es:

a) Si solicitará una medida cautelar.

b) En caso afirmativo, cuál será esa medida.

Estas decisiones no pueden ser tomadas al azar sino que tienen directa relación con el conocimiento que tenga de los hechos del caso, por lo que nuevamente el instrumento de trabajo del litigante será la teoría del caso que ha elaborado para analizar las posibilidades de éste.

Una vez que el litigante tenga elaborada su teoría del caso si existen elementos fácticos (de hecho) suficientes para sostener la posible comisión de un hecho ilícito, la primera cuestión que debe observarse es si existe peligro procesal, es decir, si existe riesgo para la continuación del proceso.

En general, para nuestros sistemas procesales esto significará establecer si existe alguno de los siguientes peligros:

a. Posibilidad de fuga, es decir posibilidad de que la persona perseguida penalmente se sustraiga de la acción de la justicia; o
b. Posibilidad de obstaculización en la averiguación de la verdad, es decir posibilidad de que la persona intimide, amenace o coaccione a posibles testigos o destruya evidencia material.

Como puede notarse, la exigencia específica para la solicitud de imposición de una medida cautelar, impone al litigante ir más allá de los elementos específicos del caso y buscar elementos que permitan sostener alguno de esos dos peligros en su argumentación oral.

En función a los elementos con que se cuente, podrá decidirse la medida a solicitar, ya que uno de los principios rectores del régimen de medidas cautelares es la proporcionalidad y ello implica que **no procede cualquier medida para cualquier caso**, sino que la medida solicitada debe ser proporcional con la pena posible y con el riesgo efectivamente existente.

Por lo tanto, para tomar la decisión sobre la medida cautelar a solicitar, el litigante deberá realizar una valoración de los elementos fácticos que puede exponer en audiencia.

Ejemplo: si la única información con la que cuenta la acusación es que el imputado *no tiene domicilio conocido*, sin más datos al respecto, ello parece ser bastante débil como para pedir una detención preventiva por existencia de riesgo de fuga.

Piénsese, desde el punto de vista de la defensa, desde donde podría alegarse que el acusado no tiene domicilio conocido en función a que realiza trabajos temporales y por ello se muda por distintos lugares de la ciudad buscando la cercanía de su puesto de trabajo, pero que existen muchos testigos que pueden acreditar que ha permanecido todo el último año en la ciudad. O establecer que la falta de un domicilio en el caso específico no implica el riesgo de fuga por las características especiales del imputa-

do, esta argumentación en todo caso deberá ser específica **para el caso concreto** las discusiones abstractas que no aportan información al juez para el caso concreto deben ser evitadas por su inutilidad.

Como veremos en apartados posteriores, en la audiencia de medida cautelar las partes tendrán que argumentar sobre la procedencia o no de la petición de medida cautelar, y ello implica contar con la mayor cantidad posible de información **relevante**, es decir, información que sirva a los fines de la resolución que se pretende obtener.

Una cuestión bastante común en las audiencias es la formulación de una "relación de expediente" al momento de tomar la palabra, tanto desde la acusación que suele dedicar mucho tiempo a relatar las actuaciones policiales como un observador externo, cuanto de la defensa, que suele reiterar lo ya relatado por la acusación intentando cuestionar formalidades sin mayor trascendencia a los fines de la audiencia.

Ese tipo de accionar burocrático, aleja a los litigantes de su función: entregar información **relevante** al juez para la toma de una decisión de calidad. En el caso de audiencias de medidas cautelares es irrelevante la discusión sobre aspectos que no tengan relación con la posible participación del imputado en el hecho y la existencia o ausencia de los peligros procesales arriba citados.

Por ello en la audiencia de medida cautelar, en la etapa de decisión la acusación deberá intentar un ensayo de argumentación clara y concisa con dos objetivos básicos:

a) Demostrar existencia de supuesto material (existencia del hecho y participación del imputado en él).

b) Demostrar existencia de riesgo (peligro) procesal e identificar la naturaleza de este peligro.

Se entiende que la defensa, dependiendo de las particularidades del caso, buscará desacreditar la existencia de alguno de estos dos elementos.

Sobre lo anterior, cabe indicar que en las audiencias de medidas cautelares el litigante no puede (o al menos no resulta conveniente proceder de esa manera) solicitar la medida cautelar alegando que existen al mismo tiempo peligro de fuga y peligro de obstaculización. No se trata de *intentar todo para obtener algo*, porque eso no es un accionar es-

tratégico. Este comportamiento, ante un juez perspicaz, probablemente lleve a los litigantes a **no obtener nada. No debe olvidarse que la litigación oral no admite las improvisaciones o las estrategias de transmitir al juez argumentos superfluos buscando que el juez escoja "cualquiera" de ellos, a la larga esta "estrategia" perjudica la credibilidad del abogado. Un juez que escucha que una y otra vez (en casos diferentes) son empleados los mismos argumentos sin especificación al caso concreto desconfiará de estos argumentos.**

El litigante debe decidir en este momento cuál será el peligro procesal sobre el que se enfocará en la audiencia, de forma tal de dar contundencia al caso.

Para ejemplificar, pensemos en un litigante que solicita la medida cautelar de detención preventiva, ya ha expuesto el supuesto material (relatando el hecho, sin apelar a abstracciones, como hemos descrito en el punto anterior y calificándolo en el tipo penal correspondiente) y posteriormente fundamenta el peligro procesal, en estos términos:

"Solicito la detención preventiva debido a que existe riesgo procesal de fuga y de obstaculización de averiguación de la verdad. Existe riesgo de fuga porque el Señor X no tiene arraigo en esta ciudad, cuestión que afirmamos en función a varios extremos que paso a relatar:

- Habiendo esta fiscalía entrevistado a las personas que viven en la zona donde fue hallado, ninguna de ellas ha manifestado conocerlo;
- Su empleador, el señor Juan de los Palotes, ha referido a esta fiscalía en una entrevista realizada con él luego del hecho, que el Sr. X es tremendamente inconstante en su trabajo, que han pasado incluso semanas sin que aparezca a trabajar y que la única razón por la que conserva su puesto es porque ha aceptado cobrar por día trabajado, por lo que en realidad no tienen una relación de dependencia fuerte;
- El señor X no tiene pareja, hijos, ni parientes cercanos, sino que vive solo desde que llegó a la ciudad, no constando datos de ninguna persona que pueda declarar de él ningún detalle relevante;
- El único amigo que se le conoce al Sr. X, según los dichos de Juan de los Palotes en la entrevista que hemos mencionado con

anterioridad, ha marchado a otro país hace más de ocho meses y desde entonces una de las afirmaciones permanentes del Sr. X es que desea partir hacia ese país porque existen mayores oportunidades de trabajo.

Por estos extremos, dado que no tiene familia, no es constante en su trabajo, no se le conocen amigos y la única persona con la que ha mantenido relación se marchó del país, generando en él la intención de seguirlo, esta fiscalía considera que existe peligro real de que el Sr. X abandone el país.

Pero adicionalmente existe peligro de obstaculización de la verdad, en función a que hay sólo un testigo presencial del hecho, una persona de edad, el Sr. Pedro Perez, quien tiene 75 años y ante la entrevista con la fiscalía ha manifestado estar muy asustado por la posibilidad de tener que declarar en el juicio, ya que habiendo visto al Sr. X cometer el hecho y creyéndolo violento, teme que éste pueda hacerle algo. Por ello, también existe peligro de obstaculización de la verdad por parte del Sr. X y solicitamos la aplicación de la detención preventiva".

Nótese, por un lado, la contradicción entre las dos argumentaciones: si la persona se va a fugar ¿cómo va a obstaculizar la verdad cuando esto implica intimidar a los testigos y/o destruir evidencia material?

Si existe riesgo de fuga, esto quiere decir que el peligro concreto es que la persona escape y no pueda realizarse el juicio; si la persona escapa, parece evidente que, al menos personalmente, no podrá realizar acciones para obstaculizar la verdad.

Ello nos lleva a afirmar que, en la mayor parte de los casos (salvo excepciones tan extrañas que podrían ser considerados casos de laboratorio) cuando se argumenta la existencia de dos peligros a la vez, suele caerse en una contradicción en la argumentación que en términos ideales obligaría al juez a no acreditar la existencia de ninguno.

Adicionalmente, nótese la diferencia en la calidad de la argumentación: este litigante ha realizado un trabajo bastante metódico para acreditar el peligro de fuga. Se ha cerciorado que nadie conoce al imputado en el lugar donde fue encontrado, que su empleador no tiene una relación laboral sólida con él sino que lo mantiene porque le paga al día, ha averiguado que no tiene familia, que el único amigo que tiene está en otro país por lo que podría ir hacia allí con relativa facilidad, etc.

Cada uno de estos argumentos, sostenido en forma individual podría parecer débil, pero vistos en su conjunto podrían ser utilizados con bastante posibilidad a favor de la acusación para solicitar la medida cautelar.

3.1.4. Argumentación desde el rol de la defensa

En el caso citado como ejemplo, el trabajo de la defensa consiste en contra argumentar de forma tal de debilitar las afirmaciones de la fiscalía, por ejemplo acreditando que

a) Nadie conoce al imputado donde fue encontrado porque se mudó hace una semana, pero en su anterior domicilio de dos años fue parte de una organización barrial trabajando activamente.

b) Su empleador asegura que no tiene relación laboral con él debido a que existe una denuncia de su parte ante el Ministerio de Trabajo por unos salarios adeudados.

c) El imputado no tiene familia directa pero sí mantiene contacto con una tía lejana.

d) Su amigo vive en otro país pero él no tiene ninguna posibilidad real de ir debido a que no tiene suficientes recursos porque su empleador no le paga desde hace seis meses; etc.

La defensa deberá hacer la misma tarea que la fiscalía realizó para argumentar la falta de arraigo y tomar la decisión de si puede oponerse a la detención preventiva o si le conviene argumentar desde el principio de proporcionalidad.

En el caso del ejemplo, la parte acusadora ha realizado una buena tarea para acreditar la falta de arraigo, pero a la hora de referirse al peligro de obstaculización, cuenta más los problemas que su caso tendrá en el juicio (tiene un solo testigo) que un hecho que sirva al juez para verificar la obstaculización.

Además la argumentación de la fiscalía continúa mencionando los sentimientos de ese testigo, pero no hechos concretos, por tanto es una argumentación bastante más que débil, que no sólo no servirá en términos de acreditación del peligro procesal concreto de obstaculización, sino que adicionalmente debilitará la argumentación anterior del peligro de fuga (un juez al momento de decidir podría pensar *"si el litigante*

tuviera certeza de que el peligro de fuga existe, no debería apelar a este segundo argumento, sobre todo con tanta debilidad").

Para recordar: en la fase de decisión el litigante deberá tener en claro los siguientes extremos:

a. ¿Puede demostrar el supuesto material? Dicho en otras palabras: ¿tiene un relato de hecho que pueda subsumir en un tipo penal estableciendo la posible responsabilidad del imputado?

b. ¿Existe riesgo procesal suficiente para la solicitud de una medida cautelar?

c. ¿Qué riesgo procesal es el que existe en concreto y cuáles son los extremos fácticos (los hechos concretos) que le permitirían sostener ese riesgo en una audiencia de solicitud de medida cautelar?

d. ¿De acuerdo a los extremos fácticos que acreditan el riesgo procesal, cuál sería la medida cautelar proporcional al riesgo existente que el litigante debe solicitar en la audiencia?

e. ¿Por cuánto tiempo precisaría el litigante que esa medida cautelar sea impuesta?

Desde la defensa, deberá también trabajarse a partir de esas preguntas, pero haciendo un trabajo de contra argumentación; es decir, encontrando respaldo fáctico que le permita al defensor oponerse a los dichos de la acusación.

El último punto, relativo a la duración de la medida cautelar deberá ser considerado en función a cuáles son las labores de investigación concretas que restan por realizar para el caso, cuánto tiempo se demorará en obtenerse esas medidas de investigación y cuándo, con probabilidad, se realizará el juicio. No se trata entonces de solicitar la medida cautelar y pretender que se extienda (en caso de ser concedida) durante todo el tiempo legalmente previsto para la duración de la etapa preparatoria: la acusación estará obligada a acreditar en el caso concreto en discusión cuál es su necesidad específica y cuánto tiempo requerirá de la duración de la medida.

3.1.5. Momentos de la audiencia

Una aclaración necesaria antes de comenzar con el desarrollo de este punto es que la descripción que realizaremos sobre lo que consideramos deberían ser las partes de una audiencia de medida cautelar es una propuesta formulada por este Manual a partir de la experiencia en la litigación y en la observación de audiencias de este tipo.

Diversos trabajos de investigación realizados nos han permitido identificar los problemas más frecuentes en materia de medidas cautelares y es a partir de la búsqueda de soluciones prácticas a esos problemas, que proponemos este modelo de audiencia, ya que consideramos que con la estructura que se relatará se resguardan de la mejor manera posible los derechos de ambas partes y se posibilita al juez la recopilación de la información de mejor calidad posible en la audiencia.

Ello no implica que esta descripción constituya una *receta* sobre cómo realizar en concreto una audiencia de medida cautelar; preferimos sugerirla como una pauta para estandarizar las prácticas procesales de la actualidad.

Realizada esa aclaración, pasemos a la descripción de la audiencia. En materia de medidas cautelares, la audiencia debería permitir tres momentos concretos de discusión:

a. Existencia del supuesto material,

b. existencia del peligro procesal y proporcionalidad de la medida solicitada,

c. tiempo de duración de la medida cautelar, en caso de imponerse.

Cuando hablamos de **momentos concretos** de discusión, referimos que cada uno de esos momentos debería abrirse a la posibilidad de debate por ambas partes. Es decir:

3.1.5.1. Participación probable del imputado en el hecho (supuesto material)

En primer lugar se presenta desde la acusación el supuesto material (relato del **hecho** y posible intervención del imputado); asumimos que en la mayor parte de los casos que se litigan en los tribunales, este es

el momento en que se realizará la imputación formal, por lo que ese relato del hecho cubrirá dos fines:

1. Posibilitar el derecho de defensa del imputado (derecho a la intimación) y
2. Comunicar al juez la existencia de uno de los requisitos para la procedencia de la medida cautelar.

Desde este primer momento, la acusación debe manejarse con precisión. Realizada la presentación por parte de la acusación, el juez debería dar la palabra a la defensa para que argumente lo que considera necesario (solamente si la defensa tiene algo que decir sobre el punto); aquí, la labor del juez será central para evitar desvíos en la discusión. En este primer momento el debate será básicamente sobre dos puntos:

- El relato realizado por la acusación debe cubrir cada uno de los elementos del tipo penal imputado (vinculación entre teoría jurídica y teoría fáctica) y eso debe quedar claro al imputado ya que su derecho a la defensa implica conocer y comprender el hecho que se le atribuye y la calificación jurídica que se le está dando.
- El relato realizado por la acusación debe dejar claramente establecido CÓMO participó el imputado o **cada uno de los imputados** en el hecho;

La discusión debe ser muy específica sobre esos aspectos, lo cual significa que el juez deberá ser cuidadoso en controlar a la defensa para que no desvíe esos puntos. No es, por ejemplo, un momento para que la defensa comience a debatir cuestiones probatorias (recordemos cuál es la finalidad de esta audiencia). Si el relato del hecho ha sido claro, ha cubierto todos los elementos del tipo penal con afirmaciones de hecho y ha podido situar al imputado como participante, la defensa no tendrá alegación posible en este punto (recordemos siempre, y a continuación lo veremos, que habrá otros momentos de discusión).

Realizado el relato del hecho de parte de la acusación y asumido el conocimiento de parte de la defensa, si el supuesto material ha quedado acreditado, el juez debe dar la palabra a la acusación para iniciar el segundo momento de discusión.

3.1.5.2. Peligro procesal

Este segundo momento será para la discusión del peligro procesal y la medida cautelar solicitada. Nuevamente será la acusación la que realice su presentación fijando, como decíamos líneas arriba, la **pertinencia** de la discusión (por ejemplo: si la acusación solicita la medida cautelar por peligro de obstaculización, no será pertinente una argumentación de la defensa en sentido que no existe peligro de fuga, ya que ese peligro no ha sido alegado por la acusación). Recordemos en este punto que, desde la acusación, es importante ser sistemático y concreto. Una exposición ordenada podría realizarse de la siguiente forma:

- Identificar claramente cuál es la medida cautelar solicitada y cuál el peligro procesal alegado.
- Establecido el peligro procesal (teoría jurídica puntual para la solicitud de medida cautelar) establecer cuáles son los extremos de hecho que llevan a la acusación a afirmar que efectivamente existe ese peligro (teoría fáctica concreta para la solicitud de medida cautelar).
- Fundamentar la proporcionalidad de la medida cautelar solicitada respecto a la magnitud del riesgo procesal acreditado.

Establecidos esos extremos, el juez dará la palabra a la defensa para que se pronuncie sobre la solicitud de la acusación. Como decíamos, la acusación ya ha fijado la pertinencia y esto implica una obligación de rigurosidad de parte de la defensa, que no tiene este tiempo para hablar de lo que en ese momento venga a su mente, sino que tiene que referirse puntualmente a los extremos fácticos alegados por la fiscalía. Las posiciones que podría adoptar la defensa serán:

a) La no procedencia de la medida cautelar en virtud a la inexistencia del peligro procesal alegado;

b) la procedencia de una medida cautelar menos gravosa asumiendo que existe el peligro procesal pero que la proporcionalidad manda que la medida sea menor; o

c) la procedencia de la medida cautelar en virtud a que no existe ningún elemento que permita cuestionar la petición de la acusación (evidentemente este es un caso improbable, pero puede llegar a darse bajo determinadas circunstancias).

Entiéndase que éstas son posiciones alternativas que la defensa puede tomar y que **la opción por una u otra debe haber sido decidida con anterioridad a la audiencia.**

Sería totalmente incoherente una defensa que concurre a la audiencia negando la existencia del peligro procesal para luego solicitar una medida sustitutiva a la detención preventiva. Y esto resulta una cuestión fundamental que los litigantes desde la defensa deben tener clara: **siempre que el defensor solicite la aplicación de una medida sustitutiva, está asumiendo la existencia del peligro procesal y discutiendo la proporcionalidad.**

En muchas audiencias se observa que el defensor comienza su argumentación diciendo que *"no existe peligro procesal por las razones que paso a exponer..."* y culmina solicitando que se aplique una medida sustitutiva a la detención preventiva. El litigante debe ser cuidadoso con incurrir en ese error, puesto que éste resta fuerza a la argumentación de la defensa.

Si la defensa va a solicitar la aplicación de una medida sustitutiva, debe partir de asumir los hechos que considere que efectivamente están acreditados tal y como los ha relatado la acusación, pero cuestionando el valor que la acusación les ha dado para la solicitud de medida cautelar.

En el ejemplo que venimos analizando, la defensa en lugar de negarse a la existencia del peligro de fuga podría iniciar su argumentación estableciendo que *"Si existe peligro de fuga, pero ese peligro es mínimo y veamos por qué: si bien es cierto que mi defendido no tiene un domicilio conocido, no cuenta con muchas personas que lo conozcan ni con familia en la ciudad, no concurre en forma permanente a su fuente de trabajo sino que lo hace de acuerdo a su necesidad, no es menos cierto que su situación socio económica actual no le permite ni siquiera alquilar un cuarto en forma permanente para vivir dignamente; mucho menos cuenta con posibilidades para emprender una fuga. No tiene antecedentes penales y la pena que enfrenta en caso de resultar condenado en un juicio no es alta, por lo que no parece tener desde ese ámbito un incentivo que le haga pensar en escapar. La circunstancia de no contar con demasiados amigos hace que sea bastante improbable que encuentre un lugar donde esconderse y, adicionalmente, se ha presentado a todas las citaciones que se le han formulado desde que se inició la investigación. En función a ello y para tranquilidad de la*

acusación, desde la defensa solicitaremos que se imponga un arraigo y la obligación de presentarse semanalmente a la fiscalía, por considerar que sí existen los extremos que la acusación ha relatado pero que no son suficientes como para imponer una detención preventiva sopesándolos con los argumentos recién expuestos desde esta parte".

El lector puede observar en este ejemplo cómo, a partir de asumir una actitud distinta a la de "negar todo lo que afirma la contraparte", pueden obtenerse resultados más provechosos para el defendido, ya que el juez que escuche esta argumentación tendrá, al menos, que realizar un esfuerzo bastante significativo si desea imponer de todas formas la detención preventiva, ante la redimensión que ha dado la argumentación de la defensa.

La estrategia de litigar la libertad irrestricta o la detención preventiva es peligrosa; si bien todos los defensores deben buscar que su defendido tenga la menor cantidad de inconvenientes posibles, es necesario asumir que esa posición (o libertad o detención) genera, al menos, estos inconvenientes:

- Priva al juez de la información relevante que le podría servir a los efectos de tomar la decisión de una medida cautelar sustitutiva de la detención preventiva. Al litigar al todo o nada, se deja al juez con la información necesaria únicamente para tomar una de estas decisiones y esto perjudica la posibilidad de aplicación de una medida **proporcional.**
- El litigante pierde credibilidad ante el juez, pues su estrategia de "libertad en cualquier caso" o "detención en cualquier caso" creará una percepción de que el litigante no busca que el proceso continúe, sino que únicamente quiere "ganar" sin dar mayor importancia a las particularidades del caso que se esté litigando.

3.1.5.3. Tiempo de duración de la medida

Finalmente, quisiéramos llamar la atención sobre un punto que no se discute frecuentemente en la actualidad, pero que consideramos de gran importancia para la imposición de medidas cautelares: **el tiempo de duración de la medida**. Si bien no siempre la legislación hace referencia a este punto, no es menos cierto que no existe una prohibición al respecto por lo que creemos que es perfectamente sostenible que este aspecto debe ser discutido en la audiencia.

El fundamento para la discusión del tiempo de duración de la medida cautelar tiene que ver con su finalidad: se imponen medidas cautelares debido a que el sistema pretende lograr cumplir los fines del proceso cuales son averiguar la verdad y aplicar la ley penal sustantiva.

Si la acusación considera que para el cumplimiento de esos fines debe restringirse la libertad de la persona perseguida penalmente en forma previa al juicio y la probable sentencia, generalmente será **en virtud a que debe concluir la investigación** para lograr contar con los elementos de prueba suficientes para demostrar su caso en un juicio. Parece razonable, en ese contexto, que el juez sepa cuánto tiempo precisará la acusación para concluir esa investigación y presentar su acusación y, en función a ello, se determine un tiempo preciso de duración de la medida cautelar (sujeto a las revisiones que sean necesarias y a las posibles ampliaciones dentro de los plazos fijados por la ley). De esta forma, se permite generar una obligación a la acusación en sentido de **culminar las investigaciones** (no podemos dejar de observar que en la actualidad muchas personas que se encuentran en detención preventiva por meses no han visto avanzar la investigación seguida en su contra prácticamente en nada desde el momento en que se dictó la medida cautelar). Esto tiene relación con la "tranquilidad" que la acusación tiene al poner a la persona en prisión: preso el imputado, no sufrirá presiones sociales para llegar a juicio, ya que puede responder cuantas veces le pregunten que el imputado está en la cárcel.

Con la fijación de un tiempo de duración de la medida cautelar se abre un nuevo espacio para el ejercicio de derecho de defensa en el que puede también obtener resultados positivos en dos ámbitos: por un lado, logra que si el juez decide la imposición de una medida cautelar, al menos que sea por el menor tiempo posible y por el otro, al tener un tiempo concreto de duración de la medida cautelar, tiene también un tiempo estimado de duración de la investigación y realización del juicio.

La división de la audiencia en estas tres fases de discusión tiene su fundamento principal en la posibilidad de permitir efectivamente el ejercicio del derecho de defensa del imputado. Hemos dicho que la primera fase será, probablemente, la que menos discusión genere, porque generalmente la acusación estará en capacidad de acreditar sin mayores problemas el supuesto material; pero puede suceder que esto no sea

así. Puede darse el caso, por ejemplo, de que en una imputación con múltiples personas, uno de los imputados no haya estado efectivamente en el lugar de los hechos y, por tanto, contra él no pueda acreditarse el supuesto material. La defensa debe tener la posibilidad de discutir estos asuntos de inicio y de tener una resolución al respecto, para no entrar en contradicciones en su propia argumentación, nótese que sería muy complicado para la defensa afirmar que *mi defendido no fue, pero no existe peligro de fuga* ya que la segunda afirmación implica que la primera es falsa (¿por qué nos habla del peligro de fuga si nos está diciendo que su defendido no estuvo en el lugar de los hechos?).

Esta discusión escalonada, moderada por el juez, puede generar de una parte un mejor ejercicio del derecho de defensa y, de otra, audiencias más controladas desde el punto de vista de los puntos debatibles y los impertinentes.

3.2. El rol de cada uno de los actores en las audiencias de medidas cautelares

Procede a continuación hacer una breve referencia a la tarea puntual de cada una de las partes en una audiencia de medida cautelar. Ya se ha desarrollado con bastante detalle el grueso de la actividad y la dinámica que estas audiencias deben tener, pero creemos necesario hacer algunas puntualizaciones sobre el accionar concreto de acuerdo a cada rol en el proceso.

3.2.1. Acusación

Como sabemos, el Ministerio Público Fiscal se rige por el **principio de objetividad**, lo cual implica que no es un acusador a rajatabla sino que debe asumir responsabilidad de esclarecer los hechos y, en casos en que el imputado no sea responsable, cesar en su persecución.

Sin embargo, esto no puede confundirse con una obligación de esquizofrenia de parte de la fiscalía: no podemos pretender que el fiscal cumpla la tarea de acusar y defender al interior de un proceso. Consideramos que desde el momento en que la acusación solicita una medida cautelar, está tomando posición en sentido que la persona imputada ha cometido un delito y, por tanto, su tarea debe orientarse a recolectar elementos que sirvan para probar esa hipótesis, no a defender al imputado.

En este contexto, uno de los desafíos principales para la acusación en una audiencia de medida cautelar es posibilitar el ejercicio del derecho de defensa sin comprometerse más allá de lo debido.

Esto quiere decir que, por una parte, debe realizar un relato del hecho completo, que permita a la defensa observar que hay hechos subsumibles en cada uno de los elementos del tipo penal; pero, de otra parte, ese relato del hecho debe ser lo suficientemente escueto como para no comprometer la prueba de hechos que aún no se sabe si cuentan con ese respaldo probatorio. Insistimos en un punto: no se trata de asumir una acusación que engañe a la defensa, pero sí de generar estrategias de litigación y **contar con una acusación que no se comprometa más allá de lo que pueda probar posteriormente**.

Esta será una de las tensiones permanentes en una audiencia de medida cautelar: una acusación que brinda poca información y una defensa que reclama la apertura de esa información.

Por otra parte, al seguir la línea presentada en sentido de aprovechar las herramientas y elementos con los que efectivamente se cuenta, la acusación debe ser la que más trabajo dedique a preparar argumentaciones sobre la base de los escasos elementos que pueda obtener en el tiempo previo a la audiencia de medida cautelar. Esta no es una tarea fácil, pero tampoco es imposible. Recordemos que el lenguaje del litigante es el lenguaje de los hechos y, en ese sentido, la acusación debe aprender a presentar los hechos de forma tal que den asidero a las peticiones que realice, y no como fragmentos desconectados unas de otras.

Finalmente, el **gran desafío** desde la acusación es **racionalizar el uso de medidas cautelares**. El análisis sobre la excepcionalidad y la proporcionalidad deben estar siempre presentes a la hora de determinar si procede o no solicitar una medida cautelar, de forma tal de **devolver al régimen de medidas cautelares su finalidad original y evitar convertirlo en un placebo para no asumir la responsabilidad de realizar juicios donde se logren condenas verdaderas**.

3.2.2. Defensa

Con relación a la defensa, es importante que el trabajo que desde aquí se realice siempre se planifique desde la óptica de la acusación. Esto quiere decir que para planificar la estrategia de defensa, en primer término debe tratar de establecerse cuáles serán los argumentos y peticiones que formulará la acusación, de forma tal de no planear en vacío la defensa. No debe perderse de vista que **la pertinencia es un límite que fija la acusación al establecer los puntos de discusión, y es sobre ellos sobre los que la defensa debe prepararse**.

Una cuestión a considerar es que el defensor debe estar más atento al cumplimiento de los requisitos de cada fase de la audiencia (por ejemplo que se haga un relato que contenga todos los elementos del tipo penal al momento de la fundamentación de existencia del supuesto material) que a tratar de ingresar con argumentaciones por fuera de lo establecido (por ejemplo, intentar discutir cuestiones de prueba en la primera fase de discusión).

Por otra parte, es importante que el defensor esté atento a las promesas que haga la acusación en el sentido que se desarrolló previamente: esta audiencia no es un fragmento aislado sino que forma parte del proceso, y si la acusación dice que necesita encontrar a 50 testigos y transcurre el tiempo de detención o de la medida que se trate y no aparece ni uno, entonces puede cobrarle esa inactividad logrando una situación favorable para su cliente.

También debe recordarse, sobre la base de los ejemplos ya estudiados, que ser **un buen defensor no es oponerse a todo, sino buscar la solución más favorable al defendido de acuerdo a los elementos que realmente tenga en su poder y conocimiento**. Es resumen, un buen defensor siempre maneja su trabajo sobre el principio de buena fe.

Finalmente, la defensa también tiene un rol importante para la racionalización del uso de las medidas cautelares, al que pueden servir las prácticas que hemos relatado previamente pero que también tiene que ver con impulsar en forma permanente controles sobre la actividad de la acusación y la funcionalidad de la aplicación de medidas cautelares para mejorar los procesos o para legitimar malas prácticas.

3.3.3. Juzgador

En el caso del juzgador, dos son sus tareas: conducir la audiencia y decidir las peticiones formuladas. Con relación a la conducción de la audiencia, el juez debe ejercer una "amable firmeza"; esto implica que sin convertirse en un juez autoritario debe aclarar a las partes desde el inicio que no permitirá que las discusiones se salgan del contexto en el que están planteadas y de los fines para los que la audiencia ha sido convocada.

Una buena práctica, desde el juzgador, es establecer de inicio las "reglas de juego", lo cual implica comunicar a las partes, como primera actuación antes de comenzar con el debate, cuáles serán los momentos de la audiencia, qué se discutirá en cada momento y qué no podrá discutirse. Establecer los momentos en los que el juez intervendrá de oficio (por ejemplo, cuando alguna de las partes está ingresando en terrenos impertinentes a los fines de la audiencia) y qué conductas no estarán permitidas (por ejemplo, elevar el tono de voz, insultar a la contraparte o al tribunal, etc.). De esta forma, las partes ya están advertidas sobre cómo debe ser su accionar y, llegado el caso, las llamadas de atención o sanciones que el juez pueda imponer tendrán una discusión menor ya que se advirtió previamente sobre las obligaciones que cada uno tenía en la audiencia.

Controlar los tiempos es también importante desde el punto de vista del juez. Somos conscientes de que el juez no puede establecer previamente tiempos de intervención, pero sí tiene la potestad de interrumpir a la parte que está siendo redundante en su exposición o impertinente en su argumentación (nuevamente, no se trata con esto de recomendar acciones autoritarias, pero en aquellos casos en que un juez nota que la parte se está repitiendo en los dichos, puede interrumpirla para decirle que el extremo al que se refiere ya ha quedado claro y que si tiene algo más que agregar proceda con el siguiente punto, por ejemplo). A partir de este ejercicio, pueden lograrse audiencias más ordenadas con información de mayor calidad puesta al servicio de la decisión.

Solemos afirmar que la función del juez en una audiencia es casi pedagógica, ya que al dirigir la audiencia está también conduciendo a las partes; en este sentido es importante que el juzgador asuma la responsabilidad de lograr audiencias de calidad, exigiendo preparación de parte de los litigantes e impidiendo la improvisación en el tribunal.

En cuanto a la decisión, es en ese momento donde se ve desde la óptica del juzgador la importancia de haber recibido hechos desde las partes. De la misma forma que durante todo el capítulo hemos establecido que las partes no pueden decir que *existe peligro de fuga porque el imputado se va a fugar*, lo propio sucede con la decisión del juez: **si el juez decide imponer una medida cautelar, debe tener elementos fácticos que le permitan afirmar que cada uno de los requisitos establecidos por la legislación se han cumplido en este caso concreto, porque existen proposiciones fácticas que acreditan la existencia del hecho**, la participación del imputado, la existencia de un determinado peligro procesal y la necesidad de una determinada cautela. **Sin una explicación clara, desde los hechos del caso, de la decisión del juez, esa decisión resulta recurrible**. Por ello, parte de la función pedagógica del juez debe pasar, necesariamente, por exigir a las partes que expliquen su caso en concreto y no a través de abstracciones.

A partir de estas exigencias y prácticas, consideramos que el juzgador también se convertirá en un agente de racionalización en el uso de las medidas cautelares.

3.3. Herramientas de comprensión de los fines de la audiencia de medidas cautelares

3.3.1. Fundamentos del régimen de medidas cautelares

Los fines tradicionales del proceso penal se constituyen a partir de la necesidad de averiguar la verdad y aplicar la ley sustantiva. La verificación de las condiciones de procedencia de la pena estatal, está en permanente tensión con la obligación estatal de evitar toda afectación a los derechos y garantías del imputado; esta tensión, debe resolverse en el proceso penal posibilitando el más amplio cumplimiento de los derechos del imputado pero generando, a la vez, mecanismos que aseguren que el proceso penal culminará, cumpliendo su fin.

Cuando la resolución que el proceso penal da a esta tensión pone mayor peso en la aplicación de la pena que en el respeto por los derechos del imputado, estamos ante un modelo autoritario de procedimiento penal; ejemplos de esto encontramos en aquellos sistemas que siguen manteniendo la detención durante la investigación como la regla, sin

generación de ningún tipo de alternativas que permitan al imputado aguardar su juicio en libertad; otro ejemplo de este tipo de sistema está dado por aquellos procesos que no fijan ningún tipo de límite temporal, permitiendo que el proceso no tenga prácticamente fin y que la incertidumbre pese sobre la persona perseguida sin ningún tipo de respuesta ni para ella, ni para la víctima del conflicto.

La tendencia de la reforma procesal penal en América Latina en general, ha sido la de posibilitar una resolución equilibrada de esa tensión, donde los derechos de la persona perseguida penalmente son reconocidos y se establecen mecanismos concretos para el reclamo de su respeto pero, a la vez, se mantienen ciertas herramientas que permiten que, llegado el caso de precisarlas, la persecución penal pueda hacer uso de ellas a los fines de cumplir los fines procesales.

Entre estas herramientas procesales, surge el régimen de medidas cautelares, como aquellas medidas que la acusación podrá solicitar para restringir en distintos grados la libertad del imputado cuando éste ponga en riesgo la consecución de los fines del proceso. El fundamento para la imposición de una medida cautelar determinada será, entonces, la necesidad de resguardar el cumplimiento de los fines del proceso y, por ello, sólo podrá imponerse en la medida en que existan acciones de parte del imputado que pongan en riesgo la averiguación de la verdad (tradicionalmente a partir de la intimación a testigos o la destrucción de pruebas materiales) o la aplicación de la ley penal sustantiva (sustrayéndose del proceso e impidiendo la realización del juicio).

3.3.2. Medidas cautelares y garantías constitucionales

Por restringir, limitar o afectar un derecho fundamental como es la libertad de la persona, las medidas cautelares deben ser utilizadas en forma excepcional y siempre velando por el respeto a las garantías constitucionales del imputado. Para ello, la regulación legal debe ser específica al determinar los requisitos para su procedencia y regular los principios que deben regir su aplicación.

Es importante, y veremos aquí la dificultad que se presenta en nuestro sistema, que la utilización del régimen de medidas cautelares no vulnere la garantía constitucional del juicio previo. Recordemos que la garantía de juicio previo implica que nadie puede sufrir de una pena sin haber te-

nido un juicio oral, público, contradictorio y continuo. Cuando la medida cautelar de detención preventiva comienza a aplicarse como una regla de procedimiento de facto, como parece suceder en varios sistemas de la región por estos días, donde los detenidos preventivos superan en número a las personas condenadas, la detención preventiva pasa de ser una medida estrictamente procesal a convertirse en una pena anticipada.

Por ello, la regulación legal en una primera instancia, y la revisión judicial estricta de la existencia de los requisitos en cada caso concreto, son obligaciones inquebrantables para mantener un cierto equilibrio que permita mantener a la medida cautelar en su finalidad procesal de cumplimiento de los fines de averiguación de la verdad y aplicación de la ley penal sustantiva.

En nuestros sistemas, adicionalmente, debe considerarse que salvo contadas excepciones hasta la fecha no existen recintos diferentes para alojar a condenados y procesados, por lo que todos los detenidos se encuentran sometidos prácticamente a las mismas condiciones de detención haciendo aún más invisible esa distinción entre medida de carácter procesal y pena efectiva. Entonces, una primera exigencia desde la garantía del juicio previo es la de **no convertir a la detención preventiva en una pena anticipada** y mantenerla en su estricto carácter procesal.

Una segunda garantía que entra en juego cuando se establece un régimen de medidas cautelares, es la de inocencia a la que podríamos definir como una valla frente a la arbitrariedad y la aplicación de la pena de sospecha. Para aplicar una sanción, la acusación deberá realizar un trabajo de construcción de certeza con relación a la responsabilidad penal de la persona, caso contrario, la garantía de inocencia siempre prima y la persona debe mantener su libertad.

En función a esta garantía y a sus implicaciones en el proceso es que suele cuestionarse fuertemente la aplicación de medidas cautelares, ya que significarían la aplicación de una sanción a un inocente. Sin embargo, de una parte debemos recordar lo mencionado con relación al juicio previo: la medida cautelar es una herramienta procesal y no una sanción, y en tanto se mantenga en ese cause, puede aplicársela sin vulnerar, en principio, la garantía de inocencia. Por otro lado, recordemos la necesidad de resolver la tensión entre el respeto por los derechos del imputado y la verificación de las condiciones para aplicar la ley penal

en forma equilibrada: este equilibrio implica respetar los derechos de la persona perseguida penalmente, pero también manda darle herramientas a la acusación para la averiguación de la verdad.

A partir de esas afirmaciones, la aplicación de una medida cautelar debe ser controlada desde varios aspectos: por una parte, deben verificarse los requisitos establecidos por la ley para posibilitar la medida cautelar; adicionalmente, la acusación debe demostrar que precisa de la aplicación de esa medida cautelar para lograr su investigación, ya que de otra manera no podrá seguir adelante; este punto es el que distingue a la medida cautelar de la sanción, la medida cautelar se solicita desde una necesidad instrumental de lograr la investigación para presentar un caso y solicitar la imposición de una sanción. La medida cautelar no puede solicitarse sin ese sustento, cual si fuera una pena, porque allí sí estaríamos ante una flagrante violación al principio de inocencia en juicio. Y en función a estas dos cuestiones, parece deducirse sin demasiado problema que la temporalidad en la aplicación de la medida cautelar es de fundamental importancia: si esta se solicita para lograr mejorar la investigación, la acusación no puede hacer esa solicitud y luego relegar el caso al olvido, sino que a partir de la obtención de la medida debe agilizar la investigación de forma tal de presentar su caso a juicio a la brevedad posible. Estas exigencias deben cumplirse para no ingresar en un conflicto, al aplicar una medida cautelar, con la garantía de inocencia del imputado.

Veamos, a partir de lo hasta aquí expuesto, algunos principios necesarios a tomar en cuenta para la imposición de medidas cautelares.

3.3.2.1. El peligro procesal no se presume

La ley de procedimientos fijará, de acuerdo a la regulación específica, cuáles son los requisitos generales para la aplicación de medidas cautelares. Pero estos requisitos no pueden entenderse como existentes en todos los casos, ya que ello sería violatorio de la garantía de inocencia.

El tribunal debe, en cada caso concreto, atendiendo a las circunstancias fácticas ciertas presentadas por los litigantes, formular un juicio sobre la existencia probable del peligro que genera la necesidad de aplicación de una medida cautelar. Nótese la relación de este principio con lo que hemos relatado como trabajo de las partes en la audiencia de medida cautelar: si los litigantes no entregan proposiciones fácticas, afirmacio-

nes de hecho que permitan al juez verificar esa existencia en concreto, el juez no puede disponer la aplicación de una medida cautelar en función a este principio y su vinculación con la garantía de inocencia.

3.3.2.2. Excepcionalidad

El principio de excepcionalidad surge directamente de la combinación entre el derecho de toda persona a la libertad ambulatoria y la prohibición específica en el ámbito penal de aplicar una pena antes de obtener una sentencia condenatoria firme, es decir, la garantía del juicio previo.

La obligación general que impone el principio de excepcionalidad es el de aplicar siempre la medida menos gravosa, incluso en aquellos casos en donde las medidas discutidas no involucren la privación de libertad, siempre se debe optar por la que perjudique menos el derecho del imputado a esperar su juicio libre.

Este principio genera distinto tipo de obligaciones que es importante tener en cuenta a la hora de analizar el régimen de medidas cautelares:

Al Poder Legislativo, cuando regula un régimen de medidas cautelares, en sentido de fijar varias y diversas formas de cautelar los fines del proceso y no sólo estableciendo la detención (si se fija una sola medida es imposible luego determinar cuál es la procedente en cada caso concreto, ya que no existirán posibilidades alternativas).

A los Tribunales, en cada caso concreto en el que intervienen, explicando en su decisión a la luz de este principio cuáles fueron los criterios que llevaron a seleccionar la medida impuesta por sobre las otras posibles.

3.3.2.3. Proporcionalidad

Este principio se establece con la finalidad de impedir que, aún en los casos de encierro admisible, la persecución penal inflija a quien la soporta un mal mayor que la propia reacción del estado en caso de condena. En tanto esa es la limitación que impone el principio de proporcionalidad, se traduce en la práctica en:

a. La prohibición de aplicar una medida cautelar de privación de libertad en aquellos casos en que no se espere, en el supuesto de una condena, una pena privativa de libertad;

b. cesación de la medida cautelar cuando el tiempo impuesto equivalga o supere el tiempo de pena esperado para el delito perseguido;

c. obligación de establecer, de acuerdo a los elementos concretos del caso presentado, la medida que resulta adecuada para impedir que el peligro procesal se efectivice. En este punto la tarea de las partes en el debate que se dará en la audiencia de solicitud de la medida resulta de fundamental importancia en cuanto la calidad de la información que proporcionen determinará la decisión del juez.

3.3.2.4. Provisionalidad

Este principio establece que la medida cautelar debe tener una limitación temporal. En primer término, es necesario asumir que la medida debe cesar no bien cesen las causas que la justificaron. Si, por ejemplo, se solicitó una detención preventiva por la existencia de peligro de obstaculización de la verdad en función a que el imputado ha amenazado a un testigo para que no declare y se ha logrado la declaración anticipada de este testigo, ya no tiene sentido continuar con la medida cautelar en tanto la prueba ha sido obtenida.

Puesto en otras palabras: la desaparición de un requisito de una medida cautelar originalmente legítima, determina a partir del momento de la desaparición, la ilegitimidad de la medida.

Esto también establece la obligación de establecer un límite temporal a la detención preventiva que en el caso de nuestro país se ha establecido en dieciocho meses sin condena y veinticuatro meses con condena no firme.

Pero dentro de este límite es importante también recordar lo que se mencionara al momento de describir la audiencia, en sentido de la necesidad de discutir en concreto la duración que se precisa para la medida cautelar.

4. AUDIENCIA DE CONTROL DE APLICACIÓN DE UN CRITERIO DE OPORTUNIDAD

Aclaración previa

A partir de este punto y hasta referirnos a la exclusión probatoria, pasaremos a analizar un tipo de audiencias que hemos definido, al inicio del Manual, como de carácter más conciliatorio que la audiencia descrita en el punto anterior. En este sentido, quizá resulte reiterativo hacer una referencia a cada una de ellas en particular, pero hemos considerado importante la división en función a que si bien el accionar de las partes puede ser coincidente en cuanto a la forma de presentarse en la audiencia, es importante considerar que estamos hablando de cuatro cuestiones diferentes en los siguientes apartados:

a. **Facultades discrecionales del Ministerio Público** otorgadas por la ley. Este es el caso de esta primer audiencia que analizaremos, referida al criterio de oportunidad como excepción al principio de legalidad procesal. En este caso, la ley ha determinado que bajo determinadas circunstancias que se encuentran específicamente reguladas, el Ministerio Público Fiscal puede decidir la prescindencia de la persecución penal. En principio, en este caso no requiere ningún consenso sino que es una decisión que está dentro de su ámbito de facultades. Sin embargo, como veremos en el desarrollo de este apartado, pueden encontrarse algunos casos en los que el criterio de oportunidad se desvirtúe en su finalidad y es allí donde aparece la necesidad de control jurisdiccional para verificar que nos encontramos en los límites establecidos por la norma para su uso.

b. **Mecanismos alternativos al juicio.** Este es el caso de la suspensión condicional del procedimiento y la conciliación, como alternativas al juicio donde la reparación del daño causado aparece como un elemento más importante que la sanción estatal y, en función a ello, ante la existencia de un acuerdo entre los protagonistas del conflicto y la posibilidad legal de procedencia de alguna de estas dos alternativas, la acción penal se extingue. A diferencia del criterio de oportunidad, en este caso la decisión no es autónoma del Ministerio Público Fiscal, sino que debe partir de

un consenso entre las partes. Esto no debe entenderse en sentido que debe realizarse un largo y burocrático proceso de reuniones previas entre la acusación y la defensa para arribar a este consenso, sino que debe considerarse a la hora de realizar el análisis del caso como una posibilidad y, llegado el momento de la audiencia, la acusación debe tener clara cuál es su necesidad y su posibilidad de negociación al igual que la defensa; en otras palabras: quince minutos antes de producirse una determinada audiencia puede arribarse a un acuerdo si las partes tienen claros sus puntos a negociar y los puntos a solicitar a la contraparte. Aquí aparece como una necesidad el contar con una defensa activa, clara en el análisis de los casos, que pueda impulsar estas salidas en aquellas circunstancias en que el Ministerio Público Fiscal no lo haya planteado como una opción (siempre partiendo de la base de la importancia de arribar a acuerdos que satisfagan a ambas partes).

c. **Mecanismos simplificados.** Es el caso del procedimiento abreviado, encontramos una forma simplificada de juicio, ya que a diferencia de lo que sucede con los mecanismos anteriores, en este caso se aplicará una pena concreta al finalizar la audiencia, siguiendo determinadas reglas establecidas por la norma. En este caso estaremos en una audiencia con características más controversiales que las anteriores, pero sin embargo volvemos a encontrar el elemento de consenso de voluntades, por lo que también asumiremos una lógica de acuerdo previo entre las partes que puede facilitar el desarrollo de la audiencia y poner en cabeza del juez, esencialmente, la responsabilidad de verificar que ese acuerdo ha sido voluntario y que se da en los límites de lo reglado por la normativa.

d. **Exclusión probatoria.** En este caso, como hemos señalado, la posición de las partes es la que varía ya que a diferencia de la dinámica usual, donde el Ministerio Público Fiscal solicita las decisiones y la defensa se opone, aquí es la defensa la que viene a cuestionar un accionar del Ministerio Público, quedando este en posición de defender la legalidad de su actuación. Ello varía no sólo el orden de las intervenciones sino también las responsabilidades de los litigantes, ya que quien realiza una solicitud tiene la obligación de acreditar la procedencia de ésta (es decir: así como el Ministerio Público tiene que acreditar que existe supuesto material y peligro

procesal para la aplicación de una medida cautelar, en este caso la defensa tendrá que acreditar la existencia concreta de un agravio para la persona imputada a partir de un accionar del Ministerio Público en forma ilegal). Esta audiencia, siendo a nuestro entender la más específica en términos de discusión, ha permitido que la práctica del litigio indirecto y la dilación del procedimiento a partir del mismo se imponga en varios sistemas procesales. Por ello hacemos un tratamiento especial en términos de fundar nuestra posición y, en la medida de lo posible, impulsar nuevas prácticas que permitan redimensionar la posibilidad de exclusión de prueba y el comprender el momento para tal finalidad.

4.1. Dinámica de la audiencia

Como mecanismo discrecional del Ministerio Público Fiscal, existe una cierta tendencia a considerar que la aplicación del criterio de oportunidad debería ser una cuestión básicamente controlada en cuanto a su formalidad. En función a ello, se ha sostenido incluso que no es necesaria la realización de una audiencia para tal fin. Sin embargo, esto no resulta tan claro cuando se analizan las consecuencias prácticas de la aplicación de este mecanismo y las problemáticas que pueden presentarse en su utilización.

La consecuencia del uso del criterio de oportunidad es la extinción de la acción penal, con diversas salvedades en cuanto al momento en que la misma opera, y que suelen realizar las legislaciones, pero en principio asumamos que una vez que el Ministerio Público Fiscal decide un criterio de oportunidad, está decidiendo la extinción, antes o después, de la acción, lo cual implica la imposibilidad a futuro de perseguir a la persona por este hecho.

En principio, ésta es una decisión válida de parte del Ministerio Público, que como hemos referido debe potenciar el uso de sus recursos analizando cuáles son los casos con relevancia y posibilidad de llegar a una etapa posterior del proceso; sin embargo, hemos detectado con el criterio de oportunidad tres cuestiones altamente problemáticas sobre las que debe prestarse especial atención:

- Aplicación de esta herramienta a casos que no configuran delito, como forma de descargar responsabilidad en casos que se han ingresado al sistema y luego, analizados en su contenido, se han visto

como casos no penales. Ante la posibilidad de recibir cuestionamientos en su labor (incluso procesamientos disciplinarios), los operadores han encontrado en el criterio de oportunidad una herramienta para *ocultar* en alguna medida su falencia de análisis inicial.

- Aplicación de la herramienta a casos que, constituyendo delito, no ingresan realmente en los supuestos establecidos por la legislación sino que requieren un procesamiento más detenido e, incluso, tendrían que llegar a juicio. Sin la existencia de un control efectivo de parte del juez, estos casos quedan en el olvido sin ninguna consecuencia y hechos que ameritarían una investigación de fondo son extinguidos sin mayor información.
- La temporalidad en la decisión. Como herramienta discrecional del Ministerio Público Fiscal, se esperaría que el criterio de oportunidad sea utilizado en los primeros momentos del proceso, de forma tal que su utilización sirva para descargar el trabajo de la fiscalía de aquellos casos que no tienen posibilidad de investigación y, de esa forma, se orienten los recursos a los casos que sí deben tener continuidad. Sin embargo, suele observarse que el criterio de oportunidad se utiliza con cierta frecuencia en procesos que llevan meses en el sistema, incluso en algunos que están a punto de extinguirse por transcurso de la etapa preparatoria. Esto lleva a pensar en la hipótesis de que esta herramienta no está siendo utilizada con su verdadera finalidad sino que está, nuevamente, supliendo falencias en la investigación: como no se realizan las tareas de investigación necesarias para ir con el caso a una etapa posterior, ni se exploran posibilidades de acuerdo con la contra parte para llegar a una solución alternativa, se aplica el criterio de oportunidad para suplir esas falencias.

Si bien las tres situaciones llevan a pensar en una responsabilidad en cabeza del Ministerio Público Fiscal, como institución que tiene la potestad de hacer uso de la herramienta, consideramos que esto no es del todo cierto ya que como se ha mencionado con anterioridad, el control de calidad del trabajo de una parte debe realizarlo la contraparte y esto no tiene que ver sólo con la litigación de cuestiones puntuales (el control sobre la procedencia o no de una medida cautelar, por ejemplo), sino que tiene también que ver con el control sobre el accionar de la

contraparte en el transcurso del proceso y la posibilidad de promover determinadas acciones cuando se está faltando a la obligación legal. La defensa puede oponerse a un criterio de oportunidad cuando busca aplicarse a un caso que no constituye delito, ya que en ese tipo de situaciones no se ha alcanzado siquiera el piso para comenzar a discutir dentro de un procedimiento penal; la víctima puede oponerse a la procedencia de un criterio de oportunidad cuando el hecho reviste una gravedad que lo pone por encima de los estándares fijados por la legislación; la temporalidad en la decisión de aplicar un criterio de oportunidad debe ser un tema informado en la audiencia de discusión de su procedencia, ya que es importante también comenzar a evaluar en qué momento se está haciendo uso de esta herramienta para medir el cumplimiento real de la finalidad con la que fue regulada.

En todas las situaciones descritas el juez jugará el rol de contralor y, por tanto, es necesario que las mismas se ventilen en una audiencia. De allí la importancia de tratar este tema en específico y determinar cuáles son las características propias de la audiencia de control de procedencia de criterio de oportunidad.

4.2. Momentos de la audiencia

4.2.1. Existencia del hecho y configuración del tipo penal

Instalada la audiencia el juez dará la palabra a la acusación para que realice una descripción del hecho y de su calificación jurídica. No volveremos sobre la forma en que debe describirse el hecho ya que la referencia a tal punto ha sido dada en la primera parte de este Manual y hemos referido también en extenso el tema al describir la forma de discusión del supuesto material en la audiencia de medidas cautelares.

Ahora bien, en función a uno de los problemas que describíamos al iniciar este apartado, a diferencia de lo que sostenemos con relación a las medidas cautelares en sentido de que rara vez la defensa irá a litigar sobre la existencia del supuesto material, en el caso del criterio de oportunidad consideramos que la defensa debe ser muy estricta en cuanto a la exigencia de pedir una descripción que de detalle de la existencia de todos y cada uno de los elementos constitutivos del tipo penal por el que el Ministerio Público Fiscal ha iniciado el procedimiento.

INICIADA LA AUDIENCIA EL JUEZ DARÁ LA PALABRA A LA ACUSACIÓN PARA QUE:

Como hemos mencionado, no son pocas las ocasiones en que el Ministerio Público Fiscal "sobre imputa", ya sea calificando como delito un hecho que no llega a tal categoría, ya sea usando un tipo penal más gravoso que el que correspondería para la calificación del hecho relatado. En función a ello, la defensa debe desarrollar una habilidad muy fina para detectar los casos en que el Ministerio Público está calificando como delitos hechos que no lo son, y pedir todas las aclaraciones que considere necesarias para llegar a la aplicación de un criterio de oportunidad. Aquí aparece nuevamente la importancia de tener en mente la teoría del caso y exigirla al Ministerio Público Fiscal: teoría fáctica, teoría jurídica y teoría probatoria. Si el Ministerio Público Fiscal concurre a la audiencia con una serie de abstracciones, afirmando que un delito se ha cometido, no estará cumpliendo con su obligación de presentar el sustento fáctico (las afirmaciones de hecho, proposiciones fácticas específicas) concreto para el caso en discusión.

Habrá quien sostenga que ante el resultado del criterio de oportunidad (extinción de la acción) no hay necesidad de que la defensa haga un trabajo de litigación contradictoria, puesto que el resultado para la persona defendida será en todo caso la libertad. Sin embargo, ésta es una concepción errónea, ya que el hecho de obtener la libertad por aplicación de un criterio de oportunidad en un caso que originalmente descrito no constituía siquiera un delito, es un indicador de mal funcionamiento tanto del Ministerio Público Fiscal como de la defensa y en función a ello debe llamar a la reflexión y a la acción sobre los funcionarios que utilizan estas medidas en esa forma no permitida por la ley. No podemos perder de vista que el principal contralor del trabajo del Ministerio Público Fiscal resulta siendo la defensa en un proceso adversarial, y de allí la importancia de controlar con calidad cuándo un hecho está entre los comprendidos por la legislación para proceder penalmente y cuándo esto no ocurre para, en el segundo caso, marcarlo claramente al juez a los efectos que tome la decisión correspondiente. Adicionalmente, en cuanto a consecuencias concretas para la persona imputada, también es de suma importancia ejercer el control ya que existen legislaciones que limitan la procedencia de un criterio de oportunidad cuando ha existido otro previamente en favor de la misma persona. Si la defensa permite que se aplique un criterio en un caso en el que en realidad debería darse un rechazo por

la inexistencia del delito, estará imposibilitando el uso de esa herramienta en un futuro posible para la persona imputada.

Ahora bien, el lector se preguntará cuál es la decisión correspondiente de parte del juez en este tipo de situación, dado que correspondería un sobreseimiento y esa es una medida que en la mayoría de las legislaciones de corte acusatorio está en cabeza del Ministerio Público Fiscal, no del juez de instrucción. Desde nuestro punto de vista, encontrándonos ante esta situación y estando en la posición del juez, dado que el Ministerio Público Fiscal ha solicitado una audiencia en un proceso penal y no ha podido acreditar con el relato de su hecho la existencia real de un posible delito (no ha cubierto los elementos del tipo penal con proposiciones fácticas), una vez puesto esto en relevancia a partir de las afirmaciones del defensor, el juez podría declararse incompetente para seguir viendo el caso, en función de que la legislación establece claramente cuáles son las competencias de un juez de etapa preparatoria y, entre ellas, en ningún caso hace referencia a conocer y tomar resoluciones en casos no penales.

Para recordar: en esta primera parte de la audiencia la función del Ministerio Público será presentar ante el juez el hecho sometido a procedimiento demostrando que él se subsume completamente en los elementos de determinado tipo penal. Si este relato es completo y la defensa acuerda con éste (que es la situación que habría de esperarse en este tipo de audiencias), se pasará a la siguiente fase. Si la defensa considera que el hecho planteado por el Ministerio Público Fiscal no constituye delito y ha existido una sobre imputación, deberá marcar concretamente las ausencias existentes para que el juez tome una decisión de acuerdo a lo que hemos afirmado en el párrafo anterior.

4.2.2. Tiempo transcurrido desde el conocimiento del hecho por parte del MP y la solicitud de criterio de oportunidad

Un segundo punto importante a establecer en esta audiencia (que no necesariamente debe verse como una "etapa" o "parte" de la audiencia, ya que bien podría ser parte del relato del hecho), es el vinculado con el tiempo que ha transcurrido desde que se comenzó el procedimiento y el momento en que se está aplicando el criterio de oportunidad. Esto obedece a varias razones:

- Consideramos que es importante para que el juez mida la calidad del trabajo del Ministerio Público Fiscal tener información para determinar cuál es el promedio temporal para el uso de esta herramienta, ya que si se comprobara que efectivamente la mayoría de los pedidos se realizan cuando la etapa preparatoria está al vencer, comprobaríamos que está siendo mal utilizada.
- En el mismo sentido, es importante para la evaluación que el juez realice del caso contar con el dato del tiempo, ya que en principio puede pensarse que una persona que lleva varios meses sometida a proceso penal estará más condicionada en su voluntad a asumir cualquier decisión que le sea propuesta de parte del Ministerio Público Fiscal y que signifique terminar con la persecución.

Si bien en principio es difícil pensar que un criterio de oportunidad no se autorice porque ha transcurrido demasiado tiempo desde el inicio del proceso, si consideramos que es obligación del juez verificar la calidad del trabajo del Ministerio Público Fiscal e independientemente de la procedencia en el caso concreto del criterio de oportunidad, determinar que se oficie a la autoridad de la institución en aquellos casos donde se compruebe que el criterio se ha utilizado para suplir falencias de investigación y evitar cumplimiento de casos.

4.2.3. Subsunción bajo una de las causales reguladas por la norma

Acreditada y resuelta la existencia de un hecho constitutivo de un tipo penal, el fiscal deberá acreditar ante el juez en cuál de las posibles causales se comprende el hecho en cuestión. Recordemos que las posibles causales frecuentemente establecidas son:

a. Escasa relevancia social y reparación del daño; esta causal está relacionada con la significancia del daño concreto en relación con los casos que persigue el Ministerio Público Fiscal. Por ejemplo: en algunos sistemas se establece la aplicación del criterio de oportunidad para los casos de hurtos cuyo valor económico no supere un monto de dinero que, de acuerdo al contexto concreto, sea insignificante.
b. Pena natural y reparación del daño; esta causal se vincula a los casos en los que el daño sufrido por el autor del delito es mayor

al que causó concretamente con su conducta. El ejemplo más usual para este tipo de casos es el del padre que no ve que su hijo está jugando en la puerta del garaje y lo atropella quebrándole una pierna al sacar su automóvil: si bien puede considerarse un delito culposo, el sufrimiento del padre es mayor a cualquier sanción que se pueda imponer.

c. Pena esperada carece de importancia con relación a la pena impuesta en otra causa; esta causal se utiliza mucho en sistemas donde está legalmente prohibido aplicar una pena mayor a determinada cantidad de años: si se está acusando a una persona por un homicidio agravado, por ejemplo, y además tiene una causa pendiente por estafa, es probable que la pena que se le aplique por el homicidio agravado llegue al máximo legal establecido y, por tanto, carece de sentido perseguirlo además por la estafa.

d. Previsible el perdón judicial; esta causal implica que aún cuando se le aplique una sanción, la persona no la cumplirá efectivamente porque por las características del hecho y del autor, se abre la posibilidad de aplicar un perdón (generalmente se da en casos de delitos menores con personas sin antecedentes).

e. Pena esperada carece de importancia con relación a la esperada en otros delitos o en un proceso seguido en el extranjero cuya extradición ha sido concedida; esta causal tiene igual sentido que la explicada en el punto c., pero en este caso el delito mayor está siendo perseguido por un sistema extranjero y el sistema nacional ha autorizado la extradición.

Es posible aclarar algo más. Tal vez sea mejor presentarlas como posibilidades atento que depende mucho en qué ordenamiento de Amércia Latina uno esté. Es más, en nuestro país no están previstas en el actual CP.

Al realizar el análisis del caso la acusación deberá evaluar, entonces, que el hecho en concreto pueda subsumirse en alguna de estas circunstancias. Como se observa, son cinco alternativas distintas en las que puede caer un caso en concreto. La tarea de la acusación será, en la audiencia, mostrar al juez cómo el hecho que ha relatado se comprende en alguna de esas circunstancias.

No estamos entonces ante criterios que puedan aplicarse matemáticamente a cada caso que se lleve a audiencia, sino que la acusación deberá mostrar el fundamento por el cual un caso se comprende allí.

Por ejemplo, si quiere la aplicación de un criterio de oportunidad en función de que el delito es de escasa relevancia social, podrá ser que esto opere en función a criterios generales establecidos por la autoridad del Ministerio Público Fiscal (por ejemplo, que no se persiguen hurtos con un valor inferior a un cierto monto de dinero, digamos por ejemplificar inferiores a U$S250); el fiscal deberá relatar el hecho estableciendo que el valor de la cosa sustraída es menor a esa cantidad (ya que ese es el punto que tomará para justificar la escasa relevancia), luego deberá establecer que es un criterio general del Ministerio Público Fiscal no perseguir ese tipo de delitos por considerarlos de escasa relevancia social y, adicionalmente, deberá dar la justificación de ese criterio general (por ejemplo, establecer que se ha tomado en función de que el estudio de las causas sometidas al conocimiento del Ministerio Público en los últimos años dio por resultado que el porcentaje de causas ingresadas con esas características podrían haberse resuelto por vías alternativas no judiciales con mejores resultados y en función a ello se ha determinado un programa de desjudicialización de estos casos acompañado de un programa de resolución alternativa de conflictos llevado adelante por una institución determinada). Lo importante en el ejemplo –importante para la presentación en audiencias– es que las partes deben dar al juez elementos concretos que funden la procedencia de determinado criterio ya que no pueden decir que el delito es "de escasa relevancia" porque es "poco relevante", sino que tiene que haber un contenido concreto para la "escasa relevancia".

Lo mismo sucede con los casos de pena natural. Si la persona imputada ha sufrido un daño a consecuencia del delito, debe relatarse concretamente cuál ha sido ese daño que justifica la aplicación del criterio. Así, si la persona imputada se cayó de la ventana por la que intentaba sacar las especies y sufrió una fractura en la pierna, debiendo permanecer internado y con yeso durante seis meses, la acusación podría fundar el criterio de oportunidad en que, por una parte, las especies se recuperaron y, por otra, la persona imputada sufrió en su integridad las consecuencias de su acción al tener que concurrir a un hospital, quedar internado, tener que permanecer con yeso durante dos meses y, adicionalmente, cubrir todos los gastos que esa acción le ocasionó.

Esto mismo debe realizarse con cada una de las causales que se seleccionen, en el caso concreto, para la procedencia del criterio de oportunidad.

La cuestión de la reparación

Algunas de las causales de procedencia del criterio exigen que, en adición a encontrarse en esa situación, la persona imputada repare o comprometa la reparación del daño a la víctima. En este entendido, es importante que la acusación, al momento de relatar cuál es la causal de procedencia, explique también la consistencia del acuerdo reparatorio y la posibilidad real de cumplimiento por parte de la persona imputada, de forma tal de brindar esa información necesaria al juez.

Sin embargo, aquí el juez deberá ser muy cuidadoso en términos de no interferir en el acuerdo reparatorio. La obligación del juez es verificar la voluntariedad de las partes para la realización de éste; no puede variar los términos por considerarlos injustos o cuestión por el estilo. Así, si en el caso de la tentativa de robo la víctima ha suscrito un acuerdo estableciendo que considera su daño reparado porque recuperó las especies y no quiere ninguna indemnización adicional, por más que el juez considere que eso no es justo, no puede involucrarse promoviendo que adicionalmente se le pague una indemnización a la víctima, porque no es un asunto de su competencia. Puede sí informarse sobre cómo se dio ese acuerdo, cuánta información recibió la víctima sobre sus derechos, pero no puede convertirse en "el abogado de los intereses de la víctima" si comprueba que ésta ha asumido ese compromiso en forma voluntaria e informada.

La situación de la víctima

De la misma forma que afirmábamos, al establecer la importancia de describir concretamente el hecho y su calificación, que allí la defensa debe estar atenta para evitar que se esté calificando penalmente un hecho que en realidad no constituye delito, en el caso de las causales de procedencia del criterio de oportunidad es la víctima (o su abogado) quien tendrá la oportunidad de manifestar su oposición si considera que la acusación está "sub dimensionando" la gravedad del hecho o sobre dimensionando alguna circunstancia que permita incluirlo en las causales del criterio de oportunidad. Ésto en función de que de la misma forma

que para la aplicación del criterio debe llegarse a un piso (debemos estar frente a un delito), la ley también ha fijado un techo (tiene que estar comprendido en las causales establecidas por la legislación) y si hubiera distorsiones, ya sea subiendo al piso cuestiones que están por debajo o bajando al techo cuestiones que están por encima, el criterio de oportunidad perdería su finalidad. Por ello, es importante que si la víctima desea manifestar su oposición el juez le de la oportunidad de hacerlo.

Sin embargo, en este punto debemos ser muy cuidadosos en sentido de la pertinencia, ya que la oposición de la víctima, en caso que exista, debe ser a partir del aporte de información de calidad que permita al juez verificar que el caso en concreto no puede ser incluido dentro de los casos posibles para el uso del criterio de oportunidad. Esto implica que la víctima no puede concurrir a la audiencia a decir "no porque no", no puede oponerse sobre la base de la nada, sino que debe aportar información que permita comprobar que la acusación no está dando todos los datos importantes para decidir el caso. Por ejemplo, en el caso de la escasa relevancia, si se trata de una víctima que habita en determinada zona geográfica donde todos los delitos de los últimos tiempos son contra la propiedad y en su mayoría no superan el monto que la acusación ha planteado como mínimo de acuerdo al criterio general sostenido por el Ministerio Público Fiscal, en tal caso el juez podría evaluar la no procedencia del criterio de oportunidad en función a que un criterio establecido a nivel interno en la institución no puede privar del derecho a acceder a la justicia a una población entera; o si en el caso de la tentativa de robo que terminó con la persona imputada con una quebradura, la víctima acredita que las especies no fueron recuperadas debido a que en la caída se rompió tanto el televisor cuanto el equipo de música y ahora ya no son utilizables, esto también podría significar una variación en la decisión judicial.

Lo importante será, entonces, aquí también aportar con hechos concretos que contribuyan a una mejor valoración de parte del juez.

4.3. El rol de cada uno de los actores en la audiencia de control del criterio de oportunidad

Como hemos venido mencionando, partimos de la base del ideal de este tipo de audiencias: el acuerdo y consenso previos. En ese contexto,

el ideal para la actuación de las partes sería sobre la base de un análisis del caso que les permita determinar de inicio que posibilidad hay de llevar el hecho concreto a un criterio de oportunidad.

Si eso puede ser dialogado entre la acusación y la defensa en forma previa, tanto mejor a los fines de realizar una audiencia expedita donde los acuerdos aparezcan claros. Pero si por cuestiones de tiempo, coordinación, carga de trabajo, etc., estas reuniones previas no pueden llevarse adelante, es importante también asumir que en la medida en que las partes tengan claridad sobre su caso, los acuerdos pueden efectuarse momentos antes de la audiencia sin demasiados inconvenientes. Si como litigantes hemos realizado un análisis y sabemos cuáles son nuestras posibilidades, la negociación con la contraparte será mucho más sencilla que si ante un planteo concreto tenemos que recurrir al estudio de todo el cuaderno de investigación.

4.3.1. Acusación

En el caso de la acusación, diremos que lo importante en su accionar es que el análisis del caso que lleve a la conclusión del criterio de oportunidad sea pertinente y no supletorio de malas estrategias anteriores. Por ello, al momento de plantear su teoría del caso la acusación debe estar muy clara en términos del tipo de hecho que se está pensando perseguir, preguntándose, de partida:

- ¿Constituye este hecho un delito? ¿Qué delito?
- ¿Existen proposiciones fácticas que cubran cada uno de los elementos del tipo penal?
- ¿Es un hecho de relevancia, que debe ser investigado y pasar a una etapa siguiente del proceso?
- ¿Es un hecho que pueda gestionarse por la vía de algunos de los criterios de oportunidad reglados en la legislación?

Es importante determinar desde el inicio del caso estas cuestiones, de forma tal de optimizar el uso del criterio de oportunidad en el sentido que venimos relatando: un criterio de oportunidad aplicado meses después de iniciada la investigación es un indicador de mal funcionamiento. En adición, es importante considerar la aplicación del criterio en función de iden-

tificar los hechos concretos que se aportarán en la audiencia para fundar la procedencia de éste sobre la base de qué causal de las establecidas por la legislación y a la claridad para el posible acuerdo previo con la defensa.

Durante la audiencia, como se ha mencionado, corresponderá a la acusación establecer la existencia del hecho y su calificación penal, la pertinencia del criterio en términos de temporalidad y la procedencia del mismo por corresponder a uno de las posibilidades establecidas en la legislación. Es importante notar que por las características de los casos que llegarán a criterio de oportunidad (relativamente simples en su mayoría) y las obligaciones de acreditación legal, el tiempo que tome a la acusación acreditar la procedencia, debería ser mínimo. Por el contrario, un fiscal que concurre a la audiencia a realizar una relación del expediente, contando todas las actuaciones que se han realizado, muestra desde el inicio que no tiene claros los objetivos de la audiencia.

Es importante también recordar que de acuerdo a algunas legislaciones, otro punto a acreditar por parte de la acusación en los casos ya señalados es la existencia de un acuerdo de reparación; por tanto, a la hora de presentar el caso en la audiencia, el fiscal deberá tener claro si está ante un supuesto que requiera esa información adicional y deberá tener claros los elementos de hecho que existan en el caso para acreditar la existencia de ésta.

Para evitar controversias, es altamente recomendable que la acusación cumpla con su obligación de dar aviso a la víctima sobre su decisión no en un sentido formal (una notificación al efecto) sino en un sentido sustancial, procurando que la víctima comprenda las razones para proceder por esta vía y acuerde con la posición de la acusación.

4.3.2. Defensa

En la defensa caerá gran parte de la responsabilidad por controlar que el criterio de oportunidad sea utilizado de acuerdo a su finalidad original. Quien ejerza la defensa deberá tener presente aquellas cuestiones que hemos identificado como problemáticas y, sobre todo, verificar que la acusación no ingrese al sistema penal casos que no constituyen delito.

Adicionalmente, como hemos venido diciendo, es importante que la defensa asuma una actitud proactiva en términos de buscar la aplicación

de criterios de oportunidad en aquellos casos que, llegados a su conocimiento y constituyendo efectivamente casos penales, puedan salir del sistema por la vía de la aplicación de un criterio de oportunidad. Aquí el gran desafío para la defensa es superar la forma de trabajo tradicional en sentido de "defender todos los casos de la misma forma", ya que si un defensor se encuentra frente a un caso que no tiene posibilidades de continuar en el sistema (ya sea por su escasa relevancia, ya sea porque el imputado tiene otros procesos, ya sea por cualquiera de las causales de procedencia de la oportunidad) y la acusación no ha promovido, es la defensa quien debería buscar el acuerdo con la acusación para lograr una solución pronta a ese caso.

En este sentido, podemos establecer dos necesidades de actuación para la defensa:

- De promoción, en aquellos casos que analizados desde la visión defensiva puedan gestionarse en forma eficiente con la aplicación de un criterio de oportunidad y, de esa manera, tener una solución pronta y oportuna (la mejor solución para el cliente, en el caso concreto);
- de control, en aquellos casos en los que, según su propio análisis, no existan elementos suficientes para proseguir con el proceso penal y, en consecuencia, la actuación de la acusación esté sobredimensionando un hecho no penal.

Adicionalmente, es importante que la defensa cumpla con la labor de informar a la persona imputada penalmente y conozca su posición y posibilidad efectiva en el caso a los efectos de:

- Acreditar la voluntariedad de la persona imputada de acceder al criterio de oportunidad habiendo sido informado de su consecuencia;
- cubrir, en aquellos casos en que corresponda, un acuerdo reparatorio para la víctima, que sea de cumplimiento posible sobre la base de su situación específica actual y no sobre la base de abstracciones.

4.3.3. Juez

Como hemos mencionado en otras partes de este Manual, es importante que el juez tenga en este tipo de audiencias un rol altamente proactivo que permita el cumplimiento de varios objetivos:

- En primer lugar, cumplir con la finalidad de la audiencia desde su posición de juez, cual es comprobar la existencia de un caso penal, la inclusión de este caso penal dentro de los criterios permitidos para la procedencia de la oportunidad y el conocimiento y acuerdo de todas las partes para la aplicación de la misma;

- esto implica, la transmisión de información efectivamente útil de parte de ambas partes, lo que lleva a limitar la intervención de la acusación a relatar los hechos estrictamente necesarios para cumplir el objetivo fijado en el punto anterior y no así toda el cuaderno de investigaciones;

- de parte de la defensa, también tendrá que tener una función proactiva en sentido de impedir, de una parte, que la defensa quiera entrar a discutir cuestiones propias de un juicio (como la existencia de determinada prueba o el alcance de la responsabilidad penal en abstracto) y, a la vez, impulsar al cumplimiento de la finalidad de control que la defensa debe ejercer sobre la labor del fiscal consultando si está de acuerdo con el relato del hecho, si está de acuerdo con la calificación jurídica, si considera que la calificación jurídica ha sido cubierta por el relato de la acusación, etc.;

- adicionalmente, a los efectos de no distorsionar la finalidad de esta audiencia, es importante también que el juez tenga control sobre los "intentos de producción de prueba" de las partes. Más allá de la importancia del control, debemos recordar que estamos ante una audiencia que se basa en un acuerdo y que generará una consecuencia bastante leve en términos de punición para la persona imputada, lo cual nos ha llevado a sostener que la controversia entre las partes debería ser, en el ideal, menor en estos casos. Es bastante poco probable que ante este escenario, se haga necesario producir prueba y si las partes lo intentaran, deben dejar claro previamente para el juez la necesidad de ésta y la pertinencia en relación a qué punto controvertido. Por ejem-

plo, en el caso que hemos utilizado, si el fiscal ha dicho que le parece suficiente para entenderlo como *pena natural* el hecho de que la persona imputada haya sufrido una fractura, necesite un yeso de dos meses y haya cubierto su cuenta médica, resultaría absolutamente impertinente que la defensa quisiera producir el testimonio del médico que atendió a la persona imputada y le puso el yeso para acreditar que tendrá que estar con él durante tres meses, ya que más allá de la diferencia de tiempo (el fiscal dice dos meses, el defensor dice tres meses), ello no afecta en ninguna medida el consenso sobre la decisión que el fiscal está solicitando se apruebe por el juez. Es sumamente importante que los jueces desarrollen habilidades para identificar cuándo existe una controversia y cuándo esa controversia afecta al fondo de la decisión que se solicita y, en esos casos, también con una actitud proactiva, hagan las consultas posibles y pertinentes en relación a los elementos que puedan mejorar la información (el médico que se encuentra en la sala formulándole algunas preguntas; el certificado de la clínica que obra en poder de la acusación o la defensa, etc.) sin convertir ese espacio en un espacio de producción de prueba al estilo del propio del juicio oral porque, recordamos, estamos en una etapa anterior y la dinámica de intervención de las partes y de producción de información varía sustancialmente.

5. AUDIENCIA DE SUSPENSIÓN CONDICIONAL DEL PROCESO

5.1. Dinámica de la audiencia

Brevemente diremos como introducción que la suspensión condicional del proceso es un mecanismo alternativo al juicio que permite suspender la investigación temporalmente, sometiendo a la persona procesada a una serie de condiciones vinculadas al hecho en concreto que, de cumplirse en un plazo determinado, posibilitan la extinción de la acción penal.

Como lo hemos venido relatando, vemos en concreto que con este mecanismo se busca brindar una solución diferente al juicio y la posible pena privativa de libertad para aquellos casos en los que, haciendo una evaluación de sus circunstancias y contexto, resulte más efectivo en términos de las finalidades del proceso penal someter al sujeto imputado a un sistema de control y seguimiento diverso con relación a la respuesta penal tradicional, esto es, la cárcel.

Las reformas a los procedimientos penales en la región se han ocupado, en general, de regular con precisión los casos de procedencia de esta vía pero aun así, dada su finalidad y la generación de obligaciones adicionales para las instituciones (ya que alguien deberá asumir la responsabilidad de controlar el cumplimiento de las condiciones que se impongan en la suspensión), la acusación deberá hacer una evaluación caso a caso para determinar la pertinencia o no de utilizar esta vía.

Por su parte, la defensa tiene aquí una herramienta de gran utilidad para excluir casos del sistema (siempre en la medida en que sea la mejor solución para el defendido) y dedicarse a los que requerirán una defensa en juicio. Esto no quiere decir, y no debe entenderse de esa forma, que se promueva una "defensa de primera" para los casos que vayan a juicio y una "defensa de segunda" para los que puedan quitarse del sistema antes, sino todo lo contrario: un defensor, al momento de hacer el análisis de su caso, tiene cierta claridad sobre las posibilidades que tiene de llegar a un juicio y obtener una absolución y las posibilidades que tiene de, por la vía de un acuerdo previo, evitar la prisión de la persona imputada. Hacer este análisis es de suma importancia si se quiere cumplir en forma real con las máximas de brindar una defensa

de calidad y otorgar un defensor de confianza a las personas imputadas penalmente; un defensor de confianza, que realiza su trabajo en forma eficiente, es aquél que analiza el caso y comunica todas las posibilidades con sus ventajas y riesgos a la persona procesada, para que ésta pueda tomar una decisión verdaderamente informada.

La suspensión condicional del proceso no sólo es una herramienta que permite descongestionar el sistema, sino que posibilita una solución de mayor calidad para las partes involucradas, y es en ese sentido como consideramos que debe entendérsela. Veamos a continuación las partes de esta audiencia.

5.2. Momentos de la audiencia

5.2.1. Acreditar la existencia de un hecho penal

No nos detendremos en este punto porque se repite en relación a las audiencias anteriores, por lo que seguimos la misma dinámica: al inicio de la audiencia la acusación debe relatar el hecho y su calificación al juez y la defensa debe tener la posibilidad de manifestarse sobre ese punto en términos de acordar con la calificación (situación ideal en una audiencia de consenso) o bien pedir las aclaraciones y/o realizar los cuestionamientos que considere necesarios (situación de excepción si asumimos que existe el consenso, pero que puede llegar a darse y es importante respetar a los efectos de comprobar la voluntad y conocimiento de las partes involucradas en el conflicto).

5.2.2. Acreditar la procedencia de acuerdo a las exigencias de la correspondiente legislación para la suspensión condicional del proceso

Asumamos los criterios "tipo" que suelen regularse para la suspensión condicional del proceso, estableciendo que ésta procede cuando:

- Sea previsible la suspensión condicional de la pena. Es decir, cuando:
  1. se piense en solicitar una pena privativa de libertad que no exceda de un número determinado de años (tres suele ser el número que se regula); y

2. la persona imputada no haya sido objeto de condena anterior nacional o extranjera por delito doloso.

- La persona imputada preste su conformidad para reparar el daño o afianzar suficientemente la reparación.
- El caso se encuentre en una etapa anterior a la audiencia de juicio.

A partir de esto, vemos que la tarea concreta de la acusación, una vez acreditada la existencia de un caso penal y realizadas las aclaraciones –si existieran– hacia la defensa, será demostrar al juez que, en caso de llegar a juicio, no es su intención solicitar una pena mayor a los tres años y en función a ello es altamente probable la suspensión condicional de la misma debido a que la persona imputada no tiene antecedentes penales.

Adicionalmente, y este será un punto en el que el juez deberá poner especial atención, la acusación deberá acreditar que existe voluntad de parte de la persona imputada de someterse a la suspensión condicional del proceso; en este punto si bien no es necesario que la acusación acredite que ha tenido varias reuniones de discusión con la defensa y la persona imputada, que han llegado a un acuerdo luego de horas, o cuestiones por el estilo, sí resulta relevante que la acusación acredite que existe un acuerdo previo en ese sentido. Ello podrá significar, en algunos casos puntuales, que sí ha existido una reunión en la que se le ha explicado a la persona procesada el significado de la suspensión y las obligaciones que sumirá pero también puede significar, en otros casos, que la acusación y la defensa han intercambiado brevemente criterios antes del inicio de la audiencia y han llegado al acuerdo sobre la base de lo que ya ha conversado previamente la defensa con la persona imputada. Incluso puede significar la posibilidad de que la acusación solicite en la audiencia un breve intermedio para discutir con la defensa y la persona imputada la procedencia del acuerdo.

Lo que pretendemos significar es que ante la voluntad legislativa de promover este tipo de mecanismos como menos gravosos y más efectivos para la gestión de la conflictividad y ante la inexistencia de prohibiciones o reglas estrictas de formalidad para la realización de la audiencia, es importante que la misma se lleve adelante con una flexibilidad tal que se permita que el fondo (comprobar la voluntad del imputado de

acceder a la suspensión) prime sobre la forma (realizar x cantidad de reuniones de x cantidad de horas donde nunca sabremos si el imputado participó y/o comprendió lo que se discutía).

En ese sentido, es importante asumir que "tiempo previo" no es el equivalente de "calidad en la solicitud". Si la acusación ha hecho en forma individual su tarea de análisis y proyección del caso y la defensa ha hecho lo propio, es mucho más probable que lleguen a la audiencia con pretensiones sino similares o al menos conciliables, a que logren una solución reuniéndose durante horas en forma previa a la audiencia, pero sin ningún conocimiento del caso en concreto.

A partir de estas afirmaciones, será tarea del juez entonces, de manera informal, una vez escuchada la acreditación de la acusación sobre la solicitud de suspensión condicional del proceso, consultar a la defensa y a la persona imputada sobre el acuerdo en la procedencia de tal medida. Si existe acuerdo (situación ideal) puede pasarse a la fase de discusión de las condiciones; si no existe acuerdo (situación posible), puede promoverse por parte del juzgador un tiempo de intermedio en la audiencia para que el defensor pueda conversar con su defendido y, a la vez, pueda conversar con la acusación para intentar un acuerdo. El éxito de esta audiencia, recordemos, está dado por la efectividad en arribar a una solución que esté en posibilidad de todas las partes involucradas realizar; no está dado por la presencia de las partes y la suspensión de ésta por formalidades o falta de imaginación en la promoción de acuerdos.

5.2.3. Acreditar la pertinencia de las condiciones solicitadas y el plazo de cumplimiento de éstas

Asumido por ambas partes el acuerdo sobre suspender condicionalmente el procedimiento, seguidamente el juez dará la palabra a la acusación para que exponga las condiciones que solicita que cumpla la persona imputada durante el tiempo de suspensión. En esta etapa la acusación tendrá que acreditar dos cuestiones:

- La procedencia de las condiciones en relación al hecho concreto. Generalmente las legislaciones establecen una serie de condiciones que no resultan taxativas, sino sólo ejemplificativas de las

obligaciones que la acusación podría solicitar cumpla la persona imputada. Lo importante es asumir que las condiciones en cuestión deben estar vinculadas a la prevención que quiere realizarse en relación al hecho concreto. Si se trata de un delito que se cometió a causa del exceso de alcohol por parte del imputado, parece razonable que se le imponga al condición de no consumir bebidas alcohólicas; pero si el imputado ha manifestado que es abstemio debido a su religión, parece absolutamente innecesario imponerle una condición en específico que viene siendo una regla de conducta durante toda su vida. Si el delito vincula la animadversión del imputado con una persona específicamente, parece razonable imponerle como condición que no concurra al lugar de trabajo de esa persona en específico a los efectos de evitar futuras disputas; pero si resulta que el lugar de trabajo lo es también del imputado, parece exagerado pedirle que renuncie a su trabajo para cumplir la condición y habrá que buscar mecanismos alternativos de evitar que las dos personas se encuentren. En función a ésto, entonces, la acusación deberá fundar en hechos concretos vinculados al caso la solicitud de cada una de las condiciones que solicite.

- En segundo lugar, deberá fundar la extensión de tiempo para el cumplimiento de las condiciones. Las legislaciones suelen establecer un plazo mínimo y máximo. Pongamos por ejemplo que el período de prueba no podrá ser inferior a un año ni superior a tres y en ningún caso excederá el máximo de la pena prevista. Sobre esta base normativa, la acusación deberá establecer el plazo específico solicitado en el caso concreto y las razones que la llevan a pedir ese plazo y no otro.

Una vez establecidos estos extremos por la acusación, la defensa será consultada en cuanto a verificar el acuerdo con los mismos. De la misma manera que hemos expuesto anteriormente, el ideal será que la defensa brinde su acuerdo en función al consenso previo existente entre las partes o al análisis similar del caso realizado y la comunicación de posibilidades a la persona imputada; pero en caso de existir desacuerdo, deberá explorarse cuáles son las causas y permitir que la defensa exponga sus puntos controvertidos. Si la controversia se diera en relación a las condiciones solicitadas por la acusación o el plazo

de duración, deberá aportar elementos fácticos que permitan al juez valorar su posición y, en definitiva, decidir cuál de las dos partes tiene la razón con relación a las condiciones y/o el plazo de cumplimiento de las mismas en la resolución.

5.3 .El rol de cada uno de los actores en la audiencia de suspensión condicional del proceso

5.3.1. Acusación

La actuación de la acusación en esta audiencia comienza tiempo antes de la misma, con el análisis del caso y la determinación de la posibilidad de suspenderlo. A diferencia de lo que hemos referido con el criterio de oportunidad, cuya aplicación debería ser inmediata con relación al conocimiento y análisis del caso, con la suspensión asumiremos que es probable que se aplique no sólo al inicio sino más adelantada la investigación, en función de que puede suceder que las pretensiones inicialmente formuladas en la teoría del caso resulten luego difíciles de cumplir y en consecuencia se busque un acuerdo alternativo al juicio.

Es importante asumir que independientemente de la existencia previa de un acuerdo o no con la defensa, la acusación debe asumir un rol conciliador en este tipo de audiencias, ya que se está buscando el cierre del caso a partir de una resolución que favorezca a todas las partes. Por ello, la comunicación con la defensa es importante, sino antes, durante la audiencia, para procurar un consenso que permita que la audiencia se desarrolle sin mayores controversias y se arribe a la solución en forma pronta.

5.3.2. Defensa

En el caso de la defensa, como hemos mencionado anteriormente, resulta importante que se asuma un rol proactivo en términos de buscar este tipo de salidas. El defensor es quien conoce las posibilidades y necesidades del imputado; en función a ello, si el imputado manifiesta su voluntad de reparar el daño y terminar el proceso sin ir a juicio, el defensor debe comunicarlo a la acusación y esa comunicación debe ser efectiva: nuevamente debe superarse la formalidad de "notificar" por la sustancia de "discutir y acordar".

Parte del trabajo del defensor debe ser la promoción de estos acuerdos que favorezcan la parte que representa. En ese sentido, sostenemos que cuanto mejor sea el trabajo previo de la defensa, menor será su intervención en la audiencia, ya que si ha logrado un acuerdo previo que favorezca los intereses de la persona imputada, al momento de la audiencia sólo deberá manifestar el acuerdo con los términos expuestos por la acusación. Recordamos aquí una vez más: los abogados no cobramos por palabra pronunciada sino por solución arribada. Un sistema oral no hace "famosos" o da "status" de buenos litigantes a quienes más hablan sino a quienes logran mejores soluciones. Y lograr una buena solución en un sistema adversarial requiere mucho trabajo de análisis, proyección, información a la parte representada y búsqueda de acuerdos. Ese es el trabajo que debe realizar el defensor y cuanto más eficiente sea, más se notará con el éxito de los acuerdos en las audiencias.

5.3.3. *Juez*

Nuevamente aquí debemos hacer referencia a la necesidad de que el juez se asuma como director de la audiencia y la oriente al cumplimiento de los objetivos que se han planteado:

- Toda información que no haga a la existencia del hecho, su tipificación, la posibilidad de procedencia de la suspensión y la pertinencia de las condiciones y su suspensión, es impertinente en esta audiencia. El juez debe diseñar la audiencia en función de ir obteniendo información sobre cada uno de esos puntos sin permitir que las partes desvíen sus exposiciones hacia cuestiones vinculadas con la formulación del expediente, la dogmática en general o cualquier tema que no tenga directa relación con los necesarios para aprobar una suspensión condicional.

- Otro punto central de preocupación que el juez debe tener es el conocimiento y voluntad de parte de la persona imputada. Debe comprobar que está clara tanto en el significado de renunciar al juicio cuanto en la posibilidad de cumplir con las condiciones impuestas y, en su caso, con la reparación acordada con la víctima. En este sentido apelamos nuevamente a la sustancia por sobre la formalidad: si el juez pregunta a la persona imputada: *"¿es usted consciente de que por este acto está renunciando a su derecho*

constitucional a juicio y quedará sujeto al sistema de persecución penal hasta tanto acredite que en el plazo pactado ha cumplimentado en forma efectiva las condiciones de comportamiento solicitadas por el representante del Ministerio Público?", no parece que vaya a entender tan bien como si el juez le pregunta *"¿usted tiene claro en que durante 1 año y medio va a tener que hacer una serie de cosas y recién cuando se cumpla ese tiempo usted va a quedar libre de este proceso penal?"*, *"¿usted sabe que podría negarse a esto y tener un juicio donde la fiscalía tendría que probar que usted cometió el delito por el que lo están investigando?"*. Lo importante desde el punto de vista del juez debe ser comprobar la efectiva voluntad y para ello su lenguaje debe ser lo más llano posible, exigencia que debe trasladar a las partes.

- Sin extendernos, recordamos aquí también la importancia de que el juez maneje en forma efectiva la posibilidad o no de traer elementos probatorios y la forma informal de intervención de éstos en la producción de información, siempre recordando que no estamos en una audiencia de juicio sino en una audiencia de la etapa preparatoria.

6. AUDIENCIA DE CONCILIACIÓN

6.1. Dinámica de la audiencia

La conciliación es un mecanismo que, en forma similar a la suspensión condicional del proceso, se incorpora como posibilidad alternativa de terminación del proceso, sin necesidad de llegar al juicio oral.

A diferencia de la suspensión, que impone la obligación de cumplir determinadas condiciones en un plazo para extinguir la acción, en el caso de la conciliación una vez firmado el acuerdo conciliatorio y homologado por el juez, la acción penal queda extinguida. Esto implica que en caso de existir un incumplimiento en el acuerdo, la parte que desee reclamar podría hacerlo por la vía del derecho privado, pero no podría reabrir el proceso penal. Es importante dejar claro eso porque pueden presentarse casos donde se extorsione a las partes involucradas en el conflicto (en algunos casos a las víctimas, en otros a los imputados) a sobre cumplir acuerdos con la amenaza de "reapertura" del proceso. Esto es imposible: la consecuencia del acuerdo conciliatorio es la extinción de la acción penal y, en función a ello, no podría volver a investigarse a la misma persona por el mismo hecho.

Ante esa consecuencia, aparece como muy necesario desarrollar un control estricto de la voluntad de las partes durante la audiencia, pero siempre asumiendo que control no significa reemplazo y en función a ello, si las partes han arribado a un acuerdo y este acuerdo ha sido realizado en forma voluntaria, encontrándose dentro de las posibilidades legales, no hay forma de establecer oposición desde el punto de vista del juez.

6.2. Momentos de la audiencia

Los códigos de procedimiento penal, en general, abren la posibilidad de conciliación cuando nos encontremos ante un delito de contenido patrimonial que no tenga como resultado la muerte. A su vez, en aquellas legislaciones que han asumido como finalidad del proceso la composición del conflicto, suele ponerse en cabeza del Ministerio Público Fiscal la obligación de promover la conciliación.

En función a las características propias de la conciliación, consideramos que el trabajo para el acuerdo comienza en forma previa a la audiencia

no sólo en el sentido de análisis y proyección del caso, como hemos mencionado en los apartados anteriores, sino en el sentido de reunir a las partes y discutir las posibilidades reales de acuerdo. No estamos aquí, como sí lo estábamos en la suspensión condicional del proceso, en una hipótesis donde cada parte pueda trabajar y analizar las cosas en forma individual. Para que una conciliación proceda y sea exitosa, consideramos que es esencial que la víctima y el imputado hayan tenido una reunión previa (o más) a la audiencia donde hayan fijado sus posiciones y discutido sus posibilidades de asumir responsabilidades y ceder intereses con relación a la otra parte.

Excede la posibilidad de este manual el desarrollo de técnicas específicas de conciliación, pero consideramos que es una obligación poner una alerta en sentido que la única forma de lograr conciliaciones exitosas es ocuparse, previamente a la homologación, de brindar esos espacios de discusión, con conciliadores experimentados que conozcan las técnicas que se ocupan en este tipo de procesos y que generen puentes entre las partes para el arribo a acuerdos.

Una vez arribados a un acuerdo conciliatorio y realizado ese trabajo previo, se solicitará la audiencia que tendrá las siguientes partes:

6.2.1. Acreditar la existencia de un hecho penal

Al igual que en los casos anteriores, corresponderá a la acusación relatar el hecho ante el juzgador y acreditar que el mismo se halla en la porción de delitos que tienen contenido patrimonial y no tienen por resultado la muerte, de acuerdo a los requisitos establecidos por la legislación.

El juez podrá dar la palabra a la defensa que entendemos que en esta audiencia tendrá un rol mucho más pasivo que en las audiencias anteriormente descritas, en función a que sostenemos la necesidad de ese trabajo de consenso previo sin el cual es imposible pensar en una audiencia de homologación de acuerdo conciliatorio.

6.2.2. Acreditación de la existencia del acuerdo y su contenido

En este punto, la acusación deberá relatar el proceso que se ha seguido para arribar al acuerdo conciliatorio. En esto, nuevamente, no es necesario que se haga una "relación de reuniones", como cumplimiento de

un requisito formal sino que lo que consideramos esencial que quede acreditado es:

- Que ha existido, por lo menos, un encuentro presencial entre la víctima y el imputado (independientemente de que haya estado presente o no su abogado en el caso de la víctima, ya que por las características propias de la conciliación lo importante es que ella dé su acuerdo; en el caso del imputado sí es importante la presencia de su defensor por la obligación de brindar defensa técnica durante el proceso, que entendemos se extiende a esta actuación en particular);
- que en ese encuentro han sido la víctima y el imputado quienes han manifestado sus intereses para la solución del conflicto, sus posiciones respectivas y sus posibilidades reales de arribar a un acuerdo;
- que se ha arribado a un acuerdo sobre la base de lo discutido por la víctima y el imputado y que el mismo ha sido firmado en forma voluntaria por ellos;
- que tanto la víctima cuanto el imputado comprenden que la homologación (aprobación) del acuerdo en esta audiencia significa la extinción de la acción penal, lo cual significa que en caso que éste se incumpla no existirá posibilidad de reabrir el caso en la vía penal, sino que tendrán que recurrir a la vía civil para exigir su cumplimiento;
- el contenido del acuerdo en concreto.

Nuevamente, la defensa tendrá un rol pasivo en función a que entendemos que la existencia del trabajo previo ha llevado a este consenso y en función a eso bastará con que acuerde la exposición realizada por la acusación.

6.2.3. Homologación del acuerdo

Si el juez entiende que se han cumplido los requisitos legales y ha existido voluntad de parte de la víctima y el imputado para arribar a esta solución, homologará el acuerdo y declarará extinguida la acción penal.

6.3. El rol de cada uno de los actores en la audiencia de conciliación

No haremos referencia a la actuación por separado de las partes debido al desarrollo específico que hemos hecho y la particularidad de esta herramienta, que entendemos como la más cercana a la búsqueda del consenso. En ese sentido, diremos que consideramos básico para el uso de la conciliación el trabajo conjunto de acusación y defensa, en sentido de promover los acuerdos de víctimas e imputados.

En el caso del juez, es importante que se asuma como un contralor de la voluntad pero no como un evaluador de la calidad de los acuerdos. La homologación judicial es un proceso que rompe con la lógica de encuentro propia de la conciliación: en tanto la conciliación busca que las partes sean quienes solucionen su conflicto, el sistema judicial busca que un tercero decida sobre el conflicto de las partes. Compatibilizar esas dos lógicas de actuación puede resultar una tarea complicada e incomprendida por quienes estamos acostumbrados a trabajar en un sistema de controversia y no de consenso. En tanto tal, la homologación debe ser entendida con precaución: si bien es importante que el juez compruebe la voluntariedad de las partes, ello no lo habilita a intervenir en el contenido del acuerdo o su forma de cumplimiento; en relación al contenido del acuerdo, la única función que el juez tiene es la de verificar que éste se encuentre dentro de la ley, el resto, es entera responsabilidad de las partes que han arribado y debe ser respetado en ese sentido.

6.4. Herramientas de comprensión de los fines de la conciliación

Finalmente, en este punto, quisiéramos dejar brevemente algunos elementos de reflexión sobre el significado de la conciliación y sus particularidades, como invitación al lector a interiorizarse en las técnicas específicas para utilizar esta herramienta, que puede ser de gran utilidad para el logro de mejores soluciones en el proceso penal.

La conciliación es un proceso de consenso y confidencial, económico, participativo y flexible, de solución de conflictos en el cual una o más personas imparciales –conciliador o conciliadores– asisten a personas, organizaciones y/o comunidades hacia el logro de una variedad de objetivos.

Es un proceso de consenso: no se impondrá una solución sino que se buscará que quienes se encuentran en conflicto (las partes) lleguen a un acuerdo, a un consenso que las deje conformes en cuanto a la solución que se tome.

Es un proceso confidencial: lo que sea dicho durante la sesión de conciliación quedará entre las partes y el o los conciliadores. La información que las partes traigan a la sesión de conciliación no podrá ser utilizada para ningún fin distinto al de arribar a un acuerdo en esa sesión.

Es un proceso económico: una de las grandes ventajas de la conciliación es que, a diferencia de un proceso judicial en el que generalmente habrá que contratar a un abogado para que nos asista, aquí los gastos de dinero que realice serán mucho menores, por lo que es un proceso más accesible para todos y todas.

Es un proceso participativo: esto implica que en la sesión de conciliación, las verdaderas protagonistas son las partes. Como conciliadores, nuestra tarea será acompañarlas y ayudarlas a buscar una solución, pero la solución en sí deberá salir de la intervención activa, de la participación de las partes en conflicto.

Es un proceso flexible: si bien existen principios que rigen a la conciliación, esto no quiere decir que debamos seguir reglas absolutamente rígidas. Cada sesión de conciliación podrá ser distinta de acuerdo a las circunstancias del conflicto que se esté tratando y como conciliadores debemos tener la habilidad de generar comodidad para cada situación particular.

Busca el logro de una variedad de objetivos:

- Lograr su propia solución.
- Mejorar la comunicación, entendimiento mutuo y empatía.
- Mejorar sus relaciones.
- Minimizar, evitar o mejorar la participación en el sistema judicial.
- Trabajar conjuntamente hacia el logro de un entendimiento mutuo para resolver un problema o conflicto.

Resolver conflictos subyacentes.

Premisas que la sustentan

- El conflicto, como aspecto natural de la vida, se percibe como un reto y una posibilidad de cambio positivo.
- Las mejores soluciones son aquéllas que son prácticas, imaginativas, equitativas, duraderas y satisfactorias para las partes.
- La comunicación adecuada favorece la eficiente resolución de conflictos.
- La participación del conciliador y las partes en la búsqueda de soluciones es necesaria.
- El conciliador goza de las condiciones adecuadas para realizar su gestión.
- La cooperación o confianza se puede crear con la pertinente acción del tercero.
- El balance de poder fomenta un mejor manejo, y eventual resolución, del conflicto.

Diferencias entre la lógica del proceso judicial y el proceso de conciliación

	PROCESO JUDICIAL	LA CONCILIACIÓN
NIVEL DE SOLUCIÓN	Pretensiones/ posiciones	Problemas
CRITERIO DE SOLUCIÓN	La ley aplicable	Criterios flexibles
ATMÓSFERA	Adversarial	Cooperativa
ORIENTACIÓN HACIA EL CONFLICTO	Hacia la discusión del pasado	Hacia la búsqueda de soluciones a futuro
CONTROL DEL PROCESO	Vertical	Horizontal

7. AUDIENCIA DE PROCESO ABREVIADO

7.1. Momentos de la audiencia

El primer paso en una audiencia de procedimiento abreviado es otorgar la palabra al fiscal para que exponga los hechos que se le imputan al acusado, y la fundamentación de la pena que se solicita. Por la naturaleza del procedimiento no es necesario fundamentar sobre la prueba, ya que se trata de un mecanismo simplificado, fundado principalmente en la admisión de culpabilidad, por tanto, se dará la enunciación de los elementos probatorios reunidos durante la investigación, sin necesidad de producirlos en audiencia (de producirlas, la audiencia se convertiría en una audiencia de juicio, lo cual elimina la calidad de "abreviado" al procedimiento). Sin embargo, es importante recalcar que el hecho de no tener que producir la prueba no implica no tener ninguna prueba más que la declaración del imputado declarándose culpable. El procedimiento abreviado es la herramienta más discutida que se ha incorporado con las reformas en función a que genera una posibilidad muy grande de extorsión sobre las personas que son sometidas a proceso penal: si la acusación logra que la persona se declare culpable, su trabajo está resuelto. Para evitar que los fiscales se dediquen a presionar a los imputados para lograr acuerdos de culpabilidad, es que se establece la obligación de llevar a la audiencia elementos suficientes que convenzan al juez de que si se llegara a juicio la acusación podría efectivamente probar su caso aún sin la declaración del imputado. Por ello, en esta primera parte de la audiencia el trabajo del fiscal debe ser meticuloso en cuanto a señalar los hechos y las evidencias que ha obtenido que podrían probar tales hechos llegados al momento del juicio.

Finalizada dicha exposición el juez debe hacer el siguiente control con carácter detallado y estricto. Deberá verificar:

a. Si el imputado comprendió la imputación de los hechos hecha por la acusación. Aquí el trabajo deberá ser también cuidadoso. Si el juez simplemente le pregunta al imputado "entiende que lo están imputando por homicidio", más allá que la respuesta del imputado sea "si", no podemos tener la certeza que exista una verdadera comprensión debido a que el juez está repitiendo con-

ceptos técnicos a un lego. El trabajo que el juez deberá realizar es verificar si efectivamente el imputado tiene claro cada uno de los hechos que la acusación ha mencionado y si comprende que se le está atribuyendo la responsabilidad por tales hechos.

b. Si admite libre y voluntariamente ser responsable por los hechos que se le imputan y sobre los cuales está admitiendo culpabilidad. En caso de respuesta negativa, el procedimiento debe interrumpirse y el juez dispondrá la continuación del proceso. En este punto aplica la misma previsión que en el anterior: el juez debe verificar que el imputado comprenda que su admisión de responsabilidad en este momento implica su renuncia al tener un juicio en el que podría condenárselo pero también podría ser absuelto. El juez debe tener certeza que el imputado sabe lo que está haciendo, que sabe que al asumir la responsabilidad en este momento está aceptando una condena en su contra, que esto quedará registrado en sus antecedentes personales y que probablemente (esto dependerá de cada caso y las penas específicas solicitadas) tendrá que pasar un tiempo en la cárcel.

c. Si comprende la pena que ha solicitado el fiscal y si está de acuerdo con la cuantía solicitada por el fiscal.

El defensor en esta audiencia tendrá una posición más bien pasiva, en función de que el juez tendrá que verificar directamente con el imputado su voluntad de someterse al procedimiento abreviado. Por supuesto, como veremos más adelante, ello implica que la defensa técnica haya realizado un trabajo previo de información y análisis sobre las posibilidades del imputado en el caso.

7.2. Posibles objeciones de la víctima

Algunas legislaciones permiten que la víctima objete la aplicación de procedimiento abreviado y haga conocer sus razones al juez. Por esto, la negociación sobre la aplicación del procedimiento abreviado en todos casos debería incluir a la víctima, con dos finalidades:

a. Anticipar las posibles objeciones que pudiera tener la víctima a la aplicación de este procedimiento y tratar de superarlas a través de la negociación.

b. Lograr acuerdos entre el imputado y la víctima que permitan justificar cuantías de pena más bajas y mayor satisfacción de los intereses de la víctima.

De suscitarse una objeción de la víctima por la aplicación del procedimiento abreviado el juez le concederá la palabra para fundamentar la objeción y posteriormente al imputado y al fiscal para pronunciarse sobre el sustento de la objeción (si esta objeción se hizo evidente durante las negociaciones con la víctima, la anticipación en el conocimiento de éstas serán de suma utilidad para el imputado y para el fiscal en la preparación de la contra-argumentación).

7.3. Decisión

Cumplido lo anterior, si el juez entiende que se han cumplido todos los requisitos para el procedimiento abreviado, es decir:

- Que el fiscal ha establecido que efectivamente tiene un caso defendible, ha relatado un hecho constitutivo de un tipo penal y ha establecido que cuenta con evidencia para llegar a juicio, además de la voluntariedad del imputado de asumir su culpabilidad,
- que el imputado comprende el hecho del que se lo imputa y el grado de participación que se le atribuye y está dispuesto a renunciar a su derecho a un juicio en el que podría resultar absuelto,
- existe un acuerdo entre la acusación y la defensa sobre la pena a imponerse, y
- no existen objeciones por parte de la víctima o, en caso de existir, no son atendibles en el caso.

Le corresponderá fallar, determinando la cuantía de la pena que se le impondrá al imputado, para lo cual deberá considerar el acuerdo que han expresado las partes. Al determinar la cuantía de la pena, el juez podrá decidir fijar una pena menor a la acordada entre la acusación y la defensa, pero nunca una mayor ya que debe asumirse que una de las razones más fuertes para que el imputado decida aceptar su culpabilidad, será la certeza sobre la pena que se le impondrá; si el juez pudiera subir la cuantía, el trabajo anterior realizado por las partes para llegar a este procedimiento carecería de sentido.

7.4. El rol de los actores en la audiencia de procedimiento abreviado

Al tratarse de un mecanismo simplificado y no de una salida alternativa, el grado de controversia puede resultar mayor en este tipo de audiencias (sobre todo en lo que refiere a la discusión sobre la pena, que es el punto central de negociación entre las partes).

Por ello, el trabajo previo que se realice para llegar a este tipo de procedimientos debe ser adecuado, de forma tal de que cada una de las partes esté clara en cuanto a los acuerdos asumidos y los puntos que puedan llegar a discutirse.

7.4.1. La acusación

En el caso del procedimiento abreviado la acusación tendrá una tarea bastante similar a la que tendría en el juicio con una diferencia: no tendrá que producir la prueba. Pero su trabajo previo de análisis, recupero de evidencia y decisiones sobre el caso, deberán permitirle sostener que en caso de llegar a un juicio, estaría en condiciones de lograr una condena.

Hemos insistido mucho en este punto debido a que el procedimiento abreviado suele ser concebido como una "salida fácil" para evitar juicios y, en ese sentido, se cree que el deber de la acusación es menor. Todo lo contrario: para evitar caer en la sospecha de manipulación a los imputados para que acepten ir a procedimientos abreviados en lugar de su derecho a juicios orales, es necesario que el Ministerio Público Fiscal realice un trabajo adecuado de investigación y, al momento de sentarse a discutir las posibilidades del caso con la defensa técnica y el imputado, tenga evidencia suficiente para mostrar que está en condiciones de ganar el juicio si se llegara a tal instancia.

Durante la audiencia, como ya hemos mencionado, su tarea irá en el mismo sentido: deberá presentar ante el juez un caso sólido. Un relato del hecho que encuadre en un tipo penal y para cuya acreditación cuente con más evidencia que la sola declaración del imputado. Asumimos, por supuesto, que ningún caso será perfecto en términos probatorios. Pero lo importante es que la acusación pueda establecer en la audiencia que si concurriera a una audiencia de juicio oral, con-

taría con evidencia suficiente para demostrar cada uno de los hechos que está describiendo como ocurridos en el caso.

7.4.2. La defensa

El trabajo de la defensa técnica en este tipo de procesos resulta crucial, ya que sus recomendaciones al imputado tendrán que estar basadas en un análisis pormenorizado del caso y de las posibilidades de la acusación si es que deciden avanzar hacia el juicio oral.

Por ello, será tarea previa de la defensa previamente a la audiencia realizar el mismo análisis que se estableció en el punto anterior para la acusación dimensionando cuáles serían las probabilidades en caso de llegar a juicio y deberá brindarle esa información a la persona defendida para que tome la decisión que le parezca más adecuada. Dado que la decisión de aceptar el procedimiento abreviado o ir a juicio es exclusiva del imputado, puede notarse la importancia de realizar un buen trabajo como asistencia técnica y brindarle toda la información necesaria, en forma clara y precisa, para que en caso de aceptar el procedimiento abreviado, llegados a la audiencia, el imputado esté en condiciones de mostrar su voluntariedad al juez.

Durante la audiencia propiamente tal, la función de la defensa técnica será, entonces, acompañar la decisión del imputado y, en caso de ser necesario, explicar al juez cómo fue el proceso previo para arribar al acuerdo que se presenta en la audiencia.

7.4.3. El juez

En cuanto al juez, la principal recomendación a recordar es la necesidad de comprobar el fondo de la cuestión y asegurarse que efectivamente el imputado comprende cuál es el derecho al que está renunciando y qué consecuencias está asumiendo.

En este sentido, una forma de constatar que el imputado sabe cuáles son los derechos a los que está renunciando y cuál es la responsabilidad que está asumiendo es solicitarle que lo explique en sus propias palabras. De esta manera, el juez podrá constatar si efectivamente el imputado está informado y claro en su deseo de terminar el caso por la vía de un procedimiento abreviado o si simplemente ha sido entrenado para responder

que "si" a todas las preguntas que se le formulen en la audiencia, pero sin tener conocimiento de los derechos a los que está renunciando.

El juez debe recordar que, a diferencia de lo que sucede en las vías alternativas, donde se arriba a un acuerdo que obliga al imputado pero lo deja en libertad, en el caso del procedimiento abreviado el resultado es el cumplimiento efectivo de una pena y, en tal contexto, la certeza sobre su participación en el hecho imputado debe quedar clara desde su punto de vista, ya que la audiencia terminará con una condena.

8. AUDIENCIA DE EXCLUSIÓN PROBATORIA

Hemos llegado a la última audiencia posible en la etapa preparatoria que nos interesa exponer en este Manual, referida a la exclusión probatoria.

Este apartado no pretende ser la conclusión sobre el tema, sino más bien el inicio de un debate serio sobre los problemas que se están dando y las distorsiones en la interpretación de las reglas procesales en materia de exclusiones probatorias. Por ello, siguiendo con nuestra premisa inicial de no dar discusiones teóricas o dogmáticas, si nos vemos, en este punto, en la necesidad de exponer algunos puntos de partida que seguramente requerirían mucha más discusión que sólo algunas páginas de exposición.

Como veremos más adelante en la parte referida a la audiencia de juicio, en caso de darse una discusión sobre la exclusión de una prueba en el juicio oral, el formato será muy diferente al propio de la etapa previa al juicio y, en función a ello, lo apropiado sería que las discusiones sobre exclusiones se den antes de llegar a la etapa de juicio.

Si bien lo recién afirmado puede resultar cuestionable en nuestro contexto actual, consideramos sustentable esa posición desde una correcta interpretación de lo que el debido proceso y el juicio previo significan.

Brevemente diremos que la garantía de juicio previo establece una obligación estatal de diseño de un proceso penal con determinadas características, algunas de carácter objetivo (forma) y otras de carácter subjetivo (sujetos intervinientes).

Desde lo objetivo, nos establece la obligación de, para decir que tenemos cumplida la garantía del juicio previo, desarrollar unas determinadas características de ese juicio: publicidad, oralidad, contradicción, inmediación. No desarrollaremos cada una de estas características porque excede el objetivo de esta exposición y entendemos que en el desarrollo actual de la reforma estamos en condiciones de consensuar ese punto.

También la garantía nos establece ciertas obligaciones en cuanto a los sujetos intervinientes: división de funciones que posibiliten contar con un tercero independiente e imparcial decidiendo, una acusación en cabeza de un órgano distinto del judicial que tenga todas las potestades de investigar y acusar en forma autónoma y objetiva y una defensa

que garantice que toda persona sometida a proceso penal contará con la asistencia técnica necesaria para comprender el procedimiento en su contra y definir la mejor estrategia de litigación en el mismo. Este segundo punto también parece bastante asumido en nuestros días.

Ahora bien, en cuestión de diseño de procedimiento, entendemos que la garantía del juicio previo no se limita a darnos una serie de características para el juicio como tal, sino que nos establece otras obligaciones, que podríamos resumir diciendo que la garantía de juicio previo nos dice también que este juicio debe ser **preparado**, en sentido que el Estado no quiere llevar a juicio a personas por capricho, discriminación o arbitrariedad sino que quiere que sus órganos tengan cierto grado de certeza antes de acusar penalmente a una persona y **controlado**, en sentido que el Estado asume que los hombres somos falibles y por tanto la persona que reciba una sentencia penal debe tener la posibilidad de que sea revisada. Los temas de control, vinculados al diseño de recursos, no serán tocados aquí.

Pero la obligación de tener un juicio **preparado**, entendemos que es el fundamento para diseñar una etapa previa al juicio (en nuestro sistema la etapa preparatoria), que permita a la acusación recolectar elementos de prueba suficientes para determinar si acusa, busca una alternativa, aplica un mecanismo discrecional o sobresee el caso y a la defensa controlar la actuación de la acusación y acumular elementos para su estrategia propia de defensa en caso de tener que concurrir al juicio; toda esta actividad controlada también por un tercero imparcial e independiente que determine las condiciones de cumplimiento cuando se afecten o intervengan los derechos de alguna de las partes involucradas.

En este contexto, entendemos a la etapa preparatoria como la fase del proceso destinada a:

- Descartar los casos que llegados a conocimiento de la acusación no constituyen casos penales o no tienen posibilidades de investigación.
- Solucionar anticipadamente los casos que llegados a conocimiento de la acusación y constituyendo casos penales, tienen posibilidad de arribar a un acuerdo entre la víctima y el imputado y terminarse sin juicio.

- Determinar los casos que llegarán a juicio y trabajar para que dichos casos lleguen a esa instancia "limpios", es decir, sin posibilidades de cuestionamientos por legalidad o pertinencia.

Este último punto es el que nos interesa desarrollar: con relación al juicio, la finalidad de la etapa preparatoria es posibilitar su ejecución sin rupturas a la lógica de la continuidad, la inmediación y la contradicción. En ese sentido, si como defensor tengo conocimiento de una ilegalidad en el accionar de la acusación para la obtención de un determinado elemento probatorio, mi oportunidad de cuestionar la legalidad es la etapa preparatoria; por supuesto que puede darse un caso en que yo tome conocimiento de la ilegalidad en la obtención de la prueba cuando ya la etapa preparatoria ha concluido (sea porque recién me hago cargo del caso; sea porque la información no me fue entregada por la acusación en forma completa al momento de la etapa preparatoria; etc.) y en estos casos no diremos que ya no puedo cuestionar la legalidad de la prueba. Pero en principio, en los casos donde es adecuado suponer que tuve conocimiento cabal de la forma en que la prueba fue obtenida y tuve la oportunidad de cuestionar su obtención en el transcurso de la etapa preparatoria, es esperable que ese sea el momento en que se den estos cuestionamientos.

Como veremos más adelante, la lógica de cuestionamiento de la prueba en el juicio es la lógica de marcar sus problemas de credibilidad, no de legalidad o pertinencia. Si un litigante plantea un incidente de exclusión probatoria en el juicio, su posibilidad de plantearlo (remota, por cierto, en un sistema que se base en la buena fe de las partes en litigio) es por la vía de la objeción: objetar la incorporación de una determinada prueba marcando brevemente el fundamento de la misma. Un juicio oral no puede tramitarse con la presentación de incidentes escritos porque, de una parte, se rompe la lógica de los principios propios del juicio (con lo que se vulnera la garantía del juicio previo) y, por otro, se incumple la finalidad de la etapa preparatoria que es, justamente, con relación al juicio permitir su ejecución en armonía con los principios que lo sustentan (con lo que también estamos vulnerando la garantía del juicio previo).

Por ello, consideramos que las exclusiones probatorias por problemas de legalidad y/o impertinencia son incidencias propias de la etapa previa al juicio y es allí donde deben plantearse, volviéndose en principio difí-

ciles de plantear al momento de estar litigando la audiencia de juicio, puesto que si se ha permitido llegar hasta el juicio con una determinada prueba en concreto, se ha asumido la legalidad y pertinencia, y sólo podrá cuestionarse a partir de un contraexamen por credibilidad, que es la herramienta idónea en esa fase para tal fin.

En el juicio se discute credibilidad

Muy brevemente, debido a que este es un punto será abordado con mayor detalle en el desarrollo de las herramientas de litigación en juicio más adelante en este Manual, consideramos que la consecuencia a partir de las afirmaciones anteriores es que los litigantes que quieran cuestionar un elemento probatorio en el ámbito del juicio sólo podrán hacerlo, como estándar de actuación, sobre la base de la credibilidad (es decir, cuán sostenible es que esta prueba pueda acreditar este hecho).

En esa lógica, si el litigante ha planteado un incidente de exclusión probatoria por ilegalidad en la etapa preparatoria (por ejemplo, se registró el domicilio más allá de lo autorizado en la orden de registro, que autorizaba entrar sólo a la habitación y revisaron toda la casa) y el juez ha decidido permitir la inclusión de esa prueba en el juicio en contra de lo solicitado; en ese caso, el litigante podrá volver sobre la legalidad, pero con otra técnica: a partir del contraexamen. Es decir, durante su ejercicio de contraexamen preguntará a la persona que realizó el allanamiento si no es cierto que la orden de allanamiento que tenían autorizaba sólo a registrar el domicilio, a lo que el testigo deberá responder con la verdad (porque si miente tendremos el respaldo de la orden de allanamiento para mostrar la contradicción y será una ganancia para nuestro argumento); a continuación se le preguntará si no es cierto que el elemento secuestrado fue encontrado en la cocina, a lo que deberá responder con la verdad (nuevamente, porque tendremos el documento de respaldo) y así continuaremos, mostrando que la prueba que se ha obtenido y ha ingresado a juicio ha sido obtenida en un exceso de parte de la policía con relación a la autorización recibida judicialmente y, en función a ello, no tiene ninguna credibilidad porque no tenemos idea de si era real o fue plantada o qué pasó en ese lugar en ese momento. Como se ve, puede resultar enormemente impactante en términos de valoración trabajar los temas de legalidad a partir de cuestionar la credibilidad de la prueba, en lugar de apelar a la dilación del incidente.

8.1. Criterios para identificar cuándo es necesario excluir prueba del juicio

Si bien, en un sistema acusatorio existe libertad probatoria, ello no debe entenderse en sentido de que toda la prueba es admisible para ingresar al juicio.

Las partes pueden ofrecer cuantas pruebas deseen, pero existen causas de exclusión fundadas en el debido proceso que, como contrapeso a la libertad probatoria, ameritan la exclusión de ciertas pruebas cuando exista:

a. **Impertinencia.** La prueba no aporta elementos a la teoría del caso de la parte que pretende introducir dicha prueba en juicio. La impertinencia es una causal de exclusión de la prueba como medida de precaución de la dilación innecesaria del juicio. A tiempo de decidir la pertinencia el juez no decide sobre la credibilidad de la prueba porque ello se discutirá en el juicio. Ante un incidente de exclusión probatoria por impertinencia de la prueba lo que debe demostrarse es que la prueba impertinente no generará información relevante a la teoría fáctica de la acusación o de la defensa. La relevancia se debe valorar en función al contenido de cada teoría fáctica.

b. **Redundancia.** La prueba aporta elementos a la teoría del caso de la parte que pretende introducir la prueba, pero, la misma parte ya ha ofrecido otros elementos probatorios que pretenden introducir la misma información. También existe redundancia cuando se pretende aportar abundante prueba que provea únicamente información sobre la cual no existe controversia. La redundancia, si bien es una causa de exclusión de prueba excedente, no es una causal de exclusión absoluta. Hay que tener en cuenta que un litigante puede ofrecer más de una prueba para demostrar la misma proposición fáctica como forma de reforzar la credibilidad de su teoría del caso en el contexto particular. En este caso, el juez debe valorar cuantos elementos probatorios redundantes son admisibles para tal efecto sin que ello produzca la dilación excesiva del juicio.

c. **Notoriedad de hechos públicos.** La prueba ofrecida pretende demostrar hechos de amplio conocimiento público por notoriedad. En cualquier caso los hechos notorios son proposiciones fácticas de discusión innecesaria en el juicio, salvo que las partes

aporten elementos particulares que trasciendan el conocimiento general, pero que estén vinculados a dichos hechos notorios.

d. **Ilegalidad o ilicitud de la prueba.** La prueba fue obtenida mediante medios ilícitos en inobservancia de los límites, restricciones o condiciones establecidas en el procedimiento penal para la obtención de dichas pruebas.

8.2. Quién puede solicitar la exclusión probatoria

Por la naturaleza acusatoria del procedimiento la posibilidad de excluir prueba por lo general es promovida por el imputado, titular de las garantías que limitan el accionar del Estado en el ejercicio de la acción penal, especialmente en los casos de prueba ilegal.

Sin embargo, en caso de que el imputado pretenda introducir prueba dilatoria por impertinencia, redundancia o notoriedad, para precautelar el debido proceso la parte acusadora puede solicitar la exclusión de dicha prueba. En cualquier caso, resulta muy improbable que la parte acusadora promueva un incidente de exclusión probatoria fundado en la ilegalidad de la prueba, puesto que los límites, restricciones y condiciones que restringen la obtención de prueba, rigen por esencia a los órganos promotores de la acción penal y a las agencias de investigación del Estado.

8.3. Audiencia de exclusión probatoria

8.3.1. Definir el objeto de la discusión

Dado que la exclusión probatoria tiene por finalidad dar cumplimiento a la garantía del debido proceso mediante el control de prueba inadmisible la audiencia deberá circunscribirse a la verificación de impertinencia, redundancia, prueba excesiva o ilegalidad del elemento probatorio, según pretenda demostrar el quién promueve el incidente.

Bases para la discusión de impertinencia o redundancia

Para los casos de incidentes de exclusión probatoria fundados en impertinencia o redundancia, el juez de la etapa preparatoria debe asegurarse de moderar el debate de tal forma que quede clara cuál es la teoría fáctica (versión de los hechos) de la parte que ofrece que la prueba cuya exclusión se solicita. De otra forma, el juez, cuya labor

consiste en "filtrar" elementos probatorios en todo lo que sea relevante y legalmente admisible para su incorporación al juicio, no tendrá base o referencia para establecer los hechos que la parte pretende demostrar en el juicio para establecer el vínculo de pertinencia directa o indirecta del elemento probatorio en cuestión.

Bases para la discusión de prueba excesiva o prueba ilegal

Para los casos de incidentes de exclusión probatoria fundados en el exceso de la prueba por pretensión de demostración de hechos notorios, o para los casos de prueba ilegal, el juez no necesitará confrontar dicha prueba con la teoría del caso porque ante una situación de exceso o ilegalidad, no se pretende proteger la relevancia de la prueba con el juicio (porque puede existir plena relevancia), sino se pretende evitar que

a. Elementos innecesarios ingresen al juicio para producir dilación, por superabundancia.
b. Elementos obtenidos mediante procedimientos o métodos ilícitos ingresen al juicio.

8.3.2. Desarrollo de la audiencia

A tiempo de instalarse la audiencia y de darle la palabra a la parte que promovió el incidente de exclusión probatoria, es necesario que el juez con carácter previo aclare lo siguiente:

a. Que la audiencia NO tiene por objeto la discusión de la culpabilidad del imputado por el hecho que se le imputa, ni la credibilidad de la prueba cuya exclusión se solicita, por tanto, cualquier argumentación que vaya orientada a estos tópicos podrá ser objetada e interrumpida por el juez.
b. Que el objeto de la discusión serán las causales de inadmisibilidad de la prueba que alegue la parte incidentista y que ambas partes deberán referirse a dichas causales y a los antecedentes del proceso relevantes a la procedencia o improcedencia de dicha causal.

Abierto el debate, la parte que promovió el incidente deberá exponer:

1. El elemento probatorio cuya exclusión se solicita.
2. La causal de inadmisibilidad de dicho elemento.

3. La fundamentación de las circunstancias de la causal (dependiendo de la causal, el juez podrá solicitar al incidentista que provea información sobre la teoría fáctica de la contraparte conforme a lo descrito en el punto anterior, que presente antecedentes de la investigación etc).

Concluida la fundamentación del incidentista, la parte que ofreció la prueba cuya exclusión se solicita deberá decidir, en función a su teoría del caso, y a la situación particular de la prueba cuya admisibilidad está en cuestión si se allana al pedido del incidentista o si solicitará que la petición del incidentista se declare improcedente.

En este segundo escenario la parte contraria deberá:

1. Fundamentar sobre aquellos factores que hacen que la prueba sea admisible en juicio (desacreditar los fundamentos del incidentista).
2. Presentar los antecedentes que respalden los fundamentos de la admisibilidad de la prueba (esta parte es opcional, porque, en virtud al principio acusatorio, el incidentista tiene la carga de la demostración de la inadmisibilidad).

8.3.3. Prueba sobre prueba

Dependiendo de la causal de inadmisibilidad que se alegue, es posible que las partes litigantes procuren presentar prueba sobre hechos relevantes a la inadmisibilidad de elementos probatorios reunidos con relación al hecho investigado.

Respecto a dichos elementos, corresponde hacer una aclaración para evitar la confusión de las audiencias de la etapa previa en general y de la de exclusión probatoria en particular, en cuanto a los intentos de producción de prueba.

Tomemos por ejemplo, un proceso por delito de estafa seguido contra Juan Pérez, en el cual se presenta un incidente de exclusión probatoria fundado en causal de prueba ilegal porque los elementos documentales y materiales de la supuesta estafa se obtuvieron a través de un allanamiento realizado sin orden judicial en el domicilio de Juan Pérez. Existen varios elementos probatorios de este nuevo hecho (allanamiento ilegal) que podrían acreditar la obtención ilegal de los documentos y materiales, por ejemplo:

a) La vecina del habitante del domicilio allanado que observó el ingreso de efectivos policiales al inmueble, forzando a patadas la puerta.

b) La declaración de uno de los investigadores que participó en el allanamiento y que intentó convencer a sus compañeros de no ingresar al inmueble porque no tenían orden de allanamiento y el fiscal no estaba presente.

c) La declaración del habitante del inmueble, presente al momento del allanamiento.

El interrogante que surge: **¿Es necesario convocar a la vecina, el investigador o el habitante del inmueble y que sean interrogados en audiencia (producción de prueba testifical) de exclusión probatoria?** No siempre: si quien promueve el incidente argumenta la existencia de esos medios probatorios y la contraparte no los niega, se estará asumiendo que las cosas se dieron tal y como las relata el incidentista. Ahora, si la contraparte cuestiona la existencia o contenido de alguno de los medios mencionados por el incidentista, el juez podría resolver que es necesario oír los testimonios para tener mejor calidad de información para la toma de la decisión.

Es importante recalcar que la producción de prueba es siempre una necesidad del juicio y no de las audiencias de la etapa previa. El fundamento de esta distinción está en la FINALIDAD de dichas audiencias. Un juicio es una audiencia orientada a establecer ausencia o existencia de responsabilidades contra un acusado o un imputado. Por el contrario en las audiencias de la etapa previa las decisiones que toman los jueces de garantía no están orientadas hacia el establecimiento de responsabilidades, sino a que la preparación del juicio (investigación) se conduzca dentro de los límites legales.

Nuevamente, es importante aclarar que las audiencias de exclusión de prueba ilegal no tienen por objeto juzgar a quienes obtienen prueba ilegal, sino excluir prueba ilegal para que no ingrese al debate de un juicio futuro sin perjuicio de que sirva posteriormente para un posible juzgamiento disciplinario, civil o penal, en cuyo caso la prueba sobre prueba se convierte en la prueba de los hechos de un juicio sobre el investigador, el fiscal o el funcionario público que cometió una infracción en el acto de obtención ilegal de la prueba.

Considerando el principio básico de que las audiencias de la etapa previa (preparatoria) no son de juzgamiento ni determinación de responsabilidades, ello implica que el juez de dicha etapa se encuentra plenamente autorizado para controlar la actividad de investigación del Ministerio Público Fiscal y de la Policía Nacional, y ello es precisamente parte de las audiencias de exclusión probatoria fundadas en causal de prueba ilegal.

Con base en la naturaleza de control de límites y garantías que tiene el juez supervisor de la etapa preparatoria, es perfectamente admisible que, sin perjuicio de la carga de la demostración de la causal que tiene el incidentista, ésta carga no sea absoluta, y el juez, en su rol de control, **exija rendición de cuentas a los funcionarios policiales o fiscales** sobre la forma en la que se condujeron los actos de investigación que, de acuerdo al incidentista, infringieron los requisitos y formalidades de ley.

Esta finalidad permite y autoriza plenamente, con fundamento en la necesidad de control jurisdiccional de la etapa preparatoria, que el incidentista no sea el único en la demostración de la procedencia de la causal, sino en que la contraparte acusadora demuestre haberse conducido conforme a la ley en relación a dicha causal.

Por todo lo anteriormente anotado, durante las audiencias de exclusión probatoria es necesario presentar los antecedentes que acreditan la existencia de un factor de exclusión (prueba sobre prueba), **sin embargo no siempre es necesario producir dicha prueba en audiencia**, sino simplemente presentar ante el juez dichos elementos respetando el contradictorio concentrando el debate sobre los puntos en controversia.

8.3.4. Finalización

Una vez ambas partes hayan expuesto su fundamentación y presentación de antecedentes alrededor de la causa de inadmisibilidad de prueba, el juez deberá decidir la procedencia o improcedencia del incidente, velando siempre por la necesidad de que la prueba cuya credibilidad se debatirá en juicio haya sido:

a) Legalmente obtenida.

b) Pertinente a la teoría fáctica de la parte que la ofrece.

Necesaria (no obvia) y esencial (no redundante).

TERCERA PARTE

Litigación de juicio oral

9. CONSIDERACIONES GENERALES

Esta Tercera Parte del juicio nos ocuparemos de analizar las herramientas de litigación específicas para el juicio oral. Para ello, seguiremos los lineamientos establecidos en sentido de la audiencia como metodología de trabajo en un sistema acusatorio que han sido expuestos a grandes rasgos en la Primera Parte de este manual, especificando las características propias de la litigación en estas etapas.

Nos concentraremos básicamente en dos audiencias: la audiencia de control de la acusación (llamada en diversos sistemas *audiencia conclusiva, audiencia de la etapa intermedia, audiencia de presentación de la acusación, etc.*) y la audiencia de juicio como tal.

9.1. Características de las audiencias

Manteniéndonos en la lógica de la audiencia como *espacio para la entrega de información relevante desde las partes hacia el juez y la toma de decisiones de calidad por parte de este* acercándonos al juicio como tal, es necesario hacer una diferenciación con las audiencias de la etapa previa al juicio y recordar una serie de principios que si bien están instalados en la formalidad del discurso judicial, no siempre se efectivizan en las prácticas tribunalicias.

En lo que hace a la diferenciación, durante el recorrido que hemos realizado por las audiencias de la etapa preliminar, hemos visto que durante esa etapa se darán algunas características que no estarán presentes llegando al juicio:

La flexibilidad de la audiencia. En primer lugar, hemos visto que si bien cada audiencia tendrá objetivos previamente definidos, pueden darse casos en la etapa previa al juicio en que una audiencia llamada para una determinada finalidad derive en otra distinta (una audiencia convocada para imputar formalmente a una persona, puede perfectamente derivar en una audiencia de aprobación de una salida alternativa, en tanto las partes lleguen a un acuerdo). Esto tiene relación con una cuestión central: si durante la etapa previa al juicio no se está dando una discusión de fondo sobre la existencia del hecho, la participación de la persona imputada y la necesidad de una determinada pena sino que se dan discusiones puntuales sobre temas específicos (procedencia o no de una medida cautelar, posibilidad o no de considerar a una prueba obtenida en forma legal, autorización o no para realizar determinada actuación de investigación, etc.).

Las diversas finalidades de los momentos procesales, entonces, generarán diferenciaciones en la forma de las audiencias: mientras la finalidad de la etapa previa será constatar desde la acusación si existen elementos suficientes para proceder a un juicio, las audiencias de discusión se darán con un formato adaptable a las diversas discusiones que las partes deban dar para verificar la posibilidad o no de ir adelante con el caso; en cambio, dado que la finalidad del momento de juicio es determinar la existencia o no de la responsabilidad penal de la persona imputada, la "cancha de juego" estará mucho más delimitada en este momento del proceso penal.

La función de los jueces en los distintos momentos. En segundo lugar, durante la Primera Parte del manual hemos descripto y alentado a los jueces a tener, durante las audiencias previas al juicio, un rol activo en la medida en que las circunstancias lo exijan. Si un juez no está seguro de la existencia o no de un determinado elemento en una audiencia de medida cautelar, puede dirigirse a las partes y consultar por tal elemento; si otro juez quiere constatar la existencia real de voluntad de renunciar al juicio de un imputado en una audiencia de salida alternativa, puede dirigirse directamente a la persona imputada y hacerle todas las preguntas que considere pertinentes para asegurarse de tal existencia; y así, en la medida en que los jueces de la etapa previa permitan a las partes cumplir sus roles y no se conviertan en sus reemplazantes, sí tienen una posibilidad amplia de indagar en la

existencia o no de información que les permita tomar una decisión de mayor calidad. Todo lo contrario sucederá en el juicio; el rol de los jueces durante la etapa procesal del juicio será, como lo veremos en esta Tercera Parte, absolutamente pasiva. No estarán autorizados a formular preguntas a los testigos, solicitar incorporación de prueba no propuesta por las partes, consultar sobre determinados extremos a las partes ni nada que se acerque a estas circunstancias, sino que tendrán que tomar su decisión en forma exclusiva sobre el caso que las partes presenten y la existencia o no de acreditación del mismo.

Nuevamente vemos cómo esta distinta modalidad de actuación por parte de los jueces se vincula directamente con las finalidades de los diversos momentos procesales: un juez, durante la etapa previa al juicio, tiene como función principal la de velar por el respeto de las garantías de las partes involucradas (sobre todas las cosas, por los derechos y garantías del imputado) y en ese sentido, está habilitado para recuperar de las partes información que considere que le será de utilidad para tomar una mejor decisión.

En cambio, un juez en la etapa de juicio tiene la función de determinar la existencia o no de responsabilidad penal y la imposición o no de una pena en consecuencia. En tanto la decisión de un juez de la etapa previa implica la posibilidad o no de seguir adelante con el proceso penal, la decisión de un juez en juicio implica la finalización de ese proceso. Por ello, al ser definitiva la decisión que tomará el juez, la obligación de imparcialidad para con la toma de la misma se vuelve esencial: el juez no puede jugar el rol de un investigador durante el juicio sino que tiene que evaluar el trabajo que han realizado las partes durante toda la etapa previa, la forma en que anuncian su caso, presentan su prueba y la valoran y, en función a ello, tomar una decisión en un sentido u otro.

Por estas razones insistiremos durante esta Tercera Parte en la importancia de que el juez de juicio mantenga una posición neutral y tenga una función de carácter pasivo, limitándose a resolver las incidencias que surjan entre las partes durante el desarrollo del juicio.

En cuanto a los principios del juicio, estaremos de acuerdo en declarar que el juicio debe ser **oral, público, contradictorio, continuo y con inmediación.** Estos principios tendrán implicancias muy concretas en la forma en que la prueba será presentada en el juicio y las

posibilidades de litigación concreta de las partes, por ello nos parece importante hacer mención en esta introducción a la importancia de ir más allá del mero recitado formal y pensar estos principios en concreto, como sustento de las herramientas de litigación que veremos en los apartados siguientes.

9.2. Las herramientas de litigación y la información en el juicio

La litigación en juicio implica el conocimiento y capacidad de utilización herramientas muy específicas para fines muy determinados. Hemos dicho que en la fase previa, las partes trabajarán estableciendo la base para demostrar la responsabilidad penal y necesidad de una pena (en el caso de la acusación) o desestimando tal responsabilidad (en el caso de la defensa). En el juicio, ambas partes estarán en obligación de demostrar que cuentan con respaldo probatorio suficiente para respaldar sus dichos. Esto implica que al juicio **no se concurre a investigar** sino que el rol de las partes está puesto en demostrar que hicieron bien su trabajo durante la etapa previa (de investigación, justamente) y cuentan con un caso sostenible.

Sintetizando, diremos que en materia de litigación de cara al juicio, nos encontraremos frente a diversas necesidades:

- **Contar con un planteamiento estratégico.** De la misma manera que en la etapa inicial nos referíamos a la importancia de analizar y proyectar los casos, habiendo superado la etapa previa y claros en que nos enfrentaremos a un juicio, se vuelve mucho más importante tener un esquema de trabajo que nos permita manejar hechos, derecho y prueba en un formato amigable con la litigación oral. Por ello, en materia de planeamiento estratégico volveremos a lo expresado al inicio y desarrollaremos algo más sobre la ***teoría del caso***.

- **Capacidad de anunciar la información.** En el mismo sentido en que realizamos "introducciones" o "resúmenes" que marcan los objetivos y contenidos de un determinado documento o presentación, al concurrir a un juicio las partes deberán hacer un anuncio del caso que concurren a presentar y la forma en

que lograrán su objetivo en el juicio. Para ello, contarán con la herramienta conocida como ***alegato de apertura.***

- **Presentación de la información.** Una vez realizado el anuncio, a su turno las partes tendrán que demostrar cuál es el respaldo probatorio que han logrado recuperar durante la fase de investigación y traerlo efectivamente a juicio para mostrar al tribunal que su caso no es una simple historia, sino que se trata de una historia con contenido penal y prueba suficiente para obtener una decisión favorable. En este sentido, cada una de las partes deberá saber utilizar las herramientas de producción de información: ***examen de testigos y peritos, introducción de prueba material, uso de apoyos en la producción de información, uso de declaraciones previas para recordar información por parte de los testigos.***

- **Control de la información.** Durante la presentación de la información de una parte, la función de la contraria será realizar un riguroso control de ésta, de forma tal de impedir que información irrelevante, impertinente, ilegal, en definitiva: de baja calidad, ingrese a la audiencia de juicio para ser valorada por el juez. Para realizar este control en forma efectiva, las partes deberán conocer y manejar otra serie de herramientas: ***contraexamen de testigos y peritos, uso de declaraciones previas para confrontar información y objeciones.***

- **Valoración de la prueba producida.** Finalmente, una vez presentada toda la prueba y controlada toda la prueba de la contraparte durante el transcurso del debate, antes de la deliberación por parte del tribunal, será función importante de las partes realizar una valoración de todo lo presentado y explicar por qué debe considerarse una decisión favorable a la presentación realizada. Para tal fin, ambas partes deberán saber cómo realizar un ***alegato de clausura.***

Estas herramientas de litigación serán el centro de desarrollo en esta Tercera Parte.

10. TRABAJO PREVIO AL JUICIO

10.1. La decisión de ir a juicio: retomando la importancia del análisis estratégico del caso

A partir de algunos elementos revisados en la Primera Parte, recordaremos que una vez conocido un caso, la principal tarea del litigante será realizar un análisis estratégico que le permita proyectar cuáles son las posibilidades concretas de solución de acuerdo a varios indicadores, entre los que cabe mencionar:

- La voluntad de las partes involucradas en el conflicto (víctima e imputado).
- Las posibilidades reales de las partes involucradas de buscar una solución alternativa.
- Las posibilidades legales de buscar una solución alternativa o llegar a juicio.
- Las posibilidades materiales del caso (las necesidades probatorias versus las posibilidades reales de la investigación; la disposición de las partes e involucrados de concurrir al juicio; la necesidad de trabajo versus la posibilidad de recursos, etc.).
- Los intereses institucionales para la persecución del caso del que se trate.
- Los intereses sociales para la persecución del caso del que se trate.

Si existen dudas sobre la existencia del hecho, sobre la participación de la persona imputada o sobre la capacidad de la acusación de probarlo, desde el Ministerio Público Fiscal deberá evaluarse –y desde la defensa técnica buscarse esa solución– la desestimación del caso (regulada con diversos nombres en las legislaciones procesales: rechazo, archivo, desestimación, etc.).

Si por el contrario existen elementos suficientes para acreditar la existencia del hecho, la participación de la persona imputada y, además, se da la posibilidad de contar con la prueba para demostrar tales extremos, la acusación deberá analizar –tomando en consideración los indicadores enunciados– cuál es el camino que desea seguir: avanzar

hacia un juicio o buscar una salida alternativa o mecanismo simplificado de culminación del proceso (suspensión condicional, conciliación, juicio inmediato, procedimiento abreviado, etc.). La defensa técnica, por su parte, deberá realizar el mismo análisis para verificar en qué contexto está la mejor solución posible, en el caso concreto, para la persona imputada y presentarle a la misma todas las opciones existentes.

Si el camino del caso es el del juicio como tal, la obligación de pensar estratégicamente la actuación desde cada una de las partes se vuelve un elemento central para la obtención de resultados favorables. Será tarea de la acusación demostrar más allá de toda duda razonable la existencia del hecho, la participación de la persona imputada y, en consecuencia, la responsabilidad penal de la misma. En tanto tarea de la defensa será, bien poner en tela de juicio la certeza a la que está obligada la acusación, bien demostrar una posibilidad alternativa: existencia de coartada, causa de justificación, imposibilidad de aplicar una pena, etc.

Estas tareas, que a primera vista parecen sencillas y pan de cada día de los abogados, se vuelven sumamente complejas cuando las partes deben comenzar a trabajar el armado del rompecabezas que implica conocer el hecho concreto del caso, subsumirlo en forma adecuada en el derecho penal aplicable y probarlo completamente a través de prueba pertinente y legalmente obtenida.

La teoría del caso, como veremos a continuación, se convierte en la carta de navegación del abogado durante el juicio y en un elemento central para un trabajo exitoso.

10.2. La teoría del caso: su construcción específica y estratégica de cara al juicio

¿Cuántas veces escuchamos sobre la existencia de cientos de testigos en juicios penales? ¿O sobre cantidades innumerables de pruebas materiales? Esto, que en principio puede impresionar en sentido de "prueba contundente" analizado en detalle no constituye otra cosa que la mala preparación de un caso. Salvo causas tan complejas como extrañas, en términos generales podemos sostener que los casos penales que llegan a juicio no tienen demasiado misterio. En adición, en casos complejos, que atañen peligro para los participantes en los juicios, más llamati-

va resulta la existencia de prueba numerosa, sobre todo de carácter testimonial: el sentido común lleva a pensar que si una persona sabe que su declaración puede ocasionarle peligro, lo más probable es que no quiera presentarse a declarar. La responsabilidad institucional, de su parte, indica que si se va a poner en riesgo la seguridad de las personas, es una obligación limitar la participación a los mínimos indispensables.

La teoría del caso, como herramienta estratégica, es la que permitirá a los litigantes determinar con la mayor exactitud posible cuáles son los hechos importantes para llevar al juicio, en función de qué tipos penales concretos y con cuál respaldo probatorio. Como hemos observado en la Primera Parte de este manual, el trabajo de construcción de la teoría del caso comienza con el mismo análisis de la causa concreta que le tocará al litigante llevar adelante. Sin embargo, a medida que el caso avanza hacia el juicio se va volviendo más necesario centrarse en una teoría determinada, descartar alternativas y "casarse" con una sola versión de lo ocurrido.

La teoría del caso será, entonces, la versión propia de cada litigante una vez llegados a juicio. Esto implica una serie de cuestiones que deben ser asumidas de inicio para poder trabajar en forma eficiente: no contradictoria, simple, consistente

- ***No puede ser contradictoria***. En tanto un acusador no puede decir, *"fue él y actuó dolosamente"* pero a la misma vez sostener que *"existió una conducta imprudente"* sobre la misma persona y basándose en el mismo hecho, un defensor no podrá tampoco sostener *"mi defendido no fue pero si se demostrara que sí fue actuó en forma justificada"*. De la misma forma que la obligación probatoria de la acusación será diferente en tanto acuse por un delito doloso o uno culposo, la obligación en juicio de parte de la defensa será distinta si quiere cuestionar a la prueba de la acusación por insuficiente, quiere demostrar que existió una coartada o quiere alegar una causa de justificación. Es sumamente importante asumir esto de inicio porque como ya hemos referido en otras partes de este Manual, quien quiera demostrar *todo* probablemente no obtenga *nada* sobre todo estando en juicio y planteando situaciones que a la vista resultan contradictorias unas con otras.

- ***Debe ser simple.*** Para formular una teoría del caso y sostenerla en juicio debe partirse de la base que la explicación más simple es, generalmente, la más creíble. Si como defensora pretendo demostrar que mi defendido tiene una coartada, será mucho más creíble afirmar que estuvo mirando televisión en su casa y demostrar en su declaración que recuerda con precisión la programación de ese día, que alegar que se encontró con un grupo de amigos que no veía desde hace muchos años y que sólo conoce por apodos por lo que fueron muy difíciles de encontrar para traerlos al juicio a sostener su coartada. Lo mismo aplica para la acusación: la simpleza debe ser un elemento central de su trabajo en términos de no comprometerse probatoriamente a más de lo que efectivamente estará en condiciones de acreditar a lo largo del juicio: si como acusadora sé que mis testigos presenciales tienen problemas de credibilidad por la distancia, la hora, las capacidades específicas de percepción o cualquier otra razón, no sirve de nada que alegue que cuento con testigos que *no dejarán lugar a ninguna duda* sobre la existencia del hecho. Es importante recordar que cada prueba tiene su finalidad en el juicio y que rara vez voy a demostrar todo mi caso con una sola prueba.
- ***Debe ser consciente.*** La teoría del caso que formule para ir al juicio debe basarse en los elementos que efectivamente he logrado obtener en el caso y no en fantasías o supuestos inexistentes. Si como acusación sólo tengo elementos para demostrar la existencia de un delito culposo, es una irresponsabilidad presentar mi caso sobre la base de un delito doloso. Si como defensa he analizado la situación y sé que la prueba es contundente y la posibilidad de absolución es remota, debo concentrar mis esfuerzos en obtener una pena menor a la solicitada por el fiscal. Trabajar una teoría del caso sirve a los litigantes para tomar consciencia de sus posibilidades y limitaciones y decidir el camino a seguir en el juicio en función a ello.

En definitiva, la teoría del caso será la herramienta que permita que los litigantes trabajen en forma seria, haciendo un análisis concreto de sus casos y las posibilidades de los mismos llegados al fin de la etapa de investigación y eviten jugar a la lotería. Un litigante que concurre a juicio a "tentar suerte" debería dedicarse a los juegos de azar más que

al ejercicio de la abogacía. Las herramientas de planeación no deben ser abandonadas sino que deben centrar el trabajo de los abogados, de forma tal de estar claros en sus posiciones, adelantar los posibles cuestionamientos de las contrapartes, compartir y consensuar estrategias en el caso de ser múltiples integrantes de una misma parte y, en definitiva, estar en condiciones de adelantar con un grado importante de predictibilidad los resultados que los verdaderos protagonistas del conflicto podrán esperar del juicio.

En el mismo sentido, la construcción a consciencia de una teoría del caso en forma previa a la concurrencia al juicio permitirá a los litigantes tener claridad sobre cuáles son los puntos fuertes y flojos en su historia y cuáles son las fortalezas y debilidades de su prueba, permitiéndole estos aspectos hacer una presentación de su caso que, sin faltar a la ética, permita mostrar la mejor versión de lo que efectivamente se tiene.

10.2.1. Componentes de la teoría del caso

Brevemente recordaremos que la teoría del caso tendrá tres componentes concretos:

La teoría jurídica

Consistente en el tipo penal (o tipos penales) seleccionado para ir adelante con el caso concreto. Quienes toman a la ligera el trabajo de litigación (pensándolo como simple oratoria o buena teatralización) suelen olvidar que para construir una teoría del caso sólida, es de fundamental importancia el conocimiento del derecho penal sustantivo. Definir un delito no implica simplemente abrir el Código Penal y buscar un artículo sino que significa conocer los elementos constitutivos del tipo penal en cuestión, conocer la doctrina y jurisprudencia sobre éstos y estar en capacidad de hacer una subsunción correcta en el caso de que se trate. No podemos perder de vista que el tipo penal es lo que no variará de caso en caso, sino que se mantendrá con las mismas exigencias (es decir: un fiscal no podrá decir que probó "casi el delito" si no llegó a constatar la existencia de todos los elementos constitutivos del tipo que se trate).

En función a ello, al momento de seleccionar (en el caso de la acusación) el delito por el que se va a realizar la acusación, debe estarse en

la certeza de poder acreditar con hechos y pruebas cada uno de los elementos constitutivos del mismo.

En este contexto, surgen algunas apreciaciones a considerar en el ámbito de la teoría jurídica concretamente:

- ***¿Necesidad de acusar por numerosos tipos penales?*** No siempre, pero existen sistemas donde la costumbre de acusar por varios tipos penales se ha convertido prácticamente en regla. No puede olvidarse que en la medida en que más tipos penales incluyo en una acusación, más elementos estoy obligado a demostrar con hechos y con pruebas y más complejo se vuelve mi trabajo: si mi trabajo es, finalmente, convencer a un tribunal de la existencia de un determinado delito (o delitos) cuanto más aumente mi obligación probatoria, más tiempo requeriré del tribunal, más largo se hará el juicio y más dificultoso se volverá para el tribunal el retener todos los elementos de convicción en forma ordenada, coherente y consistente con mi historia. Por ello, desde el punto de vista de la acusación consideramos imprescindible realizar el ejercicio de proyectar, en términos prácticos, cuál será la ganancia de acusar por múltiples delitos (una pena mayor, una posibilidad de beneficios luego de la condena menor, una necesidad institucional específica, etc.) y evaluar si esa ganancia justifica el riesgo de distraer al tribunal hasta el punto de perderlo.

  Pensado desde la defensa, es bastante difícil de evitar previamente que la acusación tome la decisión de acusar por múltiples delitos y en caso de que esto se dé así, es importante asumir que la precisión forma parte de las obligaciones de una buena defensa técnica: será importante hacer el mismo trabajo de identificación de los elementos constitutivos de cada tipo penal llevado a juicio a fines de identificar dónde están las posibilidades concretas de cuestionar a la acusación, ir por una teoría alternativa o buscar disminuir la responsabilidad penal

- ***¿Cada delito es un nuevo relato?*** Una segunda cuestión a considerar desde la acusación es que si tomamos el camino de acusar por varios delitos, más allá de la desagregación de elementos de cada tipo penal que realicemos para nuestra mejor comprensión y para lograr un trabajo complejo, ello no

implica que debamos construir un relato diferente para cada delito por el que estamos acusando: el hecho histórico es el mismo (cuestión que veremos en el apartado siguiente). Qué a partir de un determinado hecho surjan los elementos constitutivos de múltiples delitos y que nosotros concluyamos que lo correcto es acusar por todos los delitos existentes, no nos obliga a hacer tantos relatos como delitos existan. Nuestra obligación será realizar un relato del hecho en el que conste la existencia de todos los elementos constitutivos de todos los delitos que estamos incorporando a la acusación, en forma suficientemente comprensible como para que la persona (o personas) acusada pueda saber las razones por las cuales se encuentra en juicio.

- ***¿Todos los acusados hicieron todo?*** Una tercera cuestión para la reflexión es la importancia de identificar los grados y formas de participación cuando se trata de múltiples acusados. De la lectura de acusaciones o asistencia a la presentación de alegatos en juicio, un observador externo suele obtener relatos tan extensos, imbricados y vagos como para salir de la audiencia (o concluir la lectura, si se trata de una acusación) sin tener claridad sobre quién hizo qué o creyendo que se trató de personas casi siamesas que hicieron absolutamente todo al mismo tiempo, juntos. Legalmente, es una obligación de la acusación comunicar a la defensa cuál es la participación concreta en el hecho de cada una de las personas que están siendo parte en una acusación y por qué delitos específicos se les está acusando (en el mismo sentido es un derecho de la defensa exigir esa claridad). Pero adicionalmente a la obligación legal, aparece una necesidad estratégica: si yo no tengo claro quién hizo qué, difícilmente podré tener claro qué es lo que estoy obligada a probar en concreto. Por ello, cuando estoy frente a un caso con múltiples participantes, la primera pregunta que debo hacerme es ¿es necesario acusar a todos en juicio? (pensando nuevamente en los indicadores que enunciáramos a modo ejemplificativo más arriba) y en caso que mi respuesta sea que sí, que debo llevar a todos (o a un número de ellos) a juicio, debo clarificar cuál será en concreto su participación en el hecho. Caso contrario, corro riesgo como acusación de perder mi caso por no tener la suficiente claridad sobre cómo probarlo.

La teoría fáctica

La experiencia tanto en cursos de litigación como en observación de audiencias orales indica que este componente, que intuitivamente en principio aparece como el menos problemático, es el más dificultoso de planificar por los litigantes.

Desarrollar una teoría fáctica implica traducir en términos comunes y corrientes los elementos de la teoría jurídica que hemos seleccionado. Y esto no es sinónimo de "inventar una historia que acomode al delito que elegí" sino que implica analizar a consciencia el hecho acaecido (ya que lo que sucedió es imposible de variar) y determinar hasta qué punto tal hecho se subsume en el tipo penal. De la misma forma que solemos escuchar la afirmación *"no puede forzarse la práctica para adaptarse a la teoría"* en este caso diremos en forma analógica que *no puede forzarse el hecho para adaptarse al delito*. La claridad que el litigante tenga sobre el hecho ocurrido determinará en forma directa su posibilidad de seleccionar en forma adecuada el tipo penal. En el caso de la defensa ocurre exactamente lo mismo: la claridad sobre el hecho le permitirá proyectar en forma mucho más clara cuál es la mejor estrategia de defensa, en el caso concreto, para obtener la mejor solución posible para la persona acusada.

Pero la complejidad de la teoría fáctica no está sólo en conocer acabadamente el hecho para seleccionar adecuadamente el tipo penal: también se trata de poder relatar en forma correcta el hecho. Los abogados confundimos permanentemente hechos y derecho: dado que estamos entrenados para subsumir conductas en tipos penales, asumimos que es lo mismo concurrir a un juicio y afirmar *"Juan de los Palotes fue víctima de un ardid urdido por María Castaña, que lo condujo a un error que originó una disposición patrimonial de su parte que trajo como resultado un perjuicio patrimonial para sí"*, que decir *"Juan de los Palotes compró un terreno a María Castaña en función a que ésta le mostró un título de propiedad, un certificado del registro de la propiedad donde constaba el terreno a su nombre, le mostró fotos del momento en que el intendente municipal le hizo entrega del título y un recorte del periódico local en el que figuraba la asignación a María Castaña del terreno en cuestión; le pagó a María la suma de US$ 45.000, acto en el que mediante notario escrituraron el negocio, cercó el terreno y cuando concurrió al registro de la propiedad a realizar el trámite para poner el terreno a su nombre,*

le informaron que ese terreno estaba registrado a nombre de Paco Pérez desde hace tres años". Si bien en ambos relatos los abogados probablemente pensaremos en la palabra "estafa", lo cierto es que en tanto el primero es una repetición memorística de los elementos constitutivos del tipo penal en abstracto, el segundo relato constituye un esfuerzo por concretizar, en un caso específico, en una situación de hecho puntual, un relato que, sin mencionar en forma directa esos elementos, nos lleva a pensar que hay partes de información que sirven para la subsunción en cada uno de los elementos concretos del tipo penal.

Y éste será uno de los trabajos más dificultosos para un abogado litigante: aprender a hacer relatos de hecho concretos, que muestren a la contraparte el contenido de sus afirmaciones jurídicas abstractas y permitan al tribunal saber qué le tocará juzgar en cada juicio específico. No podemos perder de vista la máxima que nos indica que "el juez conoce el derecho". No es necesario que concurramos a las salas de audiencia a recordarle a los tribunales cuáles son los elementos constitutivos del tipo penal porque eso, asumimos, es algo que los tribunales saben (y en caso de no saberlo, es algo que rápidamente podrán encontrar en el Código Penal). Lo que los tribunales no saben, es qué es lo que pasó en el caso que les toca juzgar en el día de hoy: ¿cuál es la situación de hecho? ¿Cuál es la participación de la persona acusada? El trabajo de los abogados será comunicar esa información a los tribunales, de la forma más concreta posible.

Y una buena manera de concretar los relatos de hecho (las teorías fácticas) y trabajar identificando las cuestiones importantes y separando las irrelevantes, es la construcción de proposiciones fácticas. Una ***proposición fáctica*** será, a los efectos del trabajo de los litigantes, una afirmación de hecho con información limitada. Una oración específica. El trabajo del litigante será dividir su relato del hecho en tantas proposiciones fácticas como porciones de información tenga tal relato.

En el relato que hicimos sobre Juan de los Palotes, por ejemplo, tendremos las siguientes proposiciones fácticas:

- *Juan de los Palotes compró un terreno.*
- *La vendedora del terreno que Juan de los Palotes Compro fue María Castaña.*

- *María Castaña le mostró a Juan de los Palotes un título de propiedad suya sobre el terreno.*
- *María Castaña le mostró a Juan de los Palotes un certificado del registro de la propiedad donde constaba el terreno a su nombre.*
- *María Castaña le mostró a Juan de los Palotes fotos del momento en que el intendente municipal le hizo entrega a ella del título de propiedad.*
- *María Castaña le mostró a Juan de los Palotes un recorte del periódico local en el que figuraba la asignación a María Castaña del terreno en cuestión.*
- *Juan de los Palotes le pagó a María la suma de US$ 45.000 como pago por la adquisición del terreno.*
- *Juan de los Palotes y María Castaña escrituraron el negocio ante un notario público*
- *Una vez adquirido el terreno, Juan de los Palotes lo cercó.*
- *Juan de los Palotes concurrió al registro de la propiedad a realizar el trámite para poner el terreno a su nombre.*
- *En el Registro de la Propiedad le informaron a Juan de los Palotes que ese terreno estaba registrado a nombre de Paco Pérez desde hace tres años.*

Hemos dividido la información que teníamos en el relato inicial en tantas proposiciones fácticas como partes de información relevante (a primera vista) tenemos. La tarea de los litigantes a continuación, con este relato del hecho será, desde el punto de vista de la acusación decidir si se cuenta con información fáctica suficiente para sostener la existencia de una estafa, es decir: si contamos con proposiciones fácticas que nos permitan cubrir cada uno de los elementos constitutivos del tipo. Desde la defensa, la tarea será la inversa: pensar cómo cuestionar la información existente de forma tal de impedir que la acusación pueda contar con afirmaciones para cada uno de los elementos constitutivos del tipo penal en cuestión.

Si hemos definido que tenemos proposiciones fácticas para cubrir cada uno de los elementos constitutivos del tipo penal, la siguiente tarea en el ámbito de la teoría fáctica que deberemos realizar es el "test de la superpo-

sición". Esta actividad consiste en verificar cuán fuerte o débil es cada una de nuestras proposiciones fácticas y, posteriormente, analizar en conjunto si a partir del resultado tenemos o no un caso sostenible en juicio.

Para realizar el test de la superposición, el litigante deberá pensar en cuál será el sentido, la explicación, que le dará a una determinada afirmación; por ejemplo desde la acusación: *"María Castaña le mostró a Juan de los Palotes un certificado de propiedad sobre el terreno a su nombre* ***porque quería engañar a Juan de los Palotes para obtener dinero de él"*** nótese que a partir del "porque" aparece la explicación propia de la acusación para la proposición fáctica "María Castaña le mostró a Juan de los Palotes un certificado de propiedad sobre el terreno". Una vez que la parte esté clara en la explicación propia, la superposición en concreto consiste en pensar qué explicación podría dar la contraparte y, a partir de allí, cuál de las dos explicaciones resulta más convincente. Por ejemplo, la explicación de la defensa podría ser: *"María Castaña le mostró a Juan de los Palotes un certificado de propiedad sobre el terreno a su nombre* ***porque ella también fue estafada y estaba convencida que el certificado era válido y el terreno era de su propiedad"***. ¿Cuál de las dos explicaciones resulta más convincente? Si como acusación considero que mí explicación de la proposición fáctica es más convincente, entonces diré que cuento con una **proposición fáctica fuerte** (que en este caso puntual, serviría para acreditar el elemento "ardid" del tipo penal "estafa"). Si, por el contrario, considero que la explicación de la defensa resulta más convincente, entonces estaré en presencia de una **proposición fáctica débil.**

¿Para qué me sirve el test de la superposición? Para verificar en concreto cuán sostenible es un caso y cuán necesaria es cada proposición fáctica para el mismo. Si luego de realizado el test de la superposición sobre todas las proposiciones mi resultado es que en su mayoría son débiles, como acusación mi pregunta siguiente tendrá que ser si vale la pena seguir adelante con el caso hasta el juicio.

Si, a diferencia de la situación anterior, luego de realizado el test encuentro que tengo un porcentaje de proposiciones débiles pero también cuento con proposiciones fuertes para todos los elementos entonces la pregunta que tendré que hacerme es si vale la pena incluir en mi relato esas proposiciones débiles, cuando pueden resultar de

más utilidad a mi contraparte que a mí y yo cuento con otras proposiciones que sirven mejor a mi propósito.

Otra situación posible que puede presentárseme es la de contar con proposiciones fuertes para algunos elementos del tipo penal y débiles para otros, en cuyo caso nuevamente tendré que hacer una valoración del conjunto y determinar si, pese a esa situación, considero que puedo ir adelante en el juicio y sostener la acusación.

La tarea de la defensa será, como hemos mencionado en apartados anteriores, trabajar sobre la base del trabajo de la acusación en el mismo sentido: ¿cuáles son sus proposiciones fácticas fuertes?, ¿cuáles son las débiles?, ¿basta con centrarse en explicaciones alternativas a las proposiciones fácticas débiles para lograr un resultado favorable?, ¿pese a la existencia de proposiciones fácticas débiles es necesario concurrir al juicio con una versión alternativa? Etc.

Como acusación, la exactitud con la que construya mis proposiciones fácticas me permitirá adelantar notablemente en la elección del tipo penal (o tipos penales) específicos para el caso y, a la vez, me permitirá manejarme con mucha más claridad en el siguiente componente de análisis en la teoría del caso.

Como defensa, la exactitud con la que analice la teoría fáctica de la acusación me permitirá determinar, concretamente y sin contradicciones, cuál es el mejor camino a seguir en cada caso: buscar la duda, construir una teoría alternativa, buscar una disminución de pena, etc.

La teoría probatoria

El tercer componente de la teoría del caso será la teoría probatoria. Una vez establecida la teoría jurídica y construida la teoría fáctica, a través del análisis de la debilidad o fortaleza de cada una de las proposiciones fácticas, el siguiente paso será identificar las pruebas existentes para concurrir al juicio.

En la Primera Parte del Manual decíamos que parte del análisis del caso que las partes hagan al inicio del mismo debe orientarse a identificar las posibilidades probatorias reales para avanzar en la investigación y llegar a juicio. Una vez cerrada la investigación, la tarea del litigante será analizar la prueba obtenida en función al resto de los

componentes de la teoría del caso: cómo servirá cada prueba para acreditar la existencia del hecho como se relata por el litigante; qué prueba deberá utilizarse para demostrar la veracidad de cada una de las afirmaciones del litigante.

Respecto a la prueba, los litigantes deberán realizar análisis vinculados a tres cuestiones: la legalidad en la obtención de la misma, la pertinencia y la credibilidad.

Si bien la legalidad será una cuestión que será objeto de discusión durante el transcurso de la etapa de investigación, ello no implica que una vez terminada dicha etapa la prueba tendrá una presunción incuestionable de legalidad: los jueces de juicio asumirán que si la prueba llegó hasta esta instancia pero las partes tendrán posibilidad de realizar cuestionamientos sobre este punto; con un formato diferente (cuestión que veremos más adelante en el Manual) en función a que el juicio no es la investigación, pero podrán hacerlo. En función a ello, al analizar el componente probatorio de la teoría del caso, la acusación deberá realizar un análisis de su prueba para identificar sobre cuáles elementos la defensa podría llegar a hacer cuestionamientos en términos de legalidad y determinar cuáles serán sus argumentos posibles para defender la legal obtención de los elementos. En el mismo sentido, si la acusación comprueba que una prueba que ha llegado hasta esta instancia tiene problemas de legalidad que no pueden defenderse desde la argumentación, deberá considerar la posibilidad de no introducir dicha prueba en juicio y de esa manera evitar un debilitamiento de su caso. La defensa, por su parte, deberá hacer el mismo análisis sobre la prueba de la acusación, verificando en qué casos existen problemas de legalidad reales; es decir: desde el punto de vista de la defensa es importante asumir que los cuestionamientos por faltas a la legalidad, llegados a esta instancia con más razón aún, no pueden basarse en incumplimientos meramente formales (falta una firma; un dato está mal consignado; etc.) sino que tienen que vulnerar derechos o garantías del acusado.

En términos de pertinencia, los litigantes deberán analizar concretamente cuál es la prueba que sirve para acreditar elementos de la teoría fáctica (proposiciones fácticas) y cuáles no, descartando estas últimas. Hemos mencionado anteriormente que el hecho de contar con cientos de testigos, decenas de pericias o miles de evidencias materiales no

tiene ninguna relación con la mayor o mejor posibilidad de ganar un juicio. Dicho en otros términos: en litigación **lo que abunda sí daña.** No es función del litigante llenar el tiempo con contenidos, independientemente del avance o no que hagan en el juicio esos contenidos, de cuánto sirvan para probar el caso. Todo lo contrario: los litigantes están obligados a analizar estrictamente su prueba para tener claridad sobre cuáles elementos son útiles para demostrar su caso. De lo contrario, la contraparte estará habilitada para cuestionar la pertinencia de cada elemento que resulte irrelevante para el caso concreto.

Finalmente, la discusión central en el juicio será sobre credibilidad. Como mencionamos, los jueces de juicio asumirán en cierta medida que la prueba que ha llegado hasta esta instancia ha sido obtenida en forma legal (ya que han existido instancias suficientes para hacer planteos en contrario) y que los elementos traídos son pertinentes. Sobre lo que no existirá ningún tipo de presunción es sobre la credibilidad de una prueba. El trabajo que los litigantes realicen en el juicio tendrá por objetivo principal convencer a los jueces de la versión que están sosteniendo; para ello aportarán tantas pruebas como resulten necesarias para apoyar su versión. La principal evaluación que los jueces deberán hacer al momento en que discutan la decisión será cuán creíble resulta la prueba que las partes presentaron para acreditar sus posiciones. Y para que los jueces realicen ese trabajo, será necesario que las partes, al momento de presentar su prueba, aporten elementos suficientes para establecer la credibilidad de su prueba.

De acuerdo a lo expuesto, en la misma medida en que al momento de establecer la teoría fáctica los litigantes deberán realizar el test de la superposición para establecer la fortaleza o debilidad de sus proposiciones y definir si avanza o no, en términos probatorios deberán escalonar una serie de tests para verificar la valía de su prueba:

- ¿La prueba tiene problemas de legalidad?
- ¿La prueba es pertinente?
- ¿La prueba es creible?

Estas preguntas deberán realizarse con cada uno de los elementos probatorios que los litigantes deseen llevar a juicio. Y si una vez realizado el análisis se establece que el litigante cuenta con pruebas suficientes y

sostenibles para acreditar proposiciones fácticas que cubren cada uno de los elementos constitutivos del tipo seleccionado en la teoría jurídica, tendrá una teoría del caso completa.

10.2.2. La vinculación entre las distintas partes de la teoría del caso

De acuerdo a lo hasta aquí expuesto, en términos de teoría del caso los litigantes deberán realizar una triple vinculación: derecho, hechos y prueba. Insistimos en este punto porque lo que **siempre debe evitar un buen litigante** es pensar que estos tres componentes van por cursos separados y no tienen nada que ver unos con otros. Esquemáticamente, los litigantes tendrían que iniciar la construcción de su teoría del caso de la siguiente manera:

ACUSADO: VÍCTIMA: TIPO PENAL CONSIDERADO:		
ELEMENTOS DE LA TEORÍA JURÍDICA	**TEORÍA FÁCTICA**	**TEORÍA PROBATORIA**
ELEMENTO 1	Proposición Fáctica 1	Prueba 1
	Proposición Fáctica 2	
	Proposición Fáctica 3	Prueba 2
ELEMENTO 2	Proposición Fáctica 4	Prueba 3
	Proposición Fáctica 5	Prueba 1
ELEMENTO 3	Proposición Fáctica 6	Prueba 4

Consideramos que el esquema anterior sirve a los litigantes a los efectos de ordenar su caso y separar las cuestiones importantes para el juicio de aquellas que no lo son. Como vemos en el esquema, para contar con una teoría del caso, hay algunas cuestiones iniciales que realizar:

- Identificar los elementos constitutivos del tipo penal seleccionado (columna Teoría Jurídica).
- Establecer proposiciones fácticas (afirmaciones de hecho) para cubrir cada uno de los elementos de la teoría jurídica. Como se observa en el esquema, para acreditar un elemento puede haber una sola proposición fáctica o varias, ello dependerá concretamente de la información con que cuente el litigante. Lo que no puede suceder en ningún caso si se pretende avanzar a juicio es

que un elemento de la teoría jurídica no cuente con proposiciones fácticas para establecer su existencia en el caso concreto.

- Identificar qué prueba se utilizarán para demostrar en el juicio la existencia de cada una de las proposiciones fácticas que componen la teoría fáctica. Aquí es importante considerar que lo que los litigantes deberán probar son las proposiciones fácticas, no el derecho; esto implica que la forma en que el litigante realice la afirmación de hecho determinará su obligación en términos probatorios. Nuevamente aquí opera una lógica similar a la expuesta en el punto anterior: una misma prueba puede servir para acreditar múltiples proposiciones fácticas (pensemos el caso de los testigos, que generalmente concurren a juicio a relatar varios hechos contenidos en la teoría fáctica del litigante), determinadas proposiciones fácticas pueden tener múltiples pruebas que las acrediten en tanto otras podrán acreditarse con una sola prueba. Lo importante, en este componente, es que los litigantes cuenten con prueba suficiente para acreditar todas y cada una de las afirmaciones de hecho que realizarán. Si una afirmación de hecho no cuenta con prueba que la acredite, al momento de valorar el caso los jueces deberán considerar que tal afirmación no ha sido probada.

Esta última afirmación nos lleva a recalcar la importancia de considerar las características expuestas al inicio: la teoría del caso deberá ser no contradictoria, simple, consciente. Como litigante debo tener claridad sobre mi capacidad de probar cada afirmación que realice, de analizar debidamente cada prueba para tener certeza de que podré acreditar cada proposición fáctica y de descartar toda la información que no sea pertinente para el caso. Una vez realizada esta primer tarea, testearé la calidad de mi teoría del caso.

10.2.3. Testeo de la teoría del caso

Una vez que el litigante determina que tiene una correcta vinculación entre derecho, hechos y prueba y que puede seguir adelante, el siguiente paso será el testeo de la misma a través de los diversos contrastes que hemos propuesto (el test de la superposición para la teoría fáctica, las preguntas sobre legalidad, pertinencia y credibilidad en el caso de

la teoría probatoria). En forma esquemática, el litigante agregará este análisis al trabajo anteriormente realizado:

ACUSADO: VÍCTIMA: TIPO PENAL CONSIDERADO:				
ELEMENTOS DE LA TEORÍA JURÍDICA	**TEORÍA FÁCTICA**		**TEORÍA PROBATORIA**	
	Afirmación de hecho	Debilidad o Fortaleza	Prueba	Debilidad o Fortaleza
ELEMENTO 1	Proposición Fáctica 1		Prueba 1	
	Proposición Fáctica 2			
	Proposición Fáctica 3		Prueba 2	
ELEMENTO 2	Proposición Fáctica 4		Prueba 3	
	Proposición Fáctica 5		Prueba 1	
ELEMENTO 3	Proposición Fáctica 6		Prueba 4	

En este segundo análisis agregaremos entonces, a la construcción original de nuestra teoría del caso, un siguiente nivel de análisis sobre la debilidad o fortaleza de nuestras afirmaciones de hecho y de las pruebas con que contamos para acreditar las mismas. La columna situada a la derecha dentro del componente "teoría fáctica" servirá para que una a una analicemos las proposiciones fácticas a través del test de superposición y determinemos si son fuertes o débiles: recordemos que serán débiles si la explicación que nuestra contraparte puede dar sobre ésta afirmación de hecho es tanto o más creíble que mi propia explicación.

La columna derecha dentro del componente "teoría probatoria" servirá a los mismos fines: si nuestras pruebas no tienen problemas de legalidad, pertinencia o credibilidad, serán pruebas fuertes. Si, por el contrario presentan algún tipo de problemas (por ejemplo: su legalidad fue cuestionada durante la investigación y, pese a que el juez de garantías permitió que ésta ingresase al juicio, existe una posibilidad de que nuestra contraparte reitere el cuestionamiento a través de sus pregun-

tas; o el testigo ocular que llevaremos a declarar tiene problemas en la vista y es probable que nuestra contraparte cuestione su credibilidad en función a ese punto), estaremos ante una prueba débil.

¿Para qué nos sirve ahondar el análisis de nuestra teoría del caso incorporando la debilidad o fortaleza de nuestra teoría fáctica y nuestra teoría probatoria? Para estar lo más seguros posibles y, por ende, lo más preparados posibles en caso de llegar a juicio, tener claro dónde están nuestras debilidades y dónde nuestros puntos fuertes y, llegado el caso y encontrándonos del lado de la acusación, definir si realmente estamos en condiciones de ir a juicio.

Por ejemplo, si toda nuestra teoría probatoria es fuerte pero la mayor parte de nuestras proposiciones fácticas son débiles, probablemente no sea conveniente que vayamos a juicio ya que en tanto la explicación de nuestra contraparte sea más creíble que la nuestra con relación a los hechos, la fortaleza de nuestra prueba jugará a favor de nuestra contraparte antes que de nosotros y nuestra posición en el caso.

Si, por el contrario, nuestra teoría fáctica es fuerte pero nuestra teoría probatoria es, en su mayoría, muy débil, tendremos que analizar si es conveniente llegar a juicio con un caso que, aunque creíble en abstracto, será difícil de probar en concreto, a través de la evidencia que poseemos.

En el mundo ideal, el mejor de los escenarios posibles será tener una teoría fáctica fuerte acompañada de una teoría probatoria fuerte donde ambos componentes calcen perfectamente en nuestra teoría jurídica. En el mundo de las prácticas judiciales, será muy difícil alcanzar ese estándar. Sin embargo, ejercitar analizando nuestros casos a través de estas herramientas nos permitirá estar mucho mejor preparados a la hora de la litigación concreta, de forma tal de estar atentos a los posibles cuestionamientos que recibiremos de la contraparte y poder responderlos en forma eficiente o, mejor aún, anticipar y explicar nuestras posibles debilidades.

10.2.4. La tarea de la acusación y la defensa en la construcción de una teoría del caso

El desarrollo que hemos realizado hasta este punto retrata en forma bastante concreta cuál será la tarea de la acusación: llenar cada uno de los componentes de la teoría del caso con elementos suficientes

para sostener su acusación en juicio y evaluar la debilidad o fortaleza de los hechos y la prueba para adelantar sus debilidades y adelantar las posibles argumentaciones que deberá llevar a juicio.

La defensa tendrá, en principio, dos opciones al momento de planear su intervención en el juicio: cuestionar la teoría del caso de la acusación o presentar una teoría del caso propia. Es necesario recordar una vez más la coherencia como característica de la teoría del caso: la defensa no puede llegar a juicio a decir "la acusación no tiene caso, mi defendido no fue, pero es inimputable".

Cuestionamiento de la teoría del caso de la acusación. Si la defensa asume como centro de su trabajo la afirmación "la acusación no tiene caso", su trabajo no será de construcción de una teoría del caso propia sino de análisis minucioso y preciso sobre la teoría del caso de la fiscalía. Dentro de esta posibilidad, se abren tres posibilidades de trabajo para la defensa: cuestionar la teoría jurídica; dar una explicación distinta a la teoría fáctica; o cuestionar la teoría probatoria.

El cuestionamiento de la teoría jurídica podrá orientarse a establecer que la acusación no ha cubierto todos los elementos constitutivos del tipo penal. Nótese que en este escenario la defensa trabajará con la teoría jurídica y con la teoría fáctica, pero su objetivo central no será explicar en otra forma la teoría fáctica, sino demostrar la carencia de la misma. El trabajo de la defensa deberá concentrarse entonces en identificar cuál de los elementos del tipo penal no ha sido cabalmente acreditado a través de hechos (ya sea porque directamente no se relataron hechos referentes a ese elemento; ya sea porque se relataron los hechos, pero no se produjeron pruebas en el juicio que los acreditaran). Este trabajo no se tratará, entonces, de cuestionar "un poco" de cada elemento del tipo penal, sino de identificar dónde están realmente las carencias.

Una segunda posibilidad dentro de este marco (cuestionar la teoría del caso de la acusación) estará dada centrándose en la teoría fáctica y dándole una explicación diferente. Como hemos relatado al analizar los componentes de la teoría del caso, el test de la superposición es sumamente importante para establecer la viabilidad del caso que tenemos entre manos. Si la defensa encuentra que puede darle una explicación diferente e igualmente (o más) creíble a las mismas afirmaciones de la acusación, su trabajo estará concentrado entonces al

momento del juicio en analizar la prueba para que esa explicación alternativa también se produzca y deba ser considerada por los jueces al tomar su decisión. Recordemos el ejemplo de la estafa que enunciamos al momento de presentar el contenido de la teoría fáctica: la acusación sostenía que María Castaña había engañado a Juan de los Palotes en tanto la defensa sostenía que María Castaña no podía haber engañado a Juan de los Palotes por cuanto ella obró en error. La explicación general, el punto de vista de todos los sucesos del caso que cada parte tenga en el juicio guiarán su actuación. Si la defensa considera que puede encontrar una explicación más creíble que la acusación para el caso presentado, su trabajo deberá centrarse en acreditar a través de la misma prueba esa versión alternativa.

Finalmente, dentro del cuestionamiento de la teoría del caso de la acusación, la defensa podrá centrarse en cuestionar la teoría probatoria. Esta es, creemos, la opción en la que más cuidadosa debe ser la defensa: si la acusación tiene múltiples pruebas para acreditar su teoría fáctica, el hecho de desacreditar una sola prueba, no disminuirá –en principio– la posibilidad de la acusación de ganar el caso. En función a ello, si como defensa queremos cuestionar la prueba y debilitar el caso de la acusación desde esa óptica tendremos que estar claros en que podemos, por ejemplo, desacreditar toda la prueba que acredita todos los hechos referentes a un elementos específico de la teoría jurídica, ya que sabemos que de esa manera los jueces de juicio estarán impedidos para emitir una condena.

Teoría del caso propia. En caso que la defensa posea una teoría del caso propia (una causa de justificación; una situación de inimputabilidad; etc.) el trabajo que deberá realizar la defensa es el relatado anteriormente para la construcción de la teoría del caso: desagregar los elementos de la teoría jurídica, analizar la existencia de proposiciones fácticas para cada uno de los elementos y establecer una teoría probatoria que acredite la teoría fáctica.

Al igual que en el caso de la teoría del caso de la acusación, será conveniente que de llevar una teoría del caso propia la defensa realice el análisis de fortaleza o debilidad tanto de la teoría fáctica como de la teoría probatoria, a los efectos de tener claridad sobre las debilidades de su caso y adelantar las explicaciones posibles a los cuestionamientos de

la acusación. Es importante también porque una vez que la defensa haga una presentación determinada en el juicio sobre la orientación que dará a su accionar, le será difícil cambiar la orientación sin generar incoherencias que, al finalizar el debate, serán valoradas por los jueces de juicio.

10.3. Presentación de la acusación: el control previo al juicio

Hemos dicho que previamente al juicio existe una fase en la que se realiza un control de la actuación durante la investigación. Esto implica que si el ministerio público fiscal realiza el trabajo de formulación de su teoría del caso y decide que está en un caso que debe ir a juicio, deberá presentar su acusación y en la mayoría de los sistemas acusatorios se abrirá una fase intermedia en la que se realizará un control de la acusación, su contenido, las necesidades de la defensa y el marco en el que, de autorizarse, se desarrollará el juicio.

Esa fase, que se efectivizará en una audiencia concreta (de control de la acusación, de presentación de la acusación, de formalización de la acusación, su denominación varía de sistema en sistema) que analizaremos a continuación.

10.3.1. Discusiones de la audiencia de control de la acusación

Uno de los problemas que los sistemas procesales que han variado sus legislaciones hacia el acusatorio han enfrentado a la hora de realizar juicios es la inmensa cantidad de incidencias de diversos tipos que las partes deciden presentar una vez que se instala la audiencia de juicio. Desde recusaciones a jueces hasta solicitudes de suspensiones por las más variadas razones, pasando por incidencias referidas a la ilegalidad de la prueba o las solicitudes de admisión de pruebas no ofrecías en su debido momento, este tipo de actuación de las partes, genera demoras e incluso suspensiones efectivas de las audiencias de juicio, ya que los jueces deben desviar su atención hacia temas que no estaban preparados para ver y su resolución suele entorpecer el correcto desarrollo del proceso.

Hablamos de "entorpecer" en función a que, como hemos mencionado repetidas veces, cada momento procesal tiene una finalidad específica y la etapa previa al juicio ha sido estructurada de forma tal que las partes puedan, frente a un juez de control de garantías, ejercer su derecho

y realizar todas las peticiones que consideren necesarias para que al momento de llegar a juicio no se produzcan incidencias que obliguen a retrotraer el caso a momentos ya superados.

Dicho en otras palabras: al momento del juicio el caso debe llegar "limpio"; todas las discusiones sobre lo que las partes pueden alegar o no, la prueba que pueden introducir o no, las decisiones que pueden tomarse o no, deben haberse dado previamente; de este modo, el día en que se ha citado la audiencia de juicio, una vez instalada, la función de los jueces será permitir que las partes anuncien, presenten, controlen y valoren la información para, posteriormente, tomar una decisión sobre la existencia o no de responsabilidad penal.

En este contexto, la audiencia de control de la acusación adquiere un rol central, ya que se convierte en el último filtro antes de proceder a juicio y, por tanto, el último momento en el que podrán darse discusiones diferentes a la discusión sobre la existencia del hecho y la participación de la persona acusada. Lamentablemente, muchos de nuestros sistemas han convertido esta audiencia en una especie de "formalidad" que debe superarse en la forma más rápida posible (incluso en algunos sistemas ha llegado a suprimirse de facto la audiencia, tramitándose todo su contenido en forma escrita sin reunión de las partes). En la medida en que más nos acercamos a ese tipo de práctica, más nos encontraremos con juicios que se desvirtúan hacia discusiones que deberían haberse dado previamente.

La audiencia de control de la acusación debe rescatarse en su finalidad específica y ejercitarse para posibilitar llevar adelante juicios más armónicos y acordes con los objetivos perseguidos en ese momento procesal. En ese sentido, la audiencia de control de la acusación reunirá a los actores (acusación y defensa) con la finalidad de poner en discusión la viabilidad de la acusación del ministerio público fiscal en términos jurídicos, fácticos y probatorios.

Esquemáticamente, la dinámica que proponemos para la audiencia es la siguiente:

- El juez instalará la audiencia y dará la palabra a cada una de las partes para la realización de planteos iniciales sobre cuestiones de carácter más "formal": incompetencias, nulidades, impedimen-

tos, recusaciones. Si existe algún planteo de este tipo, el juez procederá a su resolución antes de ir adelante.

- Superada esa fase inicial de discusiones formales, el juez dará la palabra al ministerio público fiscal para que exponga su acusación. La discusión de la acusación estará dividida en dos partes:

  ~ La discusión sobre la suficiencia de la teoría del caso.

  ~ La discusión sobre la prueba a ingresar al juicio.

La **discusión sobre la suficiencia de la teoría del caso** implica la realización, en la audiencia, del análisis que hemos señalado con anterioridad sobre el caso de la acusación:

- ¿es correcta la teoría jurídica?,
- ¿están desagregados en forma adecuada los elementos constitutivos del tipo penal?,
- ¿existen proposiciones fácticas para establecer la existencia de cada uno de los elementos constitutivos del tipo penal?,
- ¿existen pruebas suficientes para acreditar cada una de las proposiciones fácticas anunciadas?,

En consecuencia, la exposición que el Ministerio Público Fiscal realice de su acusación debería dejar claro que la teoría del caso es suficiente haciendo una presentación que permita responder en forma afirmativa a esas preguntas. En caso que exista algún cuestionamiento, la defensa podrá intervenir y requerir las aclaraciones que precise para tener claridad sobre la acusación de la fiscalía. Si la defensa considera que existen ausencias en la teoría del caso, sea porque la teoría fáctica no se vincula correctamente con la teoría jurídica o porque la teoría probatoria no completa la teoría fáctica, deberá plantearlo a fin que el juez de la audiencia resuelva si la acusación es suficiente o no.

Si el juez resuelve en sentido que la acusación no es suficiente para llegar a juicio por alguna de las falencias que hemos mencionado, en tal caso la audiencia se tendrá por culminada y el caso no procederá a juicio.

Si, en cambio, el juez resuelve que la acusación es suficiente, la audiencia proseguirá hacia la siguiente discusión, **sobre la prueba a ingresar al juicio**.

Dado que al momento de presentar su acusación el ministerio público fiscal anunciará la prueba con que pretende probar en juicio su teoría fáctica, al momento de pasar a la discusión específica sobre el ingreso o no de la prueba, la dinámica variará y será la defensa la que reciba la palabra para referirse a las pruebas que considere objetables para su ingreso a juicio. A continuación revisaremos las dos discusiones que podrán darse en el marco de la discusión sobre el ingreso de la prueba al juicio.

10.3.2. La legalidad de la prueba

Uno de los ámbitos de discusión será la legalidad: si se han vulnerado derechos y/o garantías en la obtención de la prueba por parte de la acusación durante la investigación, esta audiencia es el último momento para plantear la exclusión por ilegalidad (cuando veamos la producción de información en juicio notaremos la variación en el método para plantear problemas de legalidad). En términos de ingreso de prueba, la discusión por posibles ilegalidades deberá ser la primera en darse en función a que si una prueba ha sido obtenida en forma ilegal y se han afectado los derechos de la persona acusada, esa prueba debe ser prohibida de ingresar a juicio.

La discusión sobre la legalidad de la prueba obtenida por la acusación será similar a la que ya hemos descrito en la Primera Parte de este Manual, al describir una audiencia de exclusión probatoria en la etapa de investigación.

Si se han dado discusiones sobre la legalidad o ilegalidad de la prueba y luego de resueltas la acusación aún sostiene su caso, se procederá a la siguiente discusión sobre prueba.

10.3.3. La pertinencia de la prueba

Esta discusión tendrá directa relación con cuánto avanzan las pruebas ofrecidas para acreditar la teoría del caso sostenida. Si una prueba ofrecida no apunta a la acreditación de ninguna de las proposiciones fácticas que componen la teoría fáctica, ni siquiera tangencialmente, estaremos en presencia de una prueba a todas luces impertinente. Sin embargo, una situación tan clara será rara vez encontrada en una audiencia de este tipo.

En el mismo sentido, si la acusación ofrece ochocientos testigos que irán a declarar prácticamente lo mismo, apuntando a proposiciones

fácticas de menor importancia dentro de la teoría fáctica, es probable que se dé un cuestionamiento sobre la pertinencia de una prueba tan numerosa para acreditar un solo extremo del caso, de carácter secundario, además. Nuevamente será extraño encontrar un caso tan evidente y surgirá la pregunta ¿en qué momento la prueba comienza a ser impertinente por sobreabundante?

La discusión sobre la pertinencia de la prueba es delicada, ya que los grises que se encontrarán en las decisiones serán mayores. En tanto podría pensarse en una regla no escrita que diga que "ante la duda en la legalidad de la obtención de la prueba, esta debe excluirse por el riesgo de vulneración a los derechos del acusado", en términos de pertinencia la situación se invierte: si existe sólo una duda sobre la pertinencia o no de una prueba, es preferible que la mía sea admitida y que sean los jueces de juicio quienes realicen la correspondiente valoración.

Y es que los jueces que dirijan las audiencias de control de la acusación deben ser muy cuidadosos en términos de no convertir a las mismas en juicios anticipados e introducirse en la valoración de los casos. Aquí es donde aparece la complejidad: en tanto los jueces de juicio valorarán la prueba en términos de credibilidad, los jueces de las audiencias anteriores (especialmente en esta audiencia de control de la acusación) no pueden adentrarse en esos terrenos puesto que si lo hicieran estarían desvirtuando la finalidad de la audiencia.

Por ello, decidiendo caso a caso, deberán recordar siempre que en términos de pertinencia, será impertinente aquella prueba que no permita ningún tipo de avance de la teoría del caso sostenida por la parte que la propone; pero deberán considerar también que es preferible tener en este ámbito de discusión una tolerancia mayor con la prueba autorizada a juicio.

Una vez dadas todas las discusiones sobre pertinencia o impertinencia de la prueba y estando las mismas resueltas, si la acusación aún sostiene su caso se pasará al punto final de la audiencia.

10.3.4. Convenciones probatorias

Una última cuestión que puede tratarse en esta audiencia en materia de prueba, es la de las convenciones: ¿qué proposiciones fácticas darán

por acreditadas ambas partes y, en consecuencia, no requerirán prueba para las mismas? Evidentemente este tipo de acuerdos entre las partes será siempre de carácter secundario con relación a la controversia (si las partes pueden hacer una convención probatoria sobre el hecho controvertido, probablemente no deberían haber llegado a juicio ya que estarían en condiciones de buscar una solución alterna), pero es importante generar el espacio para que se discutan posibles convenciones ya que las mismas pueden coadyuvar a que el juicio verse en la forma más específica posible sobre el punto donde está la controversia entre las posiciones de las partes.

Es más, en aquellos casos en los que el juez identifique la existencia de hechos no controvertidos que pueden ser objeto de una convención probatoria, podrá consultar a las partes sobre la viabilidad de la misma, a fin de generar los acuerdos (siempre que exista la voluntad de las partes de arribar a los mismos, por supuesto).

Una vez planteados todos estos puntos, presentadas por las partes las discusiones en los distintos momentos de la audiencia y resueltas las controversias por el juez, si aún el caso se sostiene con una teoría del caso suficiente y con prueba pertinente y legal para ingresar a juicio, el juez de la audiencia inmediatamente culminada la misma dictará una resolución en la que establecerá las formalidades necesarias para la realización del juicio (tribunal competente, datos específicos de la causa, etc.), la acusación concreta que será objeto del juicio, las pruebas que han sido admitidas para producirse en juicio y las convenciones probatorias que las partes han realizado. Y con esta actuación finalizada, las partes estarán en condición de concurrir a litigar el juicio oral.

11. EL JUICIO

En esta última parte del Manual nos dedicaremos a analizar en forma específica las herramientas de litigación que los abogados deberán manejar para concurrir al juicio oral, siguiendo la división ya trazada al inicio de esta Tercera Parte de acuerdo a la finalidad de cada herramienta puntual. Dividiremos la estructura del juicio en tres fases: anuncio de información; producción de la prueba; cierre del debate y valoración de la información.

Anuncio de información

11.1. Anuncio de la información. Alegato de apertura

Una vez instalada la audiencia de juicio, el juez dará la palabra a cada una de las partes para que presente su caso, para que realice su alegato de apertura. Como describiremos en los apartados siguientes, este momento del juicio es de suma importancia para las partes ya que es la oportunidad de anunciar cuál será su accionar en el transcurso de la audiencia.

Para generar la imagen de lo que constituye el alegato de apertura, pensemos en un cine. Cuando vamos al cine, generalmente antes de que inicie la película que fuimos a ver, se proyectan los avances de los futuros estrenos. Muchas veces a partir de esos avances es que decidimos qué película iremos a ver en el futuro: si el avance nos genera interés, entonces estaremos más dispuestos a ver la película que si nos parece un verdadero bodrio. El avance de los estrenos se construye de tal manera de mostrar partes de la película que llamen la atención al público pero, a la vez, sin dar tanta información como para que los futuros asistentes decidan no verla porque ya saben todo lo que pasará. Con el alegato de apertura sucede lo mismo: los litigantes tendrán que anunciar la información clave como para que el tribunal que juzgará el caso tenga una ruta más o menos clara de las direcciones a las que apuntará su labor, sin hacer del alegato el juicio en su totalidad, es decir: sin intentar "probar el caso" en el alegato de apertura.

Dentro de la analogía con las películas, también suele sucedernos a quienes nos dejamos cautivar por los avances de los futuros estrenos que luego concurrimos al cine a ver una película que parecía ser espec-

tacular y quedamos totalmente desilusionados porque se exageraron las virtudes de la película en cuestión. Con los alegatos sucederá lo mismo: al igual que en todo el trabajo de litigación, la modestia es buena guía para ejercer nuestra labor. Si el litigante anuncia un caso contundente, lleno de pruebas, irrefutable y luego resulta siendo que su caso en el debate se convierte en bastante difícil de sostener, eso jugará en su contra. Las promesas se cobran y eso debe tenerlo en mente todo litigante desde su primera actuación en la audiencia.

Pasemos a continuación a revisar algunos aspectos relevantes vinculados al alegato de apertura en juicio.

11.1.1. ¿Qué es el alegato de apertura?

Como ya hemos mencionado, el alegato de apertura es la primera oportunidad que cada litigante tendrá de anunciar su caso en el juicio; su primera oportunidad para exponer la teoría del caso que intentará probar (o refutar, en el caso de la defensa) en el transcurso del debate oral.

En términos de principio, podemos pensar al alegato de apertura como la herramienta de litigación que permite a los litigantes fijar **la pertinencia** de su actuación en el debate y, por ende, ejercer el principio de contradicción a la contraparte. Nos detendremos en este punto para aclararlo mejor.

Hemos hecho mención de que una de las discusiones sobre la prueba que se dan en el transcurso de un proceso es el de la pertinencia de ésta. Ello no es un tema "grueso" sino que abarca múltiples posibilidades de cuestionamientos: la posibilidad de testificar de una persona; la necesidad de ingresar o no al juicio una determinada prueba material; la facultad o no de hacer determinada pregunta a determinada persona; la posibilidad o no de responder determinada pregunta por una persona que ha sido llamada a declarar; etc.

Decíamos, cuando nos referíamos a la audiencia de control de la acusación, que en términos de pertinencia es recomendable que los jueces tengan un criterio flexible ya que lo que a primera vista parece ser impertinente en términos de posibilitar o no su ingreso a juicio, en el desarrollo ya del juicio puede aparecer como relevante para determinar la certeza o no de una determinada proposición fáctica. Nos encontra-

mos entonces, a partir de estas afirmaciones, en una situación en la que algunas pruebas que han sido permitidas para ingresar a juicio sean de pertinencia dudosa. Adicionalmente, aparece la posibilidad de que a la prueba pertinente se le formulen preguntas impertinentes (como veremos cuando desarrollemos el tema de las objeciones).

Y en ese escenario, no podemos perder de vista un dato esencial: los jueces que componen el tribunal de juicio **no conocen el caso**. Recordemos que estamos en el contexto de un sistema acusatorio, en el que el expediente no existe y gran parte de la imparcialidad en la decisión está garantizada por el desconocimiento absoluto que tendrá el tribunal al momento de iniciarse el juicio. ¿Qué problema genera en términos de litigación el desconocimiento del caso por parte de los jueces? Pues si los jueces no conocen el caso y, por ende, no conocen las posiciones de las partes (más allá, por supuesto, de la dinámica propia de un juicio oral en el que habrá una parte que acuse y otra que defienda), difícilmente tendrán la capacidad de definir, en el transcurso del debate, qué actuaciones son pertinentes y cuáles no lo son.

Hemos mencionado líneas arriba al cuestionamiento sobre la pertinencia como una forma de ejercer el principio de contradicción en concreto. Ésto porque, como ya hemos estudiado, el principal contralor de la parte que actúe en una audiencia será su contraparte. Y una de las posibilidades de controlar la actuación que tendrá la contraparte, ejerciendo el principio de contradicción (es decir, oponiéndose a la actuación que en ese momento esté desarrollando la parte) será cuestionar la pertinencia, para que el tribunal de juicio resuelva.

Para posibilitar ese esquema es que se establece como primera actuación de las partes en el juicio la exposición de sus casos: porque al realizar su alegato, al anunciar la teoría del caso que intentarán probar o los aspectos que intentarán desvirtuar, están fijando la pertinencia de sus actuaciones y, en función a ello, cuando el juez deba resolver un cuestionamiento en ese sentido, tendrá un punto de partida al que asirse para tomar la decisión, una referencia con la que contrastar el cuestionamiento que se está realizando. Sin este punto de partida, las resoluciones del tribunal sobre pertinencia pueden resultar en la mera arbitrariedad o proceder sólo en los casos manifiestamente evidentes.

Teoría del caso

11.1.2. Contenido del alegato de apertura

En tanto hemos dicho que el alegato de apertura constituye un anuncio, su contenido versará principalmente sobre la versión de los hechos que maneje cada una de las partes. El centro del alegato de apertura es la historia que cada parte concurre a contar en el juicio. Y como hemos dicho ya anteriormente, aquí también lo que abunda sí daña. No se trata de hacer una historia extensísima, imposible de seguir, llena de detalles, idas y venidas. Sino de identificar claramente dónde está el nudo de la cuestión: la controversia del caso.

Todo el trabajo previamente realizado por las partes, se efectiviza en un buen alegato de apertura: contar una historia, hacerlo en forma interesante, marcar mi línea de trabajo en el juicio y ser breve. No podemos perder de vista que la capacidad de atención de los adultos suele ser mínima a medida que el tiempo transcurre, por lo que si hacemos un relato muy extenso es bastante probable que en la mitad ya nadie nos esté escuchando.

Si el alegato de apertura debe ser un ejercicio claro y concreto, entonces será necesario estructurarlo en forma tal que los miembros del tribunal de juicio, que no conocen el caso, puedan seguir el desarrollo del juicio pensando en el anuncio que hicimos al momento de dar nuestra exposición. Debemos pensar al alegato de apertura como el par de anteojos que queremos entregarle al tribunal de juicio para que observe lo que sucederá de ahí en más con una mirada similar a la nuestra.

Concretamente, es recomendable hacer una introducción en la que se identifique a las partes en conflicto, una descripción del hecho que incorpore los detalles necesarios (sólo los necesarios) para que el tribunal pueda tener una idea concreta de lo que verá a continuación y un anuncio de los elementos de los que cada litigante se valdrá para acreditar sus afirmaciones o desacreditar las de la contraparte.

Muchos autores sugieren que el alegato de apertura es un buen momento para anunciar el "tema" del juicio. Esto implica tener la capacidad de sintetizar, en una sola frase corta, recordable y de impacto, el meollo de la contradicción que se suscitará en el juicio. Generalmente tendrá relación con la intención que tuvieron las partes (víctima o acusado). Cosas tales como *"lo mato para no morir"*, *"le quitaron el dinero de toda su vida"*, *"despreció la vida por un puro interés material"* son frases que suelen

ocupar los titulares. Y los titulares suelen quedar en la mente de los seres humanos con más frecuencia que el contenido de las noticias. Es en ese mismo sentido que los autores recomiendan a los litigantes encontrar el "tema", anunciarlo en el alegato de apertura e ir utilizándolo en el transcurso del debate de forma tal de que sea luego considerado por quienes tomarán la decisión. Si se identifica un tema que puede utilizarse como hilo conductor del caso, es un buen método para fijar una posición y, a la vez, demostrar consistencia en la actuación. Sin embargo, no es una tarea fácil y requiere de mucha destreza por parte de los litigantes, ya que no se trata de convertir sus casos en periodismo amarillo.

En definitiva, el alegato de apertura es el anuncio en juicio de mi propia teoría del caso. Con algunas variantes de acuerdo a los sistemas: en tanto habrá sistemas en los que se exija el anuncio de la prueba en el alegato de apertura, en otros (generalmente en los que tienen un control previo de la acusación y una discusión probatoria más estricta antes de llegar al juicio) lo central serán los hechos y estará a discreción de las partes anunciar con qué prueba demostrarán cada extremo. Lo importante es tener la capacidad de, en forma breve, presentar al tribunal la historia que verán en el transcurso del juicio. Y hacerlo en forma parcial: proponiéndoles una determinada explicación de la historia. No podemos perder de vista que, llegados a juicio, la acusación estará convencida de que la persona acusada debe ser condenada, y desde ahí planteará su posición; en tanto la defensa estará convencida de que la persona acusada debe ser absuelta y desde allí mirará el juicio. El desafío para los litigantes es lograr que el tribunal que sentenciará asuma su mirada. Y este desafío parte desde el alegato de apertura.

11.1.3. ¿Qué no hacer en un alegato de apertura?

En primer lugar, veamos qué no debemos pensar en un alegato de apertura: no podemos pensar que por tener buena retórica y capacidad de hilar varias frases en forma efectiva, vamos a convencer al tribunal aún sin habernos preparado. Insistiremos en esto: el trabajo previo al juicio es fundamental para un abogado: conocer su caso, saber las normas involucradas, tener claridad sobre la prueba. Todo ello, que implica preparación específica, no se suple con un discurso bonito ni con una buena postura. Como ya hemos referido anteriormente: si un

abogado cree que la suerte o su "buena estrella" lo ayudará a ganar casos, es mejor que juegue a la lotería.

En segundo término, el alegato de apertura no debe extenderse más allá del tiempo en que razonablemente una persona puede prestarnos atención. La observación de ciertas audiencias nos lleva a pensar que muchos abogados creen que cobrarán más en cuanto más palabras pronuncien. En términos de anuncio de información, debemos considerar que cuanto más extensa sea nuestra intervención en el alegato, más grande será nuestro compromiso probatorio en el transcurso del juicio. Y es una regla de oro que no puedo comprometerme a probar lo que luego no podré probar en el juicio. Las promesas se cobran. Por ello, la brevedad en el anuncio de información, es una buena herramienta para evitar disgustos posteriores.

En tercer lugar, es importante tener claro que el alegato de apertura no es el momento de realizar argumentaciones. En términos de litigación argumentar significará, básicamente, decirle al tribunal por qué debe considerar mi posición por encima de la expuesta por la contraparte, por qué debe valorar mi prueba y fallar en mi favor. Desde el diseño normativo, está prohibido argumentar en el alegato de apertura: yo no puedo decir en mi alegato de apertura que el tribunal *"escuchará a la testigo Juana Pazos y verá que su testimonio es creíble en función de que es una mujer que no tiene relación con el caso, no conoce a las partes, no tiene interés alguno, no tiene razones para mentir y, además, su testimonio será crucial para dilucidar los sucesos ya que ella vio al acusado dispararle a la víctima"* porque si hago eso, estoy anticipando sucesos que aún no ocurrieron: la prueba aún no se produjo, la testigo en cuestión no ha sido presentada en el juicio, examinada por la parte proponente ni contraexaminada por la parte contraria y, en consecuencia, hablar de la "credibilidad del testimonio" o de lo crucial de su información para decidir el caso, es incorrecto. Veremos más adelante que hay un momento para las valoraciones y que no es el alegato de apertura. Por otra parte, más allá de lo normativo tampoco es conveniente realizar este tipo de argumentaciones en los alegatos de apertura en términos estratégicos: ¿qué sucede si la testigo Juana Pazos concurre al juicio y dice que no vio nada?, ¿o dice que es pariente de la víctima y quiere justicia para el muerto? Estratégicamente, un abogado que en el alegato de apertura hace alarde de su prueba ya sea en lo que refiere al contenido o en cuanto a la credibilidad de ésta, se compromete más allá

de lo que efectivamente puede, puesto que no sabe cómo resultará la declaración de un testigo, un perito o la introducción de una prueba en el desarrollo del juicio. Por ello no es recomendable tampoco desde el punto de vista estratégico argumentar durante el alegato de apertura.

En cuarto lugar, las partes deben tener muy claro que el alegato de apertura **no es una relación del expediente**. No se trata de contar cómo se desarrolló la investigación: si se ha llegado hasta la instancia de juicio el tribunal asumirá varias cosas: que existe un hecho controvertido; que las partes tienen evidencia para sostener su posición; que la etapa de investigación fue adecuada ya que, caso contrario, las partes no habrían llegado a esta instancia en virtud a los controles que ejerce el juez de control de garantías. Entonces, la investigación está fuera de juego en el juicio. Cuando un abogado concurre a mencionar en el transcurso de su alegato de apertura cómo actuó el policía investigador, cuáles fueron sus acciones, en qué orden las realizó, qué pericias se solicitaron, cuáles fueron los procedimientos para las incautaciones, etc., etc., etc., está realizando la relación de la investigación, el relato de lo que se hizo una vez que el hecho **ya ocurrió**. Al tribunal, lo que le interesa es **el hecho**. Lo mismo aplica para la defensa: cuando en el alegato de apertura la defensa se dedica a anunciar lo mal que se hizo la investigación, las contradicciones entre fojas "x" y fojas "y", los vicios formales, está entrampada en la misma lógica: discutir la prolijidad del expediente. Ya hemos dicho la finalidad del alegato de clausura, y dista bastante de vincularse con el expediente.

Finalmente, el alegato de apertura tampoco es un espacio para los discursos emotivos. Las películas y series de abogados suelen recurrir al recurso de la emotividad en los alegatos hasta el punto de hacernos creer que así se ganan los juicios. Pues no. Un recurso válido y útil en el entorno del entretenimiento no puede trasladarse al entorno de la litigación. El hecho de que logremos que el tribunal de juicio se eche a llorar desconsoladamente por lo conmovedor de nuestros dichos no variará en mucho su decisión contraria a nuestra postura si no presentamos un caso firme. Por ello, intentar apelar al corazón, sentimiento, emociones del tribunal en el alegato de apertura es una pérdida del tiempo que tenemos para presentar nuestro caso y mostrar que tenemos una versión sostenible. No se trata por supuesto de concurrir a la audiencia y hacer nuestra presentación sin

que se mueva un músculo de nuestra cara; pero sí de tener claro que lo que nos permite ganar los juicios, es el conocimiento del caso y la preparación adecuada para litigarlo.

11.1.4. Actuación de la acusación

La acusación tiene un deber fundamental en la exposición del alegato de apertura y es el de hacer conocer con claridad el hecho por el que se ha llevado a juicio a la persona acusada. En ese sentido, tendrá una obligación de claridad en su relato y de amplitud en todos los aspectos que vayan a discutirse en el juicio, de forma tal de no provocar indefensión posteriormente a la persona acusada. Reiteramos que esto no implica que la acusación deba tomarse dos días de juicio para hacer su alegato de apertura, pero sí que debe presentar con claridad su teoría del caso, marcar el hecho controvertido y anunciar cómo acreditará su posición en el transcurso del debate.

Es importante señalar, en ese contexto, que la lectura de la acusación no cumple el estándar de lo que se espera de un fiscal en el alegato. La acusación escrita suele ser un documento formal, plagado de términos incomprensibles y con una estructura bastante poco amigable para hacer ver al tribunal de juicio y a la persona acusada cuál será el camino que seguirá la acusación para probar su caso. Por ello, dar lectura a la acusación como forma de cumplir con el deber de realizar el alegato de apertura, debería considerarse una mala práctica desde la acusación, que debe realizar el esfuerzo de prepararse en forma adecuada y exponer su teoría del caso de modo comprensible.

11.1.5. Actuación de la defensa

En el caso de la defensa, existe una discusión bastante extendida sobre la obligación o no de presentar un alegato de apertura. Hay quienes sostienen que en función a que la defensa no tiene una obligación probatoria, sino que es la acusación la que tiene la carga de la prueba, es perfectamente posible que la defensa no haga un alegato de apertura y desarrolle luego su "estrategia" en el transcurso del debate.

No compartimos esa opinión. Desde el punto de vista de los principios, como hemos desarrollado al inicio del tema, el alegato de apertura

tiene una función bastante definida: comunicar al tribunal de juicio dónde está la controversia y cuál será la actuación pertinente. Si como defensa decidimos no realizar el alegato de apertura y el tribunal nos lo permite, estratégicamente podremos tener una libertad mayor para variar nuestra teoría del caso en el transcurso del debate, puede ser (aunque es bastante discutible el punto), pero también correremos el riesgo de que el tribunal, a pedido de nuestra contraparte, nos impida actuar, hacer preguntas, controlar información alegando que la actuación es impertinente. Si nosotros no fijamos de inicio cuál será nuestro curso de acción, al tribunal le será mucho más difícil luego discernir, en el transcurso del debate, sobre cuáles actuaciones son pertinentes y cuáles no desde nuestra posición.

Otra cuestión que suele presentarse a menudo en los alegatos de apertura de la defensa es la recurrencia permanente a las normas internacionales, constitucionales y/o legales sobre la garantía de la defensa en juicio y el derecho a ejercer la misma. Consideramos que esta es otra mala práctica de parte de los defensores. Como hemos referido en otros lugares en este Manual, por principio "el juez conoce el derecho", lo que no conoce son los hechos del caso concreto, los cuestionamientos que se plantearán, la teoría del caso alternativa que se intentará demostrar. Por ello, creemos más eficiente ocupar el tiempo en aquellos extremos que al tribunal le resulten de interés en lugar de recordarle lo que ya sabe.

11.1.6. Actuación judicial

Hemos mencionado al iniciar esta Tercera Parte que a diferencia de la dinámica de las audiencias previas, en juicio la actuación del juez tendrá un carácter mucho más pasivo, limitando su actuación a resolver las controversias específicas que puedan darse entre las partes. Sin embargo, dado que la función del tribunal durante el desarrollo del juicio es la de conducir el debate y usar llegado el caso el poder disciplinario, sí existen algunas previsiones que puede tomar previamente a dar la palabra a los abogados para que realicen sus alegatos de apertura respectivos: advertir los límites de la intervención de cada una de las partes en función al momento procesal específico. Recordar que el alegato de apertura

- Debe establecer, en forma clara y precisa, el hecho controvertido en el juicio y la pertinencia de lo que se actuará en el desarrollo del mismo.
- No es una instancia de prueba.
- No es una instancia para repetir lo que ha sido presentado en forma escrita.
- No es una instancia para hacer citas normativas ni doctrinales.

Sobre todo en sistemas con poca experiencia en el desarrollo de un sistema acusatorio, el "marcar la cancha" por parte de los jueces previamente a posibilitar las intervenciones de las partes puede ayudar a que los debates se realicen en forma más ordenada. Obviamente esto no significa, en ningún caso, que los jueces puedan en forma arbitraria limitar las intervenciones de las partes; pero sí es conveniente recordar las funciones de cada herramienta procesal.

Producción de la prueba

Realizados los alegatos de apertura, se abrirá la fase de producción de prueba concretamente. Es en esta fase del juicio donde más claramente se verá la contradicción entre las partes, ya que en tanto una presente su prueba, la otra realizará un control de la misma pudiendo cuestionar su ingreso, la pertinencia de las preguntas, la utilización de los objetos, etc.

La presentación de la información se realizará en primer término por la acusación, a través del fiscal en los casos en que sólo haya acusación pública o incorporando al o los querellantes en los casos en los que exista también acusación privada. Una vez presentada toda la información por el o los acusadores, tocará el turno a la defensa de presentar su propia información, si es que la tuviera. El orden de producción de la prueba responderá a la estrategia de las partes; ello implica que cada actor decidirá qué prueba presenta primero. Las normas procesales tienen, generalmente, una regulación determinada que inicia con la prueba testimonial, luego la pericial y finalmente la material; esto tiene que ver con la necesidad de establecer reglas específicas para cada tipo de prueba y no con que ese sea el orden mandado para las partes. Por tanto, si en un caso concreto la acusación desea iniciar su presentación de prueba llamando a un perito, podrá hacerlo. Insistimos: el orden

en que cada parte presenta su prueba es una cuestión estratégica que responderá directamente a la formulación de su teoría del caso.

A continuación estudiaremos las herramientas de presentación y control de la información.

11.2. Presentación de la información

La presentación de la información constituye la producción de la prueba propia de cada parte que ha sido admitida en la audiencia de control de la acusación para su ingreso al juicio. Realizaremos una división en tres grandes tipos de introducción de información: a través de testigos, a través de peritos y/o a través de prueba material. En lo que sigue intentaremos describir las características del trabajo del litigante con cada una de esas pruebas.

11.2.1. Examen directo de testigos

11.2.1.1. ¿Qué es el examen directo de testigos?

El examen de testigos es una de las principales herramientas con que cuenta el litigante para producir efectivamente la información anunciada en el alegato de apertura. Recordemos que el alegato de apertura es una promesa el tribunal de lo que verá en el juicio, un anuncio. Hasta el momento en que se abre la fase de producción de prueba, nada de lo dicho constituye prueba del hecho.

Los testigos, por ende, serán una de las fuentes de información que tendrá el tribunal para verificar si lo que sostienen los litigantes (los dichos de los abogados no son prueba) se prueba o no en el juicio.

Al volver al lenguaje de la teoría del caso, decíamos que nuestra teoría fáctica estará constituida por una cantidad de proposiciones fácticas, afirmaciones de hecho con porciones pequeñas y concretas de información. Con los testigos, nuestro trabajo será producir concretamente esas proposiciones fácticas. Nuevamente en el caso de la estafa con que ejemplificábamos inicialmente, no bastará que nosotros digamos en nuestro alegato de apertura que María Castaña le mostró a Juan de los Palotes el título de propiedad para que eso se dé por acreditado: Juan de los Palotes deberá concurrir al juicio y afirmar que eso concurrió de

esa manera. ¿Por qué? Porque el tribunal debe **inmediar** con la prueba, no puede confiar ni en lo que nosotros afirmemos que la prueba (en este caso Juan de los Palotes) nos dijo ni en un escrito donde conste la declaración de la investigación dada por Juan de los Palotes. Tanto los dichos de los abogados como las constancias de lo actuado durante la investigación son meros indicios para el tribunal (incompletos, vagos, de baja calidad); para que el tribuna considere acreditada una proposición fáctica la fuente de información deberá concurrir y enunciarla en forma directa, para cumplir con el principio de inmediación con la prueba.

Por ello diremos que testigo es sólo la persona que concurre físicamente a prestar su declaración en el juicio y se somete a las reglas del examen directo y al control propio del contraexamen.

11.2.1.2. ¿Cómo trabajar con los testigos? La preparación previa

Para llevar a una persona a declarar a juicio, el trabajo del litigante comenzará mucho tiempo antes de la audiencia de juicio propiamente tal: es necesario entrevistarse con la persona, tomar conocimiento de los hechos que relata, en la medida de lo posible verificar los mismos para constatar su veracidad, observar la forma de declarar de la persona, el lenguaje que utiliza, sus modos, sus actitudes. No para modificar esto último, sino para adaptarse y saber cómo preguntar para obtener la información que se precisa.

En algunos sistemas procesales está bastante instalada la mítica idea de que los abogados no deben reunirse con los testigos antes del juicio. Desde la lógica de un sistema acusatorio, esto resulta sorprendente: en el contexto de un trabajo planificado estratégicamente, con una teoría del caso elaborada y con la necesidad de ser precisos en el juicio, es prácticamente imposible que un abogado logre buenos resultados en la audiencia de juicio si no conoce previamente su prueba. Desde las prácticas judiciales la instalación de esta idea evidencia una confusión en la comprensión de los fines de las distintas etapas del procedimiento: si un abogado concurre a un juicio a examinar a un testigo que no ha conocido previamente, su trabajo en juicio será prácticamente el de investigar qué información posee este testigo. Y como ya hemos mencionado muchas veces, la investigación se cierra una vez que la acusación

ha sido admitida y ello implica que las partes están lo suficientemente preparadas para defender sus posiciones en el juicio oral.

Es necesario diferenciar entonces la preparación previa que debe realizarse con los testigos de la práctica ilegal de "enseñar" o "peinar" a los testigos para que digan lo que el litigante precise que se diga en el juicio, ya que son dos cosas completamente diferentes. En tanto la segunda es una actividad prohibida, la primera es una actividad central para llegar preparados a juicio. La preparación previa no consiste, solamente, en entrevistarse con el testigo para saber qué es lo que sabe, sino también, implica que el litigante dé al testigo la confianza suficiente para declarar con libertad.

Justamente por ello, dentro de las tareas previas que deben realizarse es importante que el testigo conozca de antemano la dinámica de la audiencia y el rol de cada una de las partes, de forma tal de no encontrarse sorprendido o intimidado al momento de concurrir a una audiencia. Es bastante extendido el temor que los ciudadanos tienen a concurrir a los tribunales; si a una persona le llega una citación sin mayores explicaciones y nadie le dice por qué tiene que ir a un juicio, probablemente su capacidad de relatar lo que sabe esté fuertemente influenciada por la incertidumbre acerca de su situación personal. Los litigantes deben explicar a sus testigos cómo se desarrollará la audiencia, cuáles son las obligaciones que tendrán al momento de declarar, pero también cuáles son sus derechos y cuáles las obligaciones de las partes y el tribunal, de forma tal que las personas no se sientan coaccionadas –o ese sentimiento disminuya– al momento de concurrir a juicio.

En términos de dinámica, también es importante hacer conocer a los testigos qué es lo importante en el juicio: explicarles que la información importante es la que efectivamente haya percibido a través de sus sentidos y no así la que haya conocido por otras personas, o sus opiniones personales sobre determinados temas. De esta manera, haciéndole conocer al testigo las reglas específicas para la declaración de testigos, los litigantes podrán estar más seguros en términos de la declaración que el testigo dará en juicio y evitar posibles cuestionamientos de la contraparte.

Para el litigante es de suma importancia conocer cabalmente la declaración de los testigos, preguntar varias veces sobre los mismos hechos previamente a la concurrencia al juicio, identificar –si existie-

ran contradicciones, vacíos, ambigüedades y solicitar a los testigos explicación sobre dichos puntos, de forma tal de no encontrarse sorprendidos por la contraparte ya al momento del juicio. En este mismo sentido, si se cuenta con el tiempo y la posibilidad, es importante que el testigo sepa cómo será un contraexamen; si es posible, debe someterse al testigo a un examen y contraexamen en forma previa al juicio, que le permita imaginar cuáles serán las condiciones concretas en que prestará su declaración. Un testigo que sabe de antemano cuál es la dinámica del contraexamen difícilmente ceda a las presiones a las que intente someterlo la contraparte.

Finalmente, en términos de preparación el abogado debe prepararse también para interrogar. Esto implica, al menos, dos cosas.

Por una parte el abogado debe analizar el contenido de la declaración de cada testigo en el contexto de toda su prueba, tener claro que va en el mismo sentido, que no existen contradicciones y, si existen, buscar las explicaciones para éstas. Debe tratar de evitar sorpresas en el juicio y, para ello, debe trabajar en la preparación.

Por otra parte, con relación al testigo concreto, el abogado debe conocer muy bien su lenguaje, sus modismos, su forma de expresión. No para cambiarlos (lo menos recomendable del mundo es que una persona que no completó la formación inicial comparezca a un tribunal hablando como un doctor en leyes), sino para adaptar su propio lenguaje y hacerlo comprensible al testigo y, a la vez tener claro cuándo requerirá de mayores explicaciones sobre los dichos del testigo para que el tribunal comprenda a qué se refiere. Cuando un testigo habla en una determinada jerga, por ejemplo, el trabajo del abogado no se limitará a que el testigo relate, en esa jerga, lo que sabe; su trabajo consiste en hacer que el testigo "traduzca" la jerga en términos comprensibles para el tribunal.

Como puede observarse el trabajo de preparación (que nada tiene que ver con "enseñar" a los testigos) es necesario para lograr un mejor resultado en el juicio. Aquí sólo hemos enunciado algunas de las múltiples tareas que un abogado deberá realizar previamente a concurrir a un juicio para estar preparado en forma adecuada para sostener su posición y acreditar sus proposiciones fácticas.

11.2.1.3. ¿Quién está a cargo del examen directo de testigos?

La conducción del examen directo está a cargo del abogado que propuso al testigo. Si bien esto puede sonar a perogrullada, tiene implicancias que no son menores.

Por una parte, la conducción del examen no debe convertirse en la producción del examen: el litigante no puede comenzar a declarar en lugar del testigo a los fines de mantener la conducción. La versión más extendida de esta situación es la de los abogados que comienzan a hacer preguntas sugestivas y/o compuestas a los testigos de forma tal que la alocución del abogado es lo único que se escucha matizado con algunos "si" de parte del testigo. Más allá de que existe una prohibición específica para esta actuación (no pueden hacerse preguntas sugestivas en el examen directo), lo cierto es que los litigantes, al manejar bien la información que sus testigos poseen (sobre todo si han trabajado en la preparación del caso), se ven tentados a dar la información en lugar de los testigos por múltiples razones que van desde el miedo al olvido o la forma en que el testigo declare hasta la acción casi refleja por haber oído muchas veces la misma historia de boca del testigo. El problema con este accionar es que si nadie lo cuestiona y el litigante va adelante con preguntas sugestivas, posteriormente se verá en problemas en función a que la información, al no haber sido introducida en forma directa por el testigo, difícilmente será valorada como si la persona hubiera declarado abiertamente.

De lo antes dicho podemos concluir que la conducción del examen no significa protagonismo sino todo lo contrario: el litigante debe desarrollar la habilidad para pasar desapercibido durante la declaración del testigo pero, a la vez, estar atento a que la misma produzca las proposiciones fácticas que necesita acreditar de acuerdo a su teoría del caso.

Esto nos lleva a otra situación que debe evitarse: la del abogado que hace una sola pregunta y deja que el testigo declare de ahí en más sobre todo lo que sabe del caso sin introducir ninguna otra pregunta adicional. Esto suele verse, por ejemplo, en las declaraciones de policías; acostumbrados a concurrir a juicios y conscientes sobre cuál es la información que deben brindar, el abogado pregunta "cuál fue su intervención en este caso" y el policía relata todo lo que sucedió de principio a fin. Esto genera varios inconvenientes:

ran contradicciones, vacíos, ambigüedades y solicitar a los testigos explicación sobre dichos puntos, de forma tal de no encontrarse sorprendidos por la contraparte ya al momento del juicio. En este mismo sentido, si se cuenta con el tiempo y la posibilidad, es importante que el testigo sepa cómo será un contraexamen; si es posible, debe someterse al testigo a un examen y contraexamen en forma previa al juicio, que le permita imaginar cuáles serán las condiciones concretas en que prestará su declaración. Un testigo que sabe de antemano cuál es la dinámica del contraexamen difícilmente ceda a las presiones a las que intente someterlo la contraparte.

Finalmente, en términos de preparación el abogado debe prepararse también para interrogar. Esto implica, al menos, dos cosas.

Por una parte el abogado debe analizar el contenido de la declaración de cada testigo en el contexto de toda su prueba, tener claro que va en el mismo sentido, que no existen contradicciones y, si existen, buscar las explicaciones para éstas. Debe tratar de evitar sorpresas en el juicio y, para ello, debe trabajar en la preparación.

Por otra parte, con relación al testigo concreto, el abogado debe conocer muy bien su lenguaje, sus modismos, su forma de expresión. No para cambiarlos (lo menos recomendable del mundo es que una persona que no completó la formación inicial comparezca a un tribunal hablando como un doctor en leyes), sino para adaptar su propio lenguaje y hacerlo comprensible al testigo y, a la vez tener claro cuándo requerirá de mayores explicaciones sobre los dichos del testigo para que el tribunal comprenda a qué se refiere. Cuando un testigo habla en una determinada jerga, por ejemplo, el trabajo del abogado no se limitará a que el testigo relate, en esa jerga, lo que sabe; su trabajo consiste en hacer que el testigo "traduzca" la jerga en términos comprensibles para el tribunal.

Como puede observarse el trabajo de preparación (que nada tiene que ver con "enseñar" a los testigos) es necesario para lograr un mejor resultado en el juicio. Aquí sólo hemos enunciado algunas de las múltiples tareas que un abogado deberá realizar previamente a concurrir a un juicio para estar preparado en forma adecuada para sostener su posición y acreditar sus proposiciones fácticas.

11.2.1.3. ¿Quién está a cargo del examen directo de testigos?

La conducción del examen directo está a cargo del abogado que propuso al testigo. Si bien esto puede sonar a perogrullada, tiene implicancias que no son menores.

Por una parte, la conducción del examen no debe convertirse en la producción del examen: el litigante no puede comenzar a declarar en lugar del testigo a los fines de mantener la conducción. La versión más extendida de esta situación es la de los abogados que comienzan a hacer preguntas sugestivas y/o compuestas a los testigos de forma tal que la alocución del abogado es lo único que se escucha matizado con algunos "si" de parte del testigo. Más allá de que existe una prohibición específica para esta actuación (no pueden hacerse preguntas sugestivas en el examen directo), lo cierto es que los litigantes, al manejar bien la información que sus testigos poseen (sobre todo si han trabajado en la preparación del caso), se ven tentados a dar la información en lugar de los testigos por múltiples razones que van desde el miedo al olvido o la forma en que el testigo declare hasta la acción casi refleja por haber oído muchas veces la misma historia de boca del testigo. El problema con este accionar es que si nadie lo cuestiona y el litigante va adelante con preguntas sugestivas, posteriormente se verá en problemas en función a que la información, al no haber sido introducida en forma directa por el testigo, difícilmente será valorada como si la persona hubiera declarado abiertamente.

De lo antes dicho podemos concluir que la conducción del examen no significa protagonismo sino todo lo contrario: el litigante debe desarrollar la habilidad para pasar desapercibido durante la declaración del testigo pero, a la vez, estar atento a que la misma produzca las proposiciones fácticas que necesita acreditar de acuerdo a su teoría del caso.

Esto nos lleva a otra situación que debe evitarse: la del abogado que hace una sola pregunta y deja que el testigo declare de ahí en más sobre todo lo que sabe del caso sin introducir ninguna otra pregunta adicional. Esto suele verse, por ejemplo, en las declaraciones de policías; acostumbrados a concurrir a juicios y conscientes sobre cuál es la información que deben brindar, el abogado pregunta "cuál fue su intervención en este caso" y el policía relata todo lo que sucedió de principio a fin. Esto genera varios inconvenientes:

- Por una parte es un fuerte indicador de que el testigo, más que preparado, viene enseñado a declarar a juicio sobre lo que se le pidió previamente (de hecho suelen observarse testigos que declaran como quien repite un guión).
- Por otra parte no existe una pregunta tan abierta y amplia que posibilite una respuesta "sobre todo lo que pasó" y no existe una persona tan locuaz que ante una sola pregunta esté dispuesta a contar todo lo que hizo. Pensar estas cosas desde el sentido común suele ser muy útil: cuando a cualquiera de nosotros nos preguntan "¿Cómo estás?" pese a la abertura y amplitud de la pregunta no respondemos contando toda nuestra historia de vida, nuestros últimos achaques de salud y lo mal que la estamos pasando en el trabajo, sino que nos limitamos a decir "Bien, gracias". Si nuestro interlocutor insiste y nos consulta "¿En qué andas?" probablemente extendamos un poco más nuestra respuesta pero tampoco al punto de contar nuestro proyecto de vida de aquí a diez años. No vemos razón para pensar que los testigos operen con una lógica distinta. Más allá que conocen cuál es la información concreta de importancia sobre la que tienen que declarar, que lo hagan casi sin preguntas puede ser otro indicador de un testigo poco creíble, pero bien enseñado por el abogado que lo propuso.
- Pero incluso asumiendo la buena fe, que nadie le dio un guión al testigo, que suele hablar mucho y por eso basta con hacerle sólo una pregunta para que diga todo lo que sabe, el inconveniente en esta forma de proceder se vincula con la incapacidad de controlar la información que el testigo da en sentido de desviarlo de aquellos detalles que son irrelevantes y concentrarlo en los temas verdaderamente importantes para su declaración.

Conducir la declaración pasando desapercibido será una habilidad del litigante que implique hacer las preguntas necesarias para que el testigo declare libremente, pero concentrándolo en aquellos temas relevantes para acreditar las proposiciones fácticas de la teoría del caso sostenida. Para lograr esta habilidad, el litigante deberá utilizar con mucha corrección las herramientas de producción de información.

11.2.1.4. ¿Cuáles son las herramientas del examen directo de testigos?

Las herramientas que el litigante utilizará para producir información desde los testigos, serán las preguntas. Ya hemos adelantado que el litigante no podrá utilizar cualquier tipo de preguntas: las sugestivas, por ejemplo, estarán prohibidas en el examen directo en función a que obstaculizan la producción de información por su fuente, el propio testigo. Veamos entonces qué preguntas podrá utilizar el litigante para conducir el examen directo.

- ***Preguntas abiertas***

Son las preguntas por excelencia en un examen directo. Las preguntas abiertas son las que permiten que el testigo declare libremente sobre lo que se le consulta. ¿Qué...? ¿Cómo...? ¿Cuándo...? ¿Por qué...? entre otros inicios de formulación de pregunta, son clásicos para determinar que una pregunta se ha formulado en forma abierta.

Como decíamos, estas son las preguntas más conocidas como herramienta para el examen directo y esto se vincula con la finalidad: si el examen directo tiene por finalidad que el testigo –y sólo el testigo– brinde información para apoyar una teoría del caso, es lógico que se pretenderá que la formulación que se utilice para consultar al testigo le posibilite esa apertura para brindar información.

La principal ventaja que tienen las preguntas abiertas es que permiten mostrar la solidez del testigo en cuanto a su conocimientos de los hechos sobre los que declara: relatando en forma abierta un testigo aparecerá como menos "guiado" que a través de preguntas sugestivas a las que sólo dice "si".

Sin embargo, también existen desventajas para las preguntas abiertas, sobre las cuales ya hemos hecho alguna referencia en el punto anterior:

- A través de preguntas abiertas puede perderse el control del examen, permitiendo que el testigo aporte información sin relevancia para el caso.
- Un testigo que relata con demasiado detalle a través de preguntas abiertas puede generar la sensación de estar repitiendo un guión aprendido previamente.

- Si el litigante le formula al testigo sólo preguntas abiertas, difícilmente este podrá entrar en los detalles del relato. Por ejemplo, si el litigante pregunta "Qué es lo que Usted vio el día de los hechos", la probable respuesta del testigo será "Ví que por la avenida 14 transitaba un auto con tres pasajeros que se detuvo en la esquina con la calle Bolívar y desde allí uno de los pasajeros le disparó a la señora que estaba parada junto al semáforo". Esa probable respuesta, deja muchos puntos que requerirán aclaración: de qué marca de auto se trataba, si la visibilidad era buena, desde dónde vio lo que relata; cómo eran los ocupantes del auto; a qué velocidad iban; qué estaba haciendo la señora; etc. (todo dependerá, por supuesto, del caso concreto). Si el litigante continúa su relato con preguntas abiertas, probablemente lo siguiente a preguntar sea "¿y qué pasó entonces?" o "¿Y qué pasó después?", con lo que los detalles que se requieran sobre ese momento que acaba de relatar el testigo, quedarán perdidos.

Para disminuir el riesgo de caer en alguno de esos supuestos, es recomendable combinar las preguntas abiertas con las preguntas cerradas, como pasamos a relatar.

- ***Preguntas cerradas***

Las preguntas cerradas se diferencian de las abiertas en que se formulan al testigo requiriendo una porción específica de la información. En el ejemplo que dábamos al referirnos a la desventaja de las preguntas abiertas, todas las preguntas que siguieron sobre información faltante en el relato del testigo fueron cerradas: ¿De qué marca de auto se trataba?, ¿cómo era la visibilidad?, ¿desde dónde vio lo que relata?, ¿cómo eran los ocupantes del auto?; ¿a qué velocidad iban?, ¿qué haciendo la señora? son preguntas que si bien, se inician como avanzando en la pregunta requieren informaciones uz, lugar, descripción, etc. Es decir: el testigo cir lo que quiera porque quien lo examina le hacia un punto concreto.

rencia entre preguntas cerradas y preguntas su- cerradas restringen el ámbito de la respuesta al as lo reducen a un simple "si". Es importante hacer



la diferenciación porque en tanto las sugestivas están prohibidas en el examen directo, las cerradas son parte importante de éste.

La ventaja que presenta la formulación de preguntas cerradas es, justamente, que permiten al litigante un control mucho mayor de la información que el testigo va brindando: al hacer preguntas que delimitan el ámbito de respuesta en forma bastante específica. De esta forma, no se corre el riesgo de que el testigo se pierda en un relato de detalles irrelevantes.

En contrapartida, si sólo se formulan preguntas cerradas, se corre el riesgo de generar la impresión de que el testigo necesita un "apoyo" para declarar debido a que no tiene tanto conocimiento de los hechos como se pretende hacer creer.

Como el lector ya habrá concluido, la mejor forma de utilizar estas herramientas es combinándolas: preguntas abiertas que permitan al testigo generar el marco amplio de información y preguntas cerradas que permitan al litigante puntualizar aquellos aspectos que son relevantes para el caso. Esta utilización de las herramientas permitirá tener declaraciones más claras, con testigos que no sean guiados pero con litigantes atentos a la necesidad de incorporar toda la información relevante para su teoría del caso.

11.2.1.5. ¿Cómo estructurar un examen directo de testigos?

Partiremos estableciendo que hay dos grandes ámbitos de trabajo en un examen directo de testigos: la acreditación del testigo y el relato del testigo sobre su conocimiento de los hechos.

En materia de acreditación, para que el testimonio de una persona sea valorado positivamente a nuestro caso, es necesario generarle al tribunal elementos que le permitan asumir que la persona es creíble. Esto tendrá que ver con distintos aspectos que van desde la ausencia de interés de la persona en perjudicar o favorecer a alguna de las partes del caso, hasta la posibilidad concreta de tener la información que dice tener.

La acreditación suele asociarse a la tradicional consulta por las "generales de ley" a los testigos pero, se notará, va mucho más allá de eso. La obligación de los litigantes en materia de acreditación será doble:

- Acreditar que esta persona no tiene ninguna razón para mentir en el caso, que serán en general preguntas destinadas a descartar algún tipo de interés; y
- Acreditar sobre cada hecho que relate el testigo que hay buenas razones para creerle su relato que serán preguntas orientadas a verificar las condiciones de percepción del testigo, tanto internas (preguntas sobre el estado de sus sentidos), como externas (preguntas sobre las condiciones climatológicas, distancias, cantidad de personas, tiempo transcurrido, etc.).

El primer tema de acreditación (el testigo no tiene por qué mentir en este juicio) generalmente se desarrollará a través de preguntas iniciales, donde se consultará al testigo por su relación con las partes involucradas en el caso, la forma en que adquirió el conocimiento de la información que viene a relatar, sus posibles intereses en participar en el juicio, etc.

El segundo tema de acreditación es más complejo porque no tiene un "momento determinado", sino que se irá dando a medida que el relato vaya transcurriendo: en la medida en la que el testigo vaya mencionando proposiciones fácticas que requieran una explicación en sentido de "por qué está tan seguro que las cosas fueron así", el litigante deberá preguntar en ese sentido: además de por lo que sabe el testigo, cómo es que lo sabe.

El segundo ámbito de trabajo con el testigo será en lo referente a su conocimiento de los hechos. Concretamente, se realizarán preguntas al testigo para producir las proposiciones fácticas que éste puede acreditar en el juicio. El litigante partirá de su teoría del caso, identificará cuáles son los hechos que debe introducir como prueba con cada testigo en concreto y le preguntará en tal sentido. Cuando hablamos de la teoría del caso mencionábamos la importancia de que la prueba tuviera la capacidad de acreditar en forma completa las proposiciones fácticas o, dicho en otros términos, que las proposiciones fácticas determinan la obligación probatoria. En ese sentido, el litigante debe tener claro cuáles son las afirmaciones de hecho que anunció en su alegato de apertura y debe introducir a través de cada testigo, de forma tal de obtener la información completa y no meras aproximaciones o vaguedades. Aquí es donde resulta fundamentalmente importante la utilización de preguntas abiertas y preguntas cerradas que precisen la información, para de ese modo llegar a la introducción de la información desde los dichos del propio testigo.

Una vez claros los ámbitos a los que debe orientarse el litigante en un examen directo (acreditación del testigo y de la información que vaya introduciéndose e introducción de la información que el testigo posee sobre la teoría del caso), una segunda cuestión a considerar es el orden de producción de la prueba testifical en dos sentidos: cuál será el orden adecuado para que el litigante presente a sus testigos y cuál será el orden interno de cada testimonio.

En relación a la primera cuestión (orden de presentación de los testigos) no existen reglas rígidas. Como hemos mencionado, el orden de presentación de la prueba en su conjunto depende de la estrategia adoptada por el litigante; si considera que es importante iniciar con la declaración de un perito, luego pasar a un testigo, luego presentar otro perito que introduzca determinada evidencia material, posteriormente un tercer testigo que se refiera a la prueba material introducida con anterioridad, etc., será una cuestión a resolver en función a la teoría del caso concreto. Como se notará, no es necesario que el litigante presente a todos los testigos uno tras otro, sino que si considera mejor intercalar prueba pericial, está facultado para hacerlo. La pregunta de fondo para determinar el orden de la prueba será ¿cómo se logra una mejor comprensión del caso desde los ojos de aquellos que no conocen nada sobre el asunto que se juzga? Nuevamente aparece como elemento central la teoría del caso: si el litigante ha realizado correctamente la planeación de la teoría del caso, tendrá claro qué información debe introducir al iniciar el juicio y cómo debe ir "armando el rompecabezas" para el tribunal; en consecuencia, le aparecerá con bastante claridad el orden de producción de la prueba. Lo importante a considerar en este aspecto es que el orden en que se presenten los testigos –y esto aplica a la prueba en general– no puede ser azaroso, sino que debe ser estratégico en función a las necesidades de mi caso en concreto.

En cuanto a la segunda cuestión, el orden del testimonio, lo relevante será que la declaración se dé en forma tal que el tribunal no encuentre dificultades en identificar los puntos importantes para el caso. Lo recomendable es que el testimonio, para cumplir ese objetivo, se produzca en forma cronológica, de una forma en que el tribunal (que insistimos: no conoce el caso) pueda seguir el hilo de la historia que el testigo está relatando. No es conveniente hacer saltos en el tiempo, de este estilo:

Litigante: ¿qué sucedió el día de los hechos?

Testigo: Yo estaba parada en la puerta de mi casa y vi cómo Pablo llegó y le dio un cuchillazo a Pedro.

Litigante: ¿Cuánto tiempo pasó hasta que usted dio esta información?

Testigo: Tres meses.

Litigante: ¿Cómo conoció a Pedro?

Testigo: Su esposa, que cuando lo conocí aún era su novia, era mi compañera de colegio.

Litigante: ¿Qué relación tiene con el acusado?

Testigo: Es mi primo.

Litigante: ¿En qué parte del cuerpo le dio el cuchillazo Pablo a Pedro?

Testigo: En el estómago.

Litigante: ¿A quién le dio esta información tres meses más tarde?

Testigo: A un policía que me dijo que estaba investigando el caso.

Litigante: ¿Hace cuánto conoce a Pedro?

Testigo: Cinco años.

Litigante: ¿Cómo es su relación con el acusado?

Testigo: Sólo nos vemos cuando él viene a la casa de Pedro y yo estoy ahí.

Litigante: ¿Sabe por qué recién tres meses después vinieron a tomarle la declaración?

Testigo: El policía me dijo que inicialmente habían considerado que podrían solucionar el caso sin llegar a juicio, pero que posteriormente Pablo había dicho que quería ir a juicio y que por eso estaban buscando información de los testigos de ese día.

Litigante: ...

En el ejemplo pueden observarse con bastante claridad cuatro temas perseguidos por el litigante: 1. Información sobre el hecho en concreto; 2. Información sobre el momento en que dio su declaración a la investigación; 3. Relación con la víctima; 4. Relación con el imputado.

Si bien todos esos aspectos pueden ser importantes para el caso del litigante que esté haciendo el examen, realizarlos en total desorden no ayuda a que el tribunal identifique la importancia. Sobre todo si el examen se produce haciendo una pregunta abierta tras otra, sin puntualizar la información en el momento adecuado y luego se producen saltos a temas que fueron tocados con anterioridad para hacer esas precisiones. Si las precisiones de información no son realizadas en el momento en el que el testigo se está refiriendo al tema concreto, es bastante más difícil para una persona que no conoce el caso ni está familiarizada con la información que el testigo posee, comprender cuáles son los objetivos perseguidos por quien formula las preguntas. Si en lugar de preguntar cómo conoce a la víctima e inmediatamente después pasar a preguntar cuál es su relación con el imputado, el litigante se detiene en el bloque de información "relación con la víctima" y le pregunta en forma sucesiva cómo la conoce, desde hace cuánto, qué tipo de relación tienen, con qué frecuencia la ve, cuál es el grado de confianza entre ellos, cómo se lleva la víctima con los vecinos del barrio, etc., será mucho más clara para el tribunal la visión que el litigante quiera establecer sobre la víctima, sus actitudes y relaciones, que si las preguntas se formulan salteadas, a medida que al litigante se le van ocurriendo.

Por ello cuando hablamos de darle al examen un orden cronológico no nos referimos estrictamente a que el litigante debe hacer preguntas desde el primer hecho sobre el que vaya a declarar el testigo al último de acuerdo a las fechas en que sucedieron; más bien lo que queremos referir es que el litigante tiene que identificar cuáles son los bloques de información que buscará acreditar con cada testigo (en el ejemplo hemos determinado que el litigante tiene cuatro bloques de información diferenciados). Una vez establecidos los bloques de información, el litigante tendrá que darles un orden en función a la relevancia que tengan (en el ejemplo, parece que lo más relevante es la declaración del testigo sobre el hecho en concreto, en función eso parece lógico que sea lo primero que se pregunte, más allá de que la relación con la víctima y con el imputado es anterior en el tiempo). Y, una vez establecido el orden en que presentará la información por bloques, el litigante sí debe respetar esa cronología que él mismo se ha trazado estratégicamente y ser cuidadoso en sentido de tomar un bloque, hacer todas las preguntas necesarias para producir la información referida y recién cuando haya producido toda la información, moverse al bloque siguiente.

De esta manera, el tribunal podrá ir siguiendo con mucha más claridad las intenciones del litigante, la información se transmitirá en forma más clara y las posibilidades de objeción en la actuación del litigante que esté realizando el examen disminuirán notoriamente, puesto que los objetivos aparecerán más claros a los ojos del tribunal.

11.2.1.6. ¿Qué evitar en un examen directo de testigos?

Para recordar algunas de las cosas que hemos mencionado en los puntos anteriores y agregando otras, haremos a continuación un listado de lo que un litigante debe evitar al momento del examen de testigos:

Protagonizar. La función del litigante es producir la información pasando desapercibido. El protagonista de la declaración debe ser el testigo, que es quien introducirá la información que luego el tribunal valorará en su sentencia.

Usar lenguaje hostil a los testigos. El litigante debe desarrollar la versatilidad suficiente para poder manejarse en forma adecuada en los distintos niveles de lenguaje que los testigos presenten al momento de declarar. Para poder hacerlo, por una parte debe conocer a sus testigos y saber cuáles son sus posibilidades y limitaciones y, por la otra, debe ser capaz de formular preguntas que logren "traducir" la jerga de los testigos a la jerga comprensible para los jueces.

Órdenes rígidos. Si bien parte de la preparación del litigante consistirá en tener un orden ensayado para las preguntas que hará, no puede transformar ese orden en una camisa de fuerza. El litigante debe estar en capacidad de hacer tantas preguntas como sean necesarias para obtener la información que requiere y no quedarse sólo en las preguntas que originalmente pensó si éstas no le dan resultado. En ese sentido, la flexibilidad en la conducción del examen directo es una buena característica.

Pretender probar "todo el caso" con un solo testigo. Esto sucede en general cuando el litigante no tiene claridad sobre la información que puede aportar cada testigo al caso. Si la persona que declara sólo puede decirnos que vio el momento en que Pablo le dio un cuchillazo a Pedro, pero no sabe nada más, es inútil que insistamos en preguntarle por el motivo de tal acción. Para no caer en la tentación de pensar que

"un testigo hace el caso completo" es de fundamental importancia que el litigante sepa qué proposiciones fácticas son las que se acreditarán en juicio con cada uno de los testigos que concurran. Si estamos en un caso en el que un solo testigo tiene toda la información, por supuesto que nuestra obligación será examinarlo sobre toda la información que posee. Pero en un caso en el que el testigo sólo cuenta con una porción de la información, es un demérito en nuestra actuación pretender que el testigo hable de hechos que no le constan.

Pretender usar todos los testigos para toda la información. En el mismo sentido que la indicación anterior, es igualmente contraproducente tener una especie de "lista de preguntas comunes" y formulárselas como mantra a todos los testigos que concurran. Es importante abandonar la lógica que nos lleva a pensar que cuántas más personas afirmen el mismo hecho, ese hecho tendrá un peso mayor. A la hora de valorar la prueba el tribunal no puede decir que el caso está más probado si hubo más testigos diciendo lo mismo o menos probado si hubo menos testigos. Para el tribunal el caso estará probado o no estará probado. En ese sentido, traer a diez testigos a afirmar exactamente lo mismo puede resultar incluso impertinente como veremos más adelante. Adicionalmente, conducirse en esa forma puede generar la impresión de que el litigante no conoce su caso y, por tanto, está utilizando el juicio como etapa de investigación.

Leer el examen directo. Como ya hemos mencionado, si bien es bueno que el litigante se prepare y piense en las preguntas que formulará, incluso que se haga un ayuda memoria para dichas preguntas, no resulta adecuado que concurra al juicio a leer las preguntas. Por una parte porque ese accionar resta credibilidad al litigante en cuanto dará la sensación que no conoce su caso y por ello debe leer. Pero adicionalmente, un gran problema que se genera cuando el litigante da lectura a las preguntas es que suele estar más preocupado por el orden de sus preguntas que por las respuestas que da el testigo; esto lo lleva a no escuchar esas respuestas y, por ende, a caer en el peligro de perder información importante que resulta preciso puntualizar o asumir que el testigo dio información que en realidad no introdujo. Por ello, al momento de realizar un examen directo, la concentración del litigante debe estar en atender al testigo, teniendo claros los bloques de información que buscará acreditar con éste.

11.2.2. Examen directo de peritos

En este apartado dedicaremos un espacio para establecer ciertas diferenciaciones entre el examen a testigos y el examen a peritos, ya que si bien la lógica es la misma (son herramientas para la producción de información) las particularidades del trabajo con peritos hacen necesario establecer algunas puntualizaciones.

11.2.2.1 ¿Qué es el examen directo de peritos? Diferencias con los testigos

A diferencia de los testigos, que llegan a juicio por haber percibido en forma directa a través de sus sentidos alguna información relevante para el caso que se juzga, los peritos llegan a juicio por poseer una experticia especial en un área de conocimientos derivada de sus estudios o especialización profesional, su desempeño en ciertas artes, o el ejercicio de determinado oficio.

Los peritos entonces concurren al juicio a declarar no en función al conocimiento directo que tengan del hecho, sino debido a que por su manejo de un ámbito específico del conocimiento, pueden realizar análisis y sacar conclusiones sobre un aspecto puntual sometido a su experticia.

La prueba pericial ser brindará, entonces, a través del perito que concurre a juicio y es sometido a las reglas del examen y el contraexamen. De la misma manera que referíamos en el caso de los testigos que una declaración anterior no constituye prueba testifical, sino que el testigo debe inmediar con el tribunal y allí producir la información que posee, en el caso de los peritos esto es muy relevante: no son pocos los sistemas que han asumido que el informe pericial es el equivalente a la prueba pericial y en función a ello basta con la introducción del informe y su lectura en el juicio para producir la prueba. Sin embargo, aquí también la inmediación debe cumplirse y, por tanto, para producir una prueba pericial el perito que produjo un informe sobre algún aspecto del caso deberá concurrir a la audiencia de juicio, brindar su declaración y explicar el contenido y conclusiones de dicho informe. No podemos perder de vista lo que hemos dicho al principio: el perito ingresa al proceso en función de que su experticia es requerida para aclarar un punto importante para el caso. Esto implica que sin el conocimiento del perito,

el tribunal de juicio no contará con información suficiente para tomar una decisión de calidad en función a que precisa de sus explicaciones y aclaraciones para comprender ese ámbito de conocimiento específico. Es casi evidente la necesidad de la presencia del perito en el juicio.

Otro tema importante a establecer es que en un sistema acusatorio, el perito no es un auxiliar de la justicia, sino que es perito de parte. Esto no quiere decir, por supuesto, que esté habilitado a concurrir al juicio e inventar una historia que favorezca a la parte que lo propuso; pero sí implica que si una parte ha propuesto un perito es porque las conclusiones a las que éste ha arribado contribuyen a apoyar su teoría del caso; y al igual que con cualquier persona que haya arribado a una conclusión determinada aplicando un método de análisis testeado previamente, es esperable que al concurrir al juicio el perito defienda las conclusiones a las que ha arribado en la realización de su trabajo pericial.

11.2.2.2. ¿Cómo trabajar con los peritos? La preparación previa

Además de lo que hemos mencionado en cuanto a la preparación de testigos, en el trabajo con peritos debe considerarse que, por su actuación específica en el proceso, el litigante debe estar al tanto del trabajo previo que realice. Esto no quiere decir, por supuesto, que deba participar en todo el proceso que el perito deba realizar para la elaboración de su informe y sus respectivas conclusiones, pero sí debe familiarizarse con los procesos que el perito ha seguido, las razones por las que ha seguido esos procedimientos y las conclusiones a las que ha arribado.

Hemos dicho que el informe pericial no tiene valor probatorio en el juicio, ya que la prueba en dicha instancia es el perito concurriendo a declarar. Sin embargo, en la etapa de preparación del examen, el informe tiene un papel muy relevante ya que será un instrumento de trabajo del litigante para su preparación para el examen.

Dado que el examen a un perito versará sobre aspectos del conocimiento que no son sabidos previamente por el litigante (si así lo fuera, no habría necesidad de un perito en el juicio), para realizar sus preguntas es importante que el litigante tenga claridad sobre el trabajo que se ha realizado y los resultados que se han obtenido. Y en este sentido, el litigante deberá estudiar el informe, marcar todo lo que no sea claro, consultar con el perito hasta entenderlo a cabalmente y trabajar con-

juntamente con él para que al momento de concurrir a declarar a juicio, sus explicaciones sean accesibles a todo el público y, principalmente, al tribunal que posteriormente deberá valorar la información producida.

El trabajo con el lenguaje de la declaración es fundamental. El litigante debe trabajar a consciencia con el perito para lograr que pueda explicar su trabajo en el juicio. Muchas veces, al observar declaraciones de peritos, notamos que los mismos concurren y prácticamente repiten lo que se ha escrito en su informe, en términos muy técnicos y difícilmente comprensibles para alguien por fuera de la ciencia específica de la que se trate. Esto constituye un problema que el litigante debe prever y evitar: si el tribunal no tiene una cabal comprensión de lo que significa concretamente para el caso la conclusión a la que ha arribado el perito, existe la probabilidad de que la valoración que realice de su testimonio sea equivocada; o también puede suceder que un tribunal consciente de sus limitaciones decida no valorar la declaración del perito por haber sido incomprensible en su contenido. La habilidad del litigante al momento de la preparación no será, entonces, "subir" al nivel del perito en términos de manejo de la información, sino lograr "bajar" al perito a un lenguaje que utilizando términos simples y comprensibles para el ciudadano medio, expliquen cuál ha sido el resultado de su trabajo y qué importancia tiene para el caso concreto.

11.2.2.3. ¿Quién está a cargo del examen directo de peritos? La función de los consultores técnicos

En algunas legislaciones se ha regulado, para los exámenes a peritos en juicio, la posibilidad de los litigantes de contar con un consultor técnico. Ciertas prácticas han llevado esa regulación al extremo de asumir que es el consultor técnico quien debe realizar el examen en tanto el litigante permanece observando la situación. Esto no puede ocurrir de esa manera: si llevamos a un consultor técnico al juicio que "hable el idioma del perito" y reemplazamos al litigante por ese consultor técnico, probablemente obtengamos un diálogo entre dos expertos que dejará afuera al resto de los asistentes a la audiencia y nos veremos ante la situación señalada anteriormente: riesgo de que el tribunal valore en forma equivocada el trabajo del perito o directamente decida no valorarlo por no haber comprendido.

Por ello, la función del consultor técnico en el juicio será de apoyo al litigante. Previamente al juicio puede resultar un apoyo importante, para ayudarle a entender el informe pericial y generar un "puente" con el perito. Durante el juicio le servirá tanto para puntualizar preguntas para generar información completa para el tribunal durante el examen como para orientarse y tener claridad sobre lo que la contraparte está preguntando en el contraexamen.

En todo caso, debe comprenderse que la figura del consultor técnico es un apoyo para el litigante y nunca puede reemplazar su función en el juicio. Caso contrario, se correrán los riesgos que ya hemos mencionado.

Adicionalmente, es importante dejar claro al perito en el trabajo de preparación previa que en su declaración debe ceñirse a lo que el litigante le solicite a través de sus preguntas. La postura de los peritos en un juicio suele ser diferente a la de los testigos: en tanto saben que están concurriendo a declarar sobre un tema que el resto de los presentes en la audiencia no maneja, pueden caer en posiciones soberbias al declarar, utilizar lenguaje técnico de difícil comprensión o asumir que es por todos conocido algo que sólo ellos entienden. Para evitar tales situaciones, el litigante debe dejar claro al perito que su tarea en el juicio será contestar las preguntas de la forma más clara posible y, en el examen concreto, preguntar tanto como sea necesario para que las enunciaciones del perito sean comprendidas por el tribunal.

11.2.2.4. Las herramientas para el examen directo de peritos

En cuanto a las preguntas posibles en el examen a peritos se aplica la misma lógica que hemos descrito para testigos: preguntas abiertas y cerradas, utilizando las abiertas para generar el panorama general y las cerradas para puntualizar aquellos puntos que resulten de importancia para la teoría del caso.

En el caso de los peritos, los litigantes deben tener claro que deben pedir explicaciones cada vez que sea necesario (*explique cómo llegó a esa conclusión?, aclare en palabras sencillas lo que acaba de decir?, etc.*). Si el litigante ha hecho su trabajo de preparación en forma adecuada, es probable que ya tenga bastante clara la terminología técnica del perito y sepa cuál es la explicación de las conclusiones a las que ha arribado. Nuevamente: debemos recordar que el tribunal no conoce el caso, no

ha accedido previamente a esa información y, por ende, precisa una explicación de cero. En este punto también es necesario recordar que a la hora de dar su sentencia, los jueces deberán valorar sólo la información que se produjo en el juicio, por lo que no podrán recurrir a consultas posteriores o buscar por su cuenta información que les aclare o explique lo que los peritos han dicho en juicio. Es tarea del litigante, y sólo del litigante, que el mensaje que quiere transmitir al tribunal llegue en forma adecuada. Su herramienta de trabajo son las preguntas y debe utilizarlas para que el perito deje claro cuál ha sido la tarea concreta que ha realizado, cómo lo ha hecho y qué conclusiones ha sacado.

11.2.2.5. ¿Cómo estructurar un examen directo de peritos?

Para producir un examen directo a un perito, el litigante debe demostrar al tribunal tres cuestiones:

- Que el tema de la declaración amerita un conocimiento experto para su adecuada comprensión.
- Que la persona que viene a declarar al juicio es verdaderamente experta en la materia.
- Que todos, incluido el tribunal, son legos en relación con el conocimiento del perito: son sus conclusiones las que valen.

Como puede observarse, a diferencia de lo que sucede con la declaración de un testigo, que se producirá sobre la base de lo que percibió con los sentidos y se referirá a cuestiones vinculadas a la experiencia del común de la gente, en el caso del perito, el tribunal prestará mucha más atención y/o dará mucho más valor a su declaración en tanto la misma sacará conclusiones. Un testigo común no puede concurrir al juicio a sacar conclusiones sobre lo que percibió a través de sus sentidos: debe relatar exactamente lo que conoce y será el tribunal posteriormente quien saque las conclusiones. En cambio el perito, por ser el único conocedor de la materia presente en el juicio, concurrirá a declarar las conclusiones que sacó al momento de realizar los exámenes que se le encargaron y serán esas conclusiones las que el tribunal tome en consideración a la hora de dar su sentencia.

En cuanto a la estructura propiamente tal, como en el caso de los testigos, el litigante tendrá dos ámbitos de trabajo: la acreditación del perito y el relato del trabajo realizado con relación al caso.

Con relación a la acreditación, se presentan algunas particularidades con el testimonio de los peritos: en tanto se trata de un conocimiento específico, desconocido para el tribunal y el resto de los presentes, en el que la persona que ha concurrido a declarar es presuntamente experta, gran parte de la acreditación versará sobre su grado de experticia en el ámbito particular de su declaración. Por ello el litigante deberá invertir buena parte del tiempo de examen al perito en demostrar al tribunal que efectivamente se encuentra ante una persona idónea para brindar declaración; preguntas sobre su formación básica, su educación especializada, su actividad laboral, su actividad académica, las publicaciones e investigaciones que posea, su experiencia en estudios como el realizado para el juicio, serán claves para construir la credibilidad del testigo en tanto "persona acreditada para venir al juicio a sacar conclusiones en este ámbito específico de trabajo".

Adicionalmente, con relación a la acreditación personal, también será importante demostrar que el perito no concurre al juicio a declarar por un interés personal en la causa (sea porque está cobrando una suma desorbitantemente superior a la que debería cobrar para un caso como el que se juzga, porque tiene alguna relación con las partes, porque tiene algún interés académico vinculado a los resultados del caso, etc.). En todo caso, es importante considerar que las cuestiones de interés no son automáticas. Es decir, no podemos afirmar "cobró mucho, por tanto tiene un interés"; si se trata del profesional más prestigioso en esa área de conocimiento específico es esperable que cobre por encima del honorario de un profesional medio, por ejemplo. Las cuestiones de interés deberán acreditarse en concreto, de acuerdo a las características del caso.

En lo que hace al relato concreto de su trabajo, por lo general este estará estructurado en tres grandes ejes: qué fue lo que hizo, cómo lo hizo y a qué conclusiones llegó. En consecuencia, a diferencia de lo que referíamos con relación a los testigos sobre la importancia de llevar un orden cronológico en la declaración, dado que aquí los puntos del relato serán muy específicos vinculados a esos tres ejes, lo más recomendable es partir de ese ámbito general para planificar, en específico en cada caso, qué será lo importante de rescatar en la declaración de cada perito.

En lo que se refiere a "qué fue lo que hizo" este bloque de la declaración del perito se vinculará a los estudios específicos que se le pidieron para el caso concreto. Generalmente se consultará sobre el momento en el que se le solicitó el estudio, la distancia entre dicho momento y el momento del hecho, quién fue el solicitante, etc.

Con relación al eje "cómo lo hizo", aparece una cuestión de acreditación vinculada al testimonio de los peritos: los procedimientos. Esto se relaciona con la necesidad de dejar demostrado en el juicio que el método o proceder que utilizó el perito para hacer el estudio y arribar a sus conclusiones es el unánimemente aceptado por su ámbito de conocimiento. Debemos recordar que nos encontramos ante un área de conocimiento desconocido para el tribunal y, en función de ello, para valorar la declaración de los peritos tomarán muy en cuenta quiénes son (acreditación de la persona) y cómo trabajan (acreditación del método), ya que ello les generará cierto grado de certeza en la credibilidad de sus relatos. Si un perito concurre al juicio y dice que sacó una conclusión "x" utilizando un procedimiento nuevo, recientemente creado por él mismo, que no tiene ninguna aceptación y ni siquiera es conocido por sus colegas, difícilmente las conclusiones a las que ese perito haya arribado sean asumibles por el tribunal, por más que ese perito sea el profesional más prestigioso del ámbito de conocimiento en cuestión. Si, por el contrario, un profesional medio concurre al juicio a dar sus conclusiones y explica cómo llegó a ellas, detallando el procedimiento y estableciendo que éste es el universalmente utilizado para ese tipo de estudio específico, probablemente esas conclusiones sean más creíbles que las del perito anterior, por más que el prestigio de aquél fuera mucho mayor que el de este perito.

El último eje, el de las conclusiones, será el más importante en función a que es, concretamente lo que al litigante le interesará que el tribunal asuma en su sentencia. Sin embargo, sin el trabajo previo en la acreditación de la persona y los dos ejes del relato anteriormente señalados, poco impacto tendrán las conclusiones que el perito refiera. Llegados al momento de consultar sobre las conclusiones es cuanto más preciso deberá ser el litigante en hacer comprensible la información para el tribunal, en que quede claro cada punto de lo relatado por el perito y en solicitar tantas explicaciones como considere necesarias para que

los dichos del perito se condigan con las proposiciones fácticas que el litigante pretende acreditar.

11.2.2.6. ¿Qué evitar en un examen directo de peritos?

En adición a las recomendaciones realizadas al referirnos al examen de peritos, para los peritos es también recomendable evitar:

Complejidad. Debe tenerse muy presente que la tarea del litigante no es elevarse al nivel del perito, sino bajar al perito al nivel de los legos en su materia específica. La preparación es importante; la familiarización del litigante con el lenguaje técnico por parte del litigante también lo es. Pero ello no implica que el litigante deba asumir una vez en juicio la postura de "el perito y yo nos entendemos" y despreocuparse de la comprensión del resto de los asistentes a la audiencia. Si el litigante ha llevado un perito al juicio es para demostrar una o varias proposiciones fácticas y para lograr tal cometido lo fundamental es que el tribunal sepa, con exactitud, cuáles son las conclusiones que el perito ha sacado, cómo ha llegado a esas conclusiones y por qué debe considerarse que es idóneo para declarar sobre el punto del que se trate.

Extender el ámbito de declaración. Hemos dicho que un perito es un experto en determinado ámbito del conocimiento. El litigante debe tener muy presente al momento de realizar el examen que el perito sólo puede declarar sobre ese ámbito de conocimiento específico. Preguntarle al médico que realizó la autopsia cuál era el estado mental de la víctima al morir, por ejemplo, está absolutamente fuera de lugar, ya que no tiene la experticia para declarar sobre ese punto. O pretender que el perito balístico señale cuál era la intención de la persona que disparó el arma, tampoco es una cuestión que pueda responder desde su experticia. Es importante ser cuidadosos con el alcance que le damos a las declaraciones de los peritos, ya que en su decisión el tribunal sólo podrá considerar como probadas las afirmaciones que estén dentro del ámbito de conocimiento para el que ha sido acreditado el perito en cuestión.

11.2.3. Prueba material

A continuación revisaremos otra de las herramientas para producir información en un juicio: la prueba material. La particularidad de esta prueba, en términos generales, es que estará vinculada a alguna de las pruebas que anteriormente hemos revisado: será introducida por un testigo o por un perito y será utilizada para encontrarle un sentido y explicación a su presencia en el juicio por algún o algunos de los testigos y/o peritos en el juicio.

11.2.3.1. ¿A qué llamamos prueba material?

Llamaremos prueba material a toda evidencia que se presente en juicio y que no se trate de una declaración testimonial, pericial o la propia del imputado. Dentro de lo que entendemos como prueba material se incluyen los objetos, documentos, videos, grabaciones de audio, fotografías, etc.

En alguna medida podríamos decir que la prueba material constituye prueba de apoyo para los dichos de los testigos y/o peritos, ya que como mencionábamos previamente, su ingreso al juicio estará en términos generales vinculadas a las declaraciones que se presenten en la audiencia. Por lo mencionado resulta de fundamental importancia tener un muy buen manejo de la teoría del caso que se presenta al juicio para definir en qué momento y a través de cuál testigo o perito ingresará la prueba material, ya que ésta debe estar puesta al servicio del relato que intenta probarse.

Hemos mencionado cuando comenzamos a describir las herramientas de producción de la información que los códigos de procedimientos en general suelen regular la prueba testifical, la prueba pericial y la material, en ese orden. Sin embargo, ello no implica un orden mandado a los litigantes, sino que los mismos deberán definir cómo presentarán la prueba de acuerdo a su estrategia de litigación. Esto es de particular importancia en el caso de la prueba material, ya que por tratarse de prueba inanimada, muchas veces suele perderse su sentido por olvidos o malas definiciones de parte de los litigantes. Por ejemplo: si "decido" presentar toda la prueba material una vez producidas las declaraciones de mis testigos y peritos, probablemente

me encuentre en problemas ya que dicha prueba **debe** ingresar al juicio a través de un testigo o un perito específico. Si la declaración del testigo idóneo para introducir la prueba ya se produjo, tendré que volver a llamarlo para hacer la introducción y, probablemente, la misma quedará absolutamente descontextualizada ya que no se produjo en el ámbito del relato del testigo. Por ello es importante desarrollar herramientas que me permitan clarificar cuándo ingresaré la prueba, como estudiaremos a continuación.

11.2.3.2. ¿Cómo trabajar con la prueba material? Preparación previa para su correcta introducción

Hemos dicho que la prueba material ingresará a través de testigos o peritos. Esto tiene una razón: alguien tiene que darle un sentido a esa prueba en el contexto del caso y ya que hemos establecido que los dichos de los abogados no constituyen pruebas, la única forma de contextualizar a la prueba material, explicar su importancia para el caso y precisar el por qué de su incorporación en un momento concreto, es a través del relato de un testigo o un perito.

Si, por ejemplo, el litigante quiere introducir un balance del que puede concluirse que hubo malos manejos por parte de la administración, para dar esa explicación y mostrar dónde están las evidencias será preciso el testimonio de un perito contable, del contador de la empresa, de un experto en el área, en fin, de alguien que conozca el balance y pueda indicarle al tribunal donde están las fallas que llevan a concluir que hubo un mal manejo. Si, en otro caso, quiero introducir el arma con que se produjo el homicidio será necesario que quien la recogió explique dónde la encontró, en qué posición, a qué distancia de los involucrados, etc. Dependerá de cada caso la necesidad y posibilidad de prueba material. Y para cada caso el litigante deberá pensar, en términos de su teoría del caso y su estrategia de litigación, a través de quién, en qué momento y para acreditar qué proposiciones fácticas introducirá una prueba material. Esto nos lleva a complejizar un poco más el instrumento que hemos elaborado para diseñar nuestra teoría del caso:

ACUSADO: VÍCTIMA: TIPO PENAL CONSIDERADO:						
ELEMENTOS DE LA TEORÍA JURÍDICA	TEORÍA FÁCTICA		TEORÍA PROBATORIA			
	Afirmación de hecho	Debilidad o Fortaleza	Prueba Testimonial / Pericial	Debilidad o Fortaleza	Prueba Material	Debilidad o Fortaleza
ELEMENTO 1	Proposición Fáctica 1		Testigo 1		Prueba 1	
	Proposición Fáctica 2				Prueba 2	
	Proposición Fáctica 3				Prueba 3	
	Proposición Fáctica 4		Perito 1		Prueba 3	
ELEMENTO 2	Proposición Fáctica 5		Testigo 2			
	Proposición Fáctica 6		Testigo 3		Prueba 2	
					Prueba 4	
ELEMENTO 3			Perito 2		Prueba 1	
					Prueba 2	
					Prueba 4	

Vemos que para trabajar en forma adecuada con la prueba material, deberemos hacer una nueva división en nuestra teoría del caso diferenciando la prueba testimonial o pericial y la prueba material. De esta manera, identificaremos en principio qué pruebas testificales o periciales nos sirven para acreditar cada proposición fáctica que afirmemos; y en un segundo momento deberemos identificar qué pruebas materiales debemos introducir con cada prueba testifical o pericial para acreditar las proposiciones fácticas que conforman nuestro relato del hecho.

Como se intuirá, el ejercicio de planeación se va volviendo más específico y, por tanto, más complejo: tengo que tener claro el orden de mis testigos de acuerdo a cómo deseo introducir mi relato del caso (mis proposiciones fácticas). Pero también tengo que tener claro qué prueba puedo introducir con cada testigo y con cuántos testigos precisaré utili-

zar la prueba una vez introducida. Es decir: para introducir una prueba material tengo que identificar (como veremos más adelante) el testigo idóneo, el que efectivamente puede permitirme su introducción; para utilizar una prueba material previamente debo haberla introducido, entonces, no podré llamar a declarar en primer lugar a un testigo con el que deseo utilizar la prueba material pero que no puede introducirla al juicio, si esta prueba no ha sido introducida con anterioridad.

Adicionalmente, para las pruebas materiales también tendré que tener en consideración su fortaleza o debilidad, que generalmente tendrá relación con la forma en que fueron obtenidas y con el grado de acreditación que precisan. El grado de acreditación de la prueba variará de acuerdo a la generalidad de la misma. Por ejemplo: si quiero introducir al juicio un cuchillo de cocina aduciendo que es el arma homicida, probablemente ese cuchillo previamente deba haber seguido un procedimiento estricto de cadena de custodia que lo individualice en el universo de los cuchillos de cocina como EL cuchillo de cocina con el que se produjeron las heridas mortales; aquí habrá un control riguroso en función a que no deseamos que se ingrese al juicio cualquier cuchillo, sino aquel que fue obtenido en la escena del crimen. Si, por el contrario, quiero introducir al juicio la tapa del 10 de febrero del año en curso del diario de circulación nacional más vendido del país, probablemente las necesidades de acreditación sean menores puesto que hubo una sola tapa de ese diario el 10 de febrero del año en curso y es bastante difícil que se tergiverse y se cambie por otra sin que nadie lo note (hoy en día bastaría con buscar en internet las ediciones anteriores del diario para constatar la originalidad de la misma). La cuestión para el litigante es que dado que pueden producirse cuestionamientos y su tarea es anticiparlos y tener una explicación razonable para los mismos, es importante hacer el análisis sobre la fortaleza o debilidad de cada una de las pruebas materiales.

11.2.3.3. ¿Cómo introducir la prueba material en juicio?

Para introducir la prueba material en el juicio, el litigante debe tener claro en primer lugar cuál es el testigo idóneo para cada prueba que introducirá. Entenderemos por testigo idóneo a aquél que tuvo el primer contacto con la prueba material e inició la formalización de la misma al

interior de la investigación (lo que en nuestros sistemas suele denominarse la "cadena de custodia").

Puede darse el caso en que un mismo testigo sea idóneo para introducir varias pruebas (el típico caso es el del policía que recoge la evidencia encontrada en la escena del crimen) o que diversos testigos sean idóneos para la introducción de pruebas diversas. Lo importante es tener claro en qué momento y con qué testigo es útil a mi teoría del caso la introducción de la prueba material.

Una vez identificados los testigos idóneos para la introducción de la prueba material, el procedimiento en sí será parte del examen directo a los testigos. Para hacer que la prueba material ingrese como apoyo a mi relato del caso, es importante que la misma adquiera sentido en el contexto de una declaración. Por ello, previamente a exhibir la prueba material en concreto al testigo idóneo debo hacer las preguntas correspondientes para que el testigo me hable del objeto. Por ejemplo, en el caso del policía que hizo el levantamiento de evidencia en la escena del crimen, será necesario que al relatar sus actividades en la investigación, me mencione que recogió evidencia en la escena del crimen. Establecido ello, procederé a preguntarle qué evidencia en concreto recuerda haber recogido en la escena del crimen y él me responderá que recogió "un cuchillo de cocina".

Al haber introducido en su declaración la existencia del objeto, ya estoy en condiciones de exhibírselo al testigo para que lo reconozca. Dependiendo el sistema la evidencia estará en poder de las partes o del tribunal; en general en nuestros sistemas la evidencia suele quedar en poder del tribunal de juicio, por lo que una vez que el testigo me diga que recogió un cuchillo de cocina, procederé a solicitar al tribunal que se me proporcione la prueba marcada como "acusación 1", se la exhibiré en primer lugar a mi contraparte para que vea de lo que se trata y, si tiene alguna objeción que manifestar lo haga en ese momento o de lo contrario asienta su exhibición al testigo y, si la contraparte asiente, le exhibiré la prueba material al testigo.

Al exhibirle la prueba material al testigo, es importante que él sea quien me diga de qué se trata y no que yo lo direccione. Por ello, la pregunta correcta a realizarle será "¿qué le estoy mostrando?" (o "¿qué es esto?", "¿qué tengo en mis manos?", etc.) y no "¿este es el cuchillo de cocina que recogió?"; esta segunda fórmula constituye una pregunta sugestiva

y, como hemos establecido, en un examen directo están prohibidas las preguntas de ese tipo. Una vez que le pregunte al testigo qué es lo que le estoy mostrando, el testigo me responderá que es el cuchillo de cocina que recogió en la escena del crimen. Seguidamente deberé cerciorarme de generar a esa prueba material acreditación suficiente (recordemos que dijimos que cuanto más general sea la prueba en cuestión, más necesaria será la acreditación en específico). Para ello, mi pregunta será "¿cómo lo reconoce?" o "¿cómo sabe que es el cuchillo que recogió?" o cualquier otra formulación que invite al testigo a explicar por qué está seguro que es el cuchillo que recogió y no otro. En este caso específico, por tratarse de un elemento recogido por la investigación, el testigo seguramente podrá dar explicaciones vinculadas a la cadena de custodia (el empaque en que se encuentra la prueba material, la etiqueta y su contenido, las firmas que constan en la misma, etc.). El trabajo del litigante en este ámbito será dejar establecido fuera de duda que la prueba material introducida tiene una relación efectiva con el caso.

Finalmente, cuando el testigo me haya dado razones por las cuales se trata en específico de la prueba del caso, solicitaré al tribunal su introducción al juicio y acto seguido utilizaré la prueba. Es decir, le pediré al testigo que me muestre dónde la encontró, cómo estaba, a qué distancia de la víctima, en poder de qué persona se encontraba, cualquier elemento que sea de importancia para mi teoría del caso en específico.

Una vez introducida la prueba material, podré hacer uso de ella con todos los testigos que vengan a declarar y tengan información relevante vinculada a la misma. Por ejemplo, si posteriormente a que introduje el cuchillo de cocina concurre un testigo que conoce muy bien al acusado y declara que en su cocina tenía una colección de cuchillos porque le gustaba mucho la cocina, puedo tomar el cuchillo ya introducido y pedirle que me diga si vio alguna vez el objeto que le muestro, etc.

11.2.3.4. ¿Qué evitar en el uso de la prueba material?

Introducirlas en cualquier momento. Dado que en alguna medida *la prueba material es un apoyo a la prueba testifical o pericial,* en sentido que se introducirá en el contexto de una declaración y encontrará su explicación en los dichos de un testigo o un perito, es de fundamental importancia realizar el ejercicio previo de identificar

con qué testigo y en qué momento se introducirá cada una de las pruebas materiales existentes en el caso y con cuál o cuáles testigos o peritos se utilizará posteriormente. No es conveniente introducir las pruebas materiales al finalizar las declaraciones, como último punto a cumplir, ya que ello parece más indicador de una formalidad que de una estrategia. De la misma forma, no es conveniente dejar las pruebas materiales para el fin de la producción de la prueba ya que, como hemos explicado, por regla general la forma de introducirla será a través de un testigo y dejar su introducción para el final obligaría al litigante a llamar a declarar nuevamente a testigos que ya brindaron su declaración, sólo a fines de introducir la prueba material.

Carencia de estrategia. Llegado a juicio, el litigante debe tener claro qué prueba desea introducir y qué prueba descartará, no ofreciéndola para la audiencia. Como hemos mencionado en anteriores oportunidades, el juicio no lo gana quien más pruebas lleva (en litigación, muchas veces lo que abunda **sí** daña), sino quien tiene una estrategia clara detrás de las pruebas que ofrece. Cada prueba material ofrecida debe tener un propósito en función a una proposición fáctica, sino no es necesario llevarla a juicio.

No utilizarlas. En el mismo sentido que lo anteriormente dicho: si llevo una prueba material al juicio debo utilizarla para graficar en la mente del tribunal cómo sucedieron las cosas. ¿Dónde estaba el cuchillo de cocina? ¿Quién lo tenía? ¿Cómo se utilizó en el caso? ¿Cómo pudo producirse la herida con el cuchillo? Si poseemos el cuchillo, se recogió en forma legal y se introdujo al juicio, lo lógico es que cada testigo o perito que pueda dar una explicación que involucre el cuchillo lo tomé y muestre al tribunal dónde estaba, cómo se usó, etc. La prueba material es importante en tanto constituye un indicio inmediato con relación al hecho (no es una mera cuestión demostrativa, sino que es una evidencia vinculada con la ocurrencia del hecho) y nos brinda la posibilidad de agregar dimensiones al testimonio. Por ello, si introducimos la prueba material pero luego no la utilizamos, la dejamos sobre el escritorio del tribunal esperando que ésta mágicamente haga su trabajo sola, estaremos cometiendo un error importante de litigación. Recordemos que la prueba no habla por sí sola, sino que debe ser puesta al servicio de un relato específico: la teoría del caso con la que concurrimos a litigar el juicio.

11.2.4. Los apoyos en la presentación de la información

Hemos repasado ya las herramientas que el litigante posee para producir información: examen de testigos, examen de peritos e introducción de prueba material. En este último punto hemos mencionado la importancia de incorporar otras dimensiones al relato. Los testigos y los peritos pueden poseer mucha información y de mucha importancia para el juicio, pero su solo relato a veces no es suficiente. Sea porque no son claros, porque no son concretos, porque el tribunal imagina las cosas de una forma diferente a cómo las relatan, por las dificultades que existen para prestar atención a todo el contenido de una declaración con la misma intensidad o por una serie infinita de otros factores, puede suceder que el mensaje hablado no llegue al tribunal de la manera en que los litigantes pretenden que llegue.

En función a ello, nos interesa terminar este apartado sobre producción de información haciendo referencia a las herramientas de apoyo a dicha tarea, para posibilitar que los mensajes que pretenden enviarse al tribunal lleguen con la claridad esperada.

11.2.4.1. Los apoyos en la presentación de la información. Utilidad

Cuando hablamos de apoyos en la presentación de información nos referimos a elementos que, sin ser prueba (sin tener una relación directa con los hechos) pueden servir a una mejor comprensión de la prueba por parte del tribunal. De ahí su utilidad: permiten al litigante transmitir en forma más clara el mensaje que desea enviar al tribunal.

Tradicionalmente, se ha asumido que en el sistema acusatorio un juicio consiste en la producción de información a través de testimonios y pruebas materiales, sin posibilidades adicionales. Sin embargo, en la actualidad comienza a verse cada vez más la necesidad de incorporar a las declaraciones otros elementos, que permitan mantener la atención del tribunal y apoyar su comprensión. Lo importante es asumir que los apoyos tendrán como única finalidad mejorar la calidad de la información introducida por los testigos y/o peritos y nunca reemplazar su declaración o incorporar información en forma autónoma.

11.2.4.2. ¿Qué tipos de apoyos pueden utilizarse?

Desde pizarras y marcadores para que los testigos puedan realizar gráficos hasta presentaciones audiovisuales, todo tipo de apoyo puede ser utilizado y será bienvenido en un juicio en tanto permita cumplir la finalidad mencionada: mejorar la calidad de la declaración del litigante.

Existe un temor fundado en permitir el uso de apoyos en sentido que no son pocas las veces en las que pretende reemplazarse una declaración con un apoyo. Por ejemplo: si le presento al testigo un gráfico en el que están los nombres de las calles, indicado el lugar donde fue encontrado el cuerpo, el nombre de la víctima, los automóviles que se encontraban estacionados en la vereda con sus respectivos colores y números de patentes, etc., no estaré presentando un apoyo, sino que básicamente estaré induciéndolo en una forma diferente a la de las preguntas, ya que ante la pregunta "¿indíquenos en este gráfico qué fue lo que vio?" al testigo le bastará mirar el gráfico y comenzar a relatar todo lo que en este mismo momento está viendo. En ese caso el gráfico no será un apoyo, sino que será un reemplazo de la declaración.

Distinto es el caso si yo le presento un gráfico con un plano sin nombres ni características más que manzanas y calles, para que él vaya llenando la información. Ante la pregunta: "¿Qué fue lo que vio?" comenzará a relatar el hecho y yo podré pedirle que vaya situando en el gráfico (marcando con una fibra, colocando pinches, como sea más útil y posible) los distintos elementos que él mismo vaya incorporando en su relato (dónde estaba el cuerpo, cuántos autos había, cómo se llamaban las calles, dónde estaba él parado, etc.). Aquí el gráfico que he presentado es un verdadero apoyo porque no aporta ninguna información en sí mismo sino que permite que la declaración del testigo tome cuerpo a partir de su incorporación de los distintos elementos en el gráfico concreto.

En el mismo sentido puedo utilizar fotografías, presentaciones en diversos programas informáticos, planos, maquetas, etc. Lo importante es que el apoyo no incorpore información, sino que pueda ser utilizado por quien efectivamente va a incorporarla para mejorar su declaración.

11.2.4.3. Previsiones a la hora de utilizar un apoyo para la presentación de la información

Si el litigante desea utilizar apoyos para la presentación de la información, es importante que lo comunique tanto a su contraparte cuanto al tribunal. Como hemos mencionado, suelen presentarse temores a la hora de permitir su uso, por lo cual es mejor tener la discusión previamente (en la audiencia de control de la acusación, por ejemplo) a darla en el mismo momento de la audiencia. Si yo concurro directamente a la audiencia con el gráfico al que hacíamos mención en el punto anterior y lo saco para ponerlo delante del testigo, probablemente mi contraparte se oponga a su utilización (más allá de que no tenga ningún dato ni información que pueda direccionar al testigo) sobre la base que no tuvo conocimiento previo de mi pretensión de usar el apoyo. En esta situación, es bastante probable que para evitarse problemas, el tribunal le dé la razón a mi contraparte y me impida el uso del apoyo. Si, en cambio, yo anuncio previamente en la audiencia de control de la acusación mi intención, podremos tener un debate específico sobre el punto y el tribunal podrá decidir con mayor información su uso o no.

También es importante que en el trabajo previo con testigos y peritos el litigante haya comprobado que están en posibilidad de completar su declaración mediante gráficos o esquemas. Si nos encontramos frente a un testigo que tiene dificultades, se pone nervioso y, en definitiva, empeora su declaración a través del uso de estos mecanismos, es preferible mantenernos en la lógica de formularle preguntas y recibir las respuestas sin mayores complejidades, dado que en ese caso será lo mejor. Si, por el contrario, nos encontramos frente a un testigo o perito que puede clarificarnos mucho más a través de una pizarra que en su propia explicación oral, entonces será fundamental que solicitemos que este testigo pueda hacer uso de una pizarra.

También es necesario avisar con anterioridad al tribunal en términos logísticos. Si preciso una pizarra para que un testigo declare, es importante saber si el tribunal puede proveerla o si debo llevarla yo por mi cuenta, en cuyo caso también deberé cerciorarme que exista el espacio adecuado para ubicarla. Igualmente si deseo realizar una proyección: debo avisar al tribunal con anticipación para saber si cuentan con la tecnología adecuada o, caso contrario, si me autorizan a proveerla para

la audiencia. Estas cuestiones, que suelen ser relegadas a un segundo plano o directamente no considerarse, deben ser tomadas en cuenta y revisadas por el litigante, para no desesperar en el momento de la audiencia y tener estrategias alternativas en caso de ser necesario.

11.2.5. Un caso específico de apoyo: las declaraciones previas para refrescar memoria

En diversos lugares de este Manual hemos insistido en la importancia de erradicar el expediente como metodología de trabajo, asumir la oralidad como regla para la presentación de información y la toma de decisiones, y diferenciar las funciones de cada momento procesal que se transite. En este último ámbito hemos establecido que llegados al juicio, para que un elemento se valore debe ser presentado en la audiencia; no valdrán registros anteriores en el caso de los testigos, ni actas donde conste la existencia de los objetos materiales. Los testigos deben concurrir al juicio, al igual que los peritos, para prestar su declaración y que la misma sea valorada en juicio. Y las pruebas materiales deben ser traídas e introducidas en la audiencia, para que las mismas puedan considerarse al momento de dar sentencia.

Sin embargo, también hemos dicho que para llegar a juicio bien preparados, las partes deben conocer el contenido de su prueba antes de la audiencia y trabajar para definir su mejor presentación posible en el juicio. Surge entonces, en el caso de los testigos y peritos, la pregunta sobre qué uso adicional puede dársele a los registros que existan antes del juicio de su conocimiento sobre el caso. A continuación, revisaremos uno de sus usos posibles.

11.2.5.1. ¿Qué es una declaración previa?

Consideraremos como declaración previa a cualquier tipo de manifestación que una persona haya realizado con anterioridad a la audiencia del juicio con relación a su conocimiento de los hechos que se juzgan. En términos generales estas declaraciones tendrán lugar en el curso de la investigación y en función a ello probablemente se hagan constar en la carpeta de investigaciones que el fiscal lleve para constatar permanentemente sus avances, su teoría del caso y la posibilidad real de ir a juicio.

Pero esto no es una regla: una declaración previa puede encontrarse, por ejemplo, en la declaración dada por un testigo a un medio de comunicación a través de una entrevista, en una carta enviada a un conocido, en un correo electrónico, etc. No existe una regla que establezca que para ser considerada como "declaración previa" la misma deba haber sido efectuada al interior de un proceso judicial y cumpliendo con formalidades determinadas. De lo que se trata es de que el contenido de la declaración dada tenga relación con los hechos que se juzgan y, en función a ello, puedan vincularse a lo declarado en el juicio.

11.2.5.2. ¿Cuándo puede utilizarse como apoyo para la presentación de información?

En términos de presentar información, la declaración previa dada por un testigo (independientemente el formato que la misma tenga) puede ser utilizada como un "ayuda memoria", es decir, como una herramienta que nos permita orientar al testigo y encaminarlo en forma adecuada en su declaración.

Como estamos hablando de la declaración previa para producir información, la misma será utilizada como un apoyo para refrescar la memoria del testigo sobre algún punto que no recuerda y que nosotros tenemos certeza que conoce. En este sentido, una de las primeras cuestiones a valorar antes de utilizar una declaración previa es cuál es la importancia concreta que el olvido del testigo genera para nuestro caso. Es decir: si a raíz del olvido puede generarse una situación en la que el tribunal falle en contra, en tal caso será más que conveniente utilizar la declaración previa para refrescar la memoria del testigo e incorporar la información necesaria. Si, por el contrario, el olvido del testigo es secundario y la situación del caso no mejoraría a través de la incorporación de la información olvidada, será mejor no utilizar la declaración. En definitiva, se trata de un uso estratégico, en función a las necesidades concretas del caso y el impacto que pueda tener la muestra de una declaración previa al testigo.

La pregunta que el litigante deberá hacerse antes de utilizar una declaración previa será cuán importante es para el caso la información omitida por el testigo y cuán grande puede ser el impacto si la declaración es utilizada.

11.2.5.3. Ventajas de su uso

Como todo lo que se haga en un juicio, la utilización de una declaración previa será una cuestión de estrategia, de acuerdo a los objetivos del litigante. La ventaja de su uso está dada porque si la información que el testigo está omitiendo es realmente esencial para el caso, si es clave para la acreditación de una determinada proposición fáctica y pese a haber realizado todos los esfuerzos (preguntarle de distintas formas, tratar de llegar al punto a través de distintas líneas de examen) el testigo no responde lo que el litigante precisa, la declaración previa es una herramienta importante para traer esa información al juicio y lograr que el testigo la introduzca.

En este punto es necesario dejar claro que en ninguna medida la declaración previa reemplazará a la declaración del testigo. Por ello justamente estamos estudiándola entre los posibles apoyos a la producción de información: la declaración previa será una muleta para que el testigo pueda seguir caminando, declarando durante el juicio. En ningún caso se traerá la declaración previa para que se dé la lectura omitiendo proseguir con la declaración del testigo.

11.2.5.4. Desventajas de su uso

Las desventajas en el uso de las declaraciones previas estriban en que el impacto de una información que es introducida luego de haber sido leída por el testigo, es mucho menor al impacto de una información que es incorporada en forma espontánea a través de la respuesta a una pregunta realizada por el litigante.

Por ello hay que limitar el uso de las declaraciones previas a lo estrictamente necesario. Como hemos mencionado con anterioridad: sólo a los casos en que resulta esencial que ese testigo incorpore esa información y habiendo intentado todos los medios, no queda más remedio que recurrir a la declaración previa.

Si en lugar de utilizarla en forma restringida el litigante hace un uso abusivo de él, trayendo la declaración (o declaraciones) anterior cada vez que el testigo duda o varía un poco en su respuesta original, estará generándose un problema de difícil resolución, ya que el tribunal tomará en consideración esa actividad a la hora de valorar la credibilidad del testigo y no será en forma positiva precisamente.

11.2.5.5. Procedimiento para su uso

De la misma forma que hemos visto que la introducción de prueba material en el transcurso de una declaración testimonial o pericial requiere una serie de pasos específicos, también esto se da con la declaración previa.

Cuando el litigante quiera utilizar una declaración previa para refrescar la memoria del testigo, en primer (como recomendación estratégica) deberá estar seguro que la información faltante es esencial para su caso y que, además, es esencial que sea incorporada por este testigo, ya sea porque es el único que la posee, ya sea porque el impacto que tendrá en boca de otros testigos no será el mismo.

Una vez en ese escenario específico, antes de apelar a la declaración previa, el litigante deberá intentar llegar a la información a través de las herramientas naturales: las preguntas al testigo durante el examen directo. Aquí vemos nuevamente la importancia de no tener un examen directo preestablecido para cada testigo, sino de tener una lista de temas que deben incorporarse con cada uno de ellos y pensar en distintas formas de preguntar que le permitan incorporar la información requerida. Si utilizadas todas las formas pensadas para incorporar la información, esta no surge de boca del testigo, el litigante podrá decidir la utilización de la declaración previa.

Si ha decidido utilizar la declaración previa, lo primero que el litigante deberá hacer en el examen al testigo será generar la base, establecer la existencia de tal declaración previa. En ese sentido deberá preguntarle directamente al testigo si recuerda haber prestado una declaración anterior, si recuerda haber hablado del caso anteriormente, si alguien lo entrevistó previamente al juicio, en definitiva, cualquier fórmula que considere apropiada para que el testigo responda que sí ha dado una declaración anterior sobre el caso.

Una vez que el testigo incorpore la información sobre su declaración previa, esto es, una vez que el testigo le diga al litigante que efectivamente habló con anterioridad del caso, el litigante deberá "tender el puente" para que el testigo admita que la declaración sea de utilidad. Para ello, el litigante deberá consultar al testigo si le ayudaría a recordar ver su declaración anterior, si tendría una idea más clara si le fuera exhibida la declaración, si recordaría mejor el punto sobre el que está

declarando si pudiera ver lo que dijo con anterioridad, nuevamente: cualquier fórmula que sirva para que el testigo se sienta consultado y confiado en sentido que puede pedir que se le exhiba la declaración anterior para constatar sus respuestas.

Si el testigo ha respondido que sí le serviría la declaración, el litigante pasará al tercer punto que consistirá en exhibirle al testigo la declaración anterior siguiendo las líneas que ya hemos estudiado al describir la introducción de prueba material: no inducir al testigo. Antes de conducirse al testigo, es conveniente que el litigante exhiba la declaración a la contraparte para que esté claro que se trata de ese documento específico y no de una nota realizada en el momento para que el testigo la lea. Una vez revisada la declaración por la contraparte (ya que casi por regla este procedimiento no tendrá objeción, esto debería darse rápidamente), el litigante pedirá al testigo que le diga qué es lo que le está exhibiendo en lugar de preguntarle directamente si la declaración que le exhibe es la que prestó con anterioridad (en la primera fórmula el litigante hace una pregunta abierta en tanto en la segunda formula una pregunta sugestiva, prohibida en el examen directo). Ante esta pregunta, el testigo será quien diga que es la declaración que dio con anterioridad y la forma en que la reconoce (porque está su firma, por la fecha en que fue dada, porque aparece su foto, etc. Esto dependerá del tipo de declaración que se trate y no debe convertirse en un formalismo sino verse en concreto caso a caso).

Una vez establecido que se trata de su propia declaración, el litigante procederá a utilizarla y aquí es donde la tarea se vuelve más específica aún: no se trata de decirle al testigo que dé lectura a toda su declaración, sino que lo que el litigante deberá hacer es pedirle al testigo que lea para sí, en voz baja, la parte de la declaración pertinente a la información que el litigante precisa en este momento en el juicio; es conveniente que el litigante marque al testigo la parte puntual que requiere que sea leída, para que no se pierda en la lectura de todo el documento. Una vez que el testigo ha culminado la lectura, el litigante vuelve a formular la pregunta al testigo, requiriéndole la información específica que no pudo recordar sin la declaración previa.

Como puede observarse, la declaración del testigo no se reemplaza sino que se completa con su lectura de la declaración que prestó con

anterioridad. Como hemos mencionado, el riesgo de utilizar esta herramienta es que el impacto que produce en el tribunal, poner a un testigo a leer lo que dijo anteriormente, es muy alto; y es probable que no valore la información introducida por éste a partir de la lectura de igual manera que lo haría a partir de respuestas espontáneas. Sobre todo recordando que en un sistema acusatorio se asume que el litigante hizo un trabajo de preparación con los testigos y que éstos están claros en cuanto a los aspectos relevantes de su testimonio.

Sin embargo, llegado el caso, es un apoyo que puede utilizarse, en forma excepcional, si se requiere realmente que el testigo recuerde algo esencial.

Hemos visto hasta aquí las herramientas que el litigante tendrá en su poder para producir información, es decir: para producir su propia prueba. Ahora nos pondremos en el rol de contraparte y estudiaremos las herramientas que quien no esté produciendo la prueba tiene para ejercer el control sobre la misma, de forma tal de no permitir el ingreso al juicio de información de baja calidad.

11.3. Control de la información

El control de la información en juicio es la manifestación concreta del principio de contradicción. Mientras una parte esté produciendo su prueba, pretenderá que todas las afirmaciones que se realicen se tomen en consideración sin ningún tipo de control, que todas las preguntas que haga resulten admisibles y que, en definitiva, su versión de los hechos sea considerada como la verdad procesal a asumir en la sentencia. El rol de la contraparte durante la producción de información de su contrario será prestar atención a cada pregunta, a cada afirmación a cada incorporación probatoria, para manifestar la contradicción allí donde sea necesaria.

Para ejercer este control existen una serie de herramientas que se contraponen con las que hemos revisado al momento de estudiar la producción de información en juicio y que pasaremos a revisar una a una en los próximos apartados.

11.3.1. Contraexamen de testigos

La herramienta que estudiaremos a continuación está muy presente en nuestra vida cotidiana. Por ejemplo: queremos comprar un automóvil

usado, el vendedor nos dice que está en excelentes condiciones, que le hizo el servicio mecánico hace muy poco tiempo y que sólo lo ha utilizado desde que lo adquirió para salir a pasear los fines de semana, por lo que el kilometraje que tiene es muy bajo. ¿Compraríamos el automóvil confiando sólo en los dichos del vendedor? Probablemente no. Probablemente pensemos que dado que el vendedor desea hacer el negocio, esté exagerando un poco las bondades del auto y que para no llevarnos sorpresas posteriores es mejor llevar a un mecánico amigo para que lo revise, buscar la opinión de alguien que sepa o, al menos, hacer un par de consultas extra para saber si es tan buen negocio como aparece ante nuestros ojos.

En definitiva, antes de hacer el negocio buscaremos ejercer algún tipo de control sobre la información que el vendedor nos ha dado para controlar la calidad de la misma y verificar si nos conviene o no seguir adelante con la operación. Lo mismo sucede en los juicios: los jueces que decidirán un caso necesitan que la información que una parte les propone a consideración sea testeada, controlada, por alguien que tenga intereses distintos y que no esté dispuesto a hacerle favores a quien está produciendo la información. Por ello la tarea principal en nuestro rol de contraparte en un juicio será la del control, y el contraexamen de testigos será una herramienta muy potente para tal fin.

11.3.1.1. ¿Qué es el contraexamen de testigos?

El contraexamen de testigos es el trabajo que el litigante realizará con los testigos de la contraparte. A diferencia del trabajo con los testigos propios, que consiste en acreditarlos y permitirles producir información afín a la propia teoría del caso, el trabajo con los testigos de la contraparte consistirá en identificar sus puntos débiles y mostrárselos al tribunal, de forma que éste pueda dimensionar cuál es en realidad la calidad del testimonio brindado.

Una cuestión importante a establecer de inicio: los casos no se ganan con buenos contraexámenes. Sin dudas es importante saber contraexaminar y, como veremos a lo largo de este apartado, constituye una de las habilidades más difíciles a desarrollar como litigantes. Pero no es esta herramienta la que, por regla, nos permitirá ganar los casos. Es importante, para dimensionar el trabajo de contraexamen, abandonar

el mito del abogado de película que gana sus casos sin prueba y sólo poniendo en aprietos a los testigos presentados por su oponente.

En primer lugar, debemos recordar que para ir a un juicio es imprescindible manejar una teoría del caso y ello requiere un cierto manejo de la prueba. En segundo lugar, asumir que los testigos de la contraparte no se intimidarán por nuestra sola presencia en la sala ni confesarán espontáneamente ante una pregunta nuestra que han estado mintiendo todo el tiempo; esto por dos razones: en primer lugar, en términos generales los testigos no concurren al juicio a mentir, sino que van a aportar información que efectivamente conocieron (muchas veces sin quererlo) sobre el caso. En segundo lugar, si el litigante que ha propuesto a los testigos ha hecho adecuadamente su trabajo, es probable que les haya explicado cuál es el rol de la contraparte y los testigos estén preparados para las preguntas que podamos formularles. Por ello, sin perder de vista la importancia de planificar contraexámenes allí donde sean necesarios, debemos tener claro que no es (sólo) con ellos que ganaremos un juicio.

Por lo dicho hasta ahora, la primera pregunta que deberá hacerse el litigante al momento de preparar su estrategia de trabajo con la prueba de la contraparte es: ¿cuál es la necesidad de contraexamen que existe con cada uno de los testigos propuestos por el adversario? Para ello, básicamente deberá preguntarse si:

- Los testigos propuestos afectan notablemente su teoría del caso propia, en cuyo caso probablemente deba buscar líneas de contraexamen.
- Los testigos propuestos apoyan en forma esencial a la teoría del caso de la contraparte, en cuyo caso también será necesario verificar líneas de contraexamen.

Pero si se trata de testigos que aportan información secundaria, información no relacionada con los hechos controvertidos en el caso o información directamente asumida por ambas partes en el juicio, es probable que la decisión más inteligente sea no contraexaminar a esos testigos, ya que la información que declaren no ayudará a fortalecer la teoría del caso propia ni a debilitar la ajena y hasta se correrá el riesgo de perjudicarse con alguna pregunta que no debió haber sido formulada y permitió al testigo fortalecer la versión ya entregada en el

examen directo. Por ello, no siempre todos los testigos propuestos por la contraparte deberán ser necesariamente contraexaminados.

Ahora bien, en los casos en que sea necesario realizar un contraexamen, la preparación se torna una herramienta esencial para su correcta ejecución. Pasemos a revisarla a continuación.

11.3.1.2. La preparación del contraexamen

A esta altura ya habrá quedado claro, pero vale la pena repetirlo una vez más: el contraexamen de testigos tiene una finalidad muy distinta al examen directo (en el examen produzco información, en el contraexamen controlo la información producida por mi contraparte en su examen directo a sus propios testigos) y, por tanto, requiere una preparación distinta a la que relatábamos al momento de exponer este punto en cuanto al examen directo.

En primer lugar, debe asumirse que, salvo raras excepciones, generalmente no tendremos acceso directo a los testigos de nuestra contraparte. Es decir: no tendremos la libertad de reunirnos con ellos, hacerles preguntas, verificar sus versiones, ya que mediarán cuestiones de posibilidad y tiempo. Por una parte, es probable que estemos mucho más concentrados en nuestra propia información (en prepararnos para probar nuestra teoría del caso en juicio) que en la de la contraparte; pero adicionalmente sabemos que los testigos irán a declarar al juicio en servicio de una determinada versión de los hechos y, en ese contexto, es difícil que un testigo que sabe que nosotros representamos al interés opuesto, tenga apertura para reunirse con nosotros y responder todas nuestras preguntas en forma previa al juicio. Aunque esto no quiere decir que sea imposible: es importante hacer el intento de reunirse con los testigos de la contraparte, ya sea formal o informalmente, para poder tener de primera mano la versión que entregarán en el juicio e identificar los posibles problemas que puedan existir.

Un segundo tema a considerar es que a diferencia de lo que sucederá con nuestros testigos, que irán a declarar sabiendo que es importante que aporten información a nuestra teoría del caso, los testigos de la contraparte serán reacios a responder nuestras preguntas. Como decíamos antes: ningún testigo, ante una pregunta nuestra en el juicio, va a decirnos que acaba de entender lo importante que es el caso y a

confesar que ha mentido todo el tiempo para favorecer a la contraparte; debemos asumir que los testigos se aferran a sus versiones porque están convencidos que las cosas sucedieron como las relatan.

En función a lo expuesto, una premisa para la preparación de contraexámenes es la modestia: la pretensión que persigamos debe ser adecuada a nuestras posibilidades concretas de control. Y nuestras posibilidades concretas de control estarán directamente relacionadas con la información que hayamos obtenido previamente al juicio sobre este testigo y su versión de los hechos. Por ello, el trabajo de preparación del litigante consistirá, en gran parte, en buscar información sobre los testigos y sus dichos por canales alternativos a los propios testigos (contraste con otros testimonios, contraste con su mismo testimonio en diversos momentos del proceso, investigaciones específicas sobre los testigos y su vinculación con las partes, etc.).

Es muy importante que esté claro que un litigante no puede concurrir a hacer un contraexamen en juicio sin información previamente obtenida que le permita sostener sus preguntas y el control específico que quiera ejercer. Para verlo con un ejemplo concreto: si en el juicio quiero poner en evidencia que es imposible que el testigo haya visto el hecho porque estaba a una cuadra de distancia y no llevaba puestos sus anteojos recetados para mirar de lejos, por lo que su visión estaba notablemente disminuida, previamente al juicio yo tengo que hacer la averiguación sobre si el testigo usa lentes o no, qué graduación tienen en caso de usarlos y para qué tipo de situación específica usa los lentes; caso contrario corro el riesgo que en pleno juicio ante la pregunta sobre los anteojos el testigo me responda que no usa, que usa para leer o cualquier cosa que deje trunco mi deseo de introducir la visibilidad como un factor de disminución de la credibilidad del testigo en cuestión.

Salir de pesca en pleno juicio y pretender obtener algo importante para nuestro caso es lo menos recomendable para un litigante, sobre todo en contexto de contraexamen. Por ello, la preparación para el contraexamen consistirá en primer lugar en determinar, de los testigos de mi contraparte, a cuáles debo contraexaminar.

Una vez determinado ese punto, procederé a verificar mis posibles puntos de contraexamen y para ello deberé obtener información de respaldo para cada uno de mis dichos durante el juicio.

Obtenida la información sobre los diversos testigos que necesitaré contraexaminar en el juicio, tendré que determinar mis objetivos para cada uno de los contraexámenes que realizaré. Para esto, es importante asumir que el contraexamen siempre se prepara mirando al alegato en conclusiones: cuando piense mi contraexamen, debo preguntarme cuáles conclusiones deseo afirmar en mi alegato final. En el ejemplo que veíamos antes, probablemente yo quiera decir en mi alegato de clausura que *el testigo que la acusación llevó a juicio es poco creíble en cuanto a su versión de los hechos porque ha relatado con muchísimo detalle algo que sucedió a una cuadra de distancia de donde él se encontraba, siendo que él estaba sin sus anteojos recetados para ver de lejos y por tanto su versión no debería considerarse como acreditación de lo sostenido por la fiscalía*. Para decir esto, esa información deberé haberla sacado en el contraexamen a ese testigo, utilizando preguntas de control, tal como veremos líneas más adelante.

También es importante para la planificación de mi contraexamen, diferenciar entre dos grandes tipos de objetivos: sobre el testigo o sobre el testimonio. Si mi contraexamen va a versar sobre el testigo, probablemente lo que procuraré es mostrar que esta persona que ha venido a declarar está mintiendo adrede para favorecer la versión de la parte que lo propuso; y para ello probablemente requiera mostrar que el testigo tiene algún interés concreto en el caso (sea por su relación con la parte que lo propuso, sea porque obtuvo un pago por su testimonio, sea por una enemistad con la contraparte, etc.). Nótese que esta es la versión más controversial de contraexamen y, por tanto, si quiero demostrar que el testigo está mintiendo intencionalmente, tendré que tener la prueba de respaldo ya que probablemente el testigo se mantenga en sus dichos y trate de hacerme quedar a mí como quien está faltando a la verdad.

El segundo tipo de objetivos es también controversial pero no ataca directamente al testigo: el litigante no buscará mostrar una intencionalidad de su parte para mentir en el juicio, sino que intentará demostrar que el testimonio que ha brindado, más allá que el testigo esté convencido sobre éste, resulta poco creíble. Para mostrar tal cuestión, el litigante tiene a la vez dos dimensiones: condiciones de percepción internas y/o condiciones de percepción externas.

Con condiciones de percepción internas nos referimos a los sentidos propios del testigo: ¿cómo es su visión?, ¿cómo está su capacidad auditiva? Etc. En el ejemplo, del testigo que no tenía puestos sus anteojos, por más seguro que esté de su relato, la realidad nos dice que tiene anteojos recetados para ver de lejos y que en el momento del hecho no los llevaba puestos; al encontrarse a una cuadra de distancia, es al menos sostenible que su percepción visual estaba disminuida para hacer una declaración en detalle de lo sucedido e identificar a las personas que intervinieron en el hecho delictivo.

Con condiciones de percepción externas nos referimos, en cambio, a la situación en que el testigo presenció el hecho: ¿Cómo era la iluminación? ¿Cuál era la distancia? ¿Había mucha gente? ¿Cuánto tiempo pasó? Etc. Todas aquellas circunstancias externas al testigo que puedan haber afectado su percepción al momento del hecho y puedan permitirnos afirmar que es difícil que tenga la claridad con la que declara en el juicio.

Como puede observarse, tanto al indagar sobre las condiciones de percepción externas como las internas, no estaremos atacando al testigo en términos de "está mintiendo", sino que estaremos afirmando que "es probable que su percepción fuera poco clara y, por tanto, la información no es de calidad".

Una tercera categoría de objetivos poco usual pero posible en el contraexamen es la de producción de información. Es decir: utilizar los testigos de la contraparte para acreditar proposiciones fácticas y/o introducir prueba material propia. Si como litigante me encuentro en la situación en que un testigo ofrecido por mi oponente me servirá en el juicio para introducir prueba o acreditar proposiciones fácticas de mi teoría del caso, entonces operaré con la lógica del examen de testigos ya descrita. Lo importante en este caso es tener claro que si voy a utilizar un testigo de la contraparte para acreditar información que me es de utilidad, no puedo a la vez desacreditar al testigo (decir que está mintiendo), porque será contraproducente con mi objetivo de producir información: si digo que alguien miente, no puedo pretender luego que le crean la parte del testimonio que me favoreció.

11.3.1.3. ¿Quién está a cargo del contraexamen de testigos?

De la misma manera que en el examen, el litigante es quien debe ejercer el control sobre el testigo. La diferencia fundamental con el examen directo es que en este caso estaremos frente a un testigo hostil: un testigo que sabe que nuestra tarea será cuestionarlo a él o a su testimonio y en función a ello intentará por todos los medios que estén a su alcance defender la versión que ya ha introducido en el examen directo.

Por ello el litigante debe estar muy atento a las respuestas del testigo, evitar que responda sobre temas que no se le han preguntado e impedir en la medida de lo posible que el testigo se extienda en sus respuestas dando explicaciones. El contraexamen no es un ámbito para dar explicaciones y es el litigante quien debe impedir que el testigo lo utilice para ese fin.

En función a la finalidad propia del contraexamen y a las necesidades de control más estricto es que las herramientas para su realización variarán sustancialmente con relación al examen directo, como veremos a continuación.

11.3.1.4. ¿Cuáles son las herramientas del contraexamen de testigos?

La herramienta fundamental para la realización de un contraexamen de testigos es la pregunta sugestiva. Afortunadamente en la actualidad se ha ido superando la discusión que se dio en un inicio con las reformas procesales penales en sentido de la supuesta prohibición absoluta que existía en los códigos para la pregunta sugestiva. Sin embargo, en función de que algunos códigos mantienen la fórmula "están prohibidas las preguntas sugestivas, capciosas o impertinentes" y de que esa fórmula es la que da lugar a sostener que las preguntas sugestivas están también prohibidas en el contraexamen, creemos necesario aclarar el punto.

Como hemos establecido al describir el examen de testigos, la razón de prohibir la pregunta sugestiva es que la información debe ser introducida directamente por la persona que observó los hechos, por el testigo. Por ello en un examen directo el litigante estará obligado a hacer preguntas que permitan que el testigo declare libremente, para que sea su testimonio la fuente de información.

Al ser la finalidad del contraexamen muy distinta, esa prohibición carece de sentido: en tanto en el contraexamen no buscaremos introducir información sino testear la calidad de la información introducida, es necesario que las herramientas para controlar la calidad sean adecuadas a tal finalidad.

En nuestro ejemplo del testigo que no tenía los lentes al momento de observar el hecho, piense el lector si sería posible producir las proposiciones fácticas *"1. El testigo usa lentes para ver de lejos; 2. El testigo estaba a más de una cuadra del hecho; 3. El testigo no tenía puestos sus lentes en el momento en que observó el hecho"* a través de preguntas abiertas en un contraexamen. Probablemente no. Recordemos que el testigo tenderá a sostener su versión introducida en el examen; si en el contraexamen le preguntamos algo abierto del tipo *¿Cómo es su visión?* Probablemente la respuesta del testigo sea *"Buena"* y si le repreguntamos *"¿Qué tan buena es su visión?"* Probablemente nos responda con alguna evasiva del tipo *"Muy buena para mi edad"* o nos reafirme su versión diciéndonos *"Lo suficientemente buena como para ver a A dispararle a B"*. En un contraexamen, la única forma de producir la proposición fáctica *"El testigo usa lentes para ver de lejos"* es hacer la pregunta sugestiva directamente al testigo: *"Es verdad que usted usa lentes?"* El testigo estará obligado a decir que sí por cuanto ha jurado decir verdad. Y si el testigo me dice que no, aparece la importancia de estar preparado y tener ya sea la prescripción médica de los lentes para ver de lejos, ya sea una foto del testigo con sus lentes, ya sea una declaración jurada del óptico que le hizo el último par de lentes; cualquier elemento que sirva para corroborar mi versión específica con relación a este testigo y demostrar que es capaz de mentir incluso bajo juramento.

Diremos entonces que en función a que la finalidad del contraexamen es controlar la información para que el tribunal valore la calidad de la misma, la principal herramienta será la pregunta sugestiva. Y a esto agregaremos algo más: las preguntas sugestivas en un contraexamen deben ser de un solo punto. Nótese que en el párrafo anterior no formulamos la pregunta *"¿Es verdad que usted usa lentes y esos lentes son para ver de lejos?"* En esa pregunta estamos trayendo dos puntos de información: 1. Usa lentes, 2. Son para ver de lejos. En un contraexamen, por cada punto de información haremos una pregunta:

Litigante: *¿Es verdad que usted usa lentes?*

Testigo: *"Sí"*.

Litigante: *¿Es verdad que esos lentes son para ver de lejos?*

Testigo: *"Sí"*.

La importancia de desarrollar la habilidad de hacer preguntas sugestivas de un sólo punto tiene una doble explicación: por una parte, permite al litigante mantener al testigo más controlado, ya que cuanto más concretas y concisas sean las preguntas, menos posibilidades tendrá el testigo de dar explicaciones o intentar volver a sus dichos del examen directo; por otra parte, el impacto en la construcción de argumentos en el alegato de clausura será mayor si digo *"hemos visto que el testigo usa lentes, que esos lentes son para ver de lejos, que presenció el hecho a más de una cuadra de distancia y que en ese momento no tenía puestos sus lentes"* que si simplemente digo *"el testigo no pudo ver bien lo que ocurrió"*. En la primera afirmación le estoy dando al tribunal cuatro puntos de información que necesariamente deberá valorar al momento de dar su sentencia, en tanto en el segundo caso sólo estoy haciendo una afirmación vaga que será mucho más fácil dejar de lado en la sentencia. Y recordemos que hacemos el contraexamen pensando en qué cosas queremos decir en concreto en el alegato de clausura.

Una segunda herramienta a utilizar en el contraexamen de testigos será la pregunta cerrada. Ya hemos hecho referencia a la definición y características de la pregunta cerrada al referirnos al examen directo. En el caso del contraexamen, opera de la misma manera: al permitir puntualizar información resulta pertinente para un contraexamen ya que el litigante no pierde el control, en función a que el ámbito de respuesta siempre será limitado.

Las preguntas abiertas no son recomendadas para el contraexamen ya que al permitir la libre declaración del testigo generan un espacio mayor para que el mismo vuelva a sus dichos del examen directo y fortalezca la versión de mi contraparte.

11.3.1.5. ¿Cómo estructurar un contraexamen de testigos?

Para establecer la estructura del contraexamen es importante recordar dos puntos ya tocados: su finalidad es controlar la información y en el contraexamen la modestia es recomendable.

En función a estos dos aspectos, la estructura del contraexamen será temática, no cronológica. Si por ejemplo sólo queremos cuestionar la capacidad real de haber observado el hecho del testigo, para continuar con el ejemplo que venimos revisando, no será necesario hacer más preguntas que las referidas al punto de la visión del testigo. Si, adicionalmente a su condición interna "visión" queremos verificar la condición externa "distancia" y "visibilidad", le preguntaremos por esos tres aspectos:

Visión:

- *¿usa lentes?*
- *¿son para ver de lejos?*
- *¿no los estaba usando cuando observó el hecho?*

Distancia:

- *¿estaba a una cuadra del hecho?*
- *¿el hecho ocurrió en la esquina de San Martín y Calle 1?*
- *¿usted estaba en la esquina de San Martín y Calle 2?*
- *¿estaba en la vereda del frente a la vereda donde ocurrió el hecho?*
- *¿La calle San Martín entre 1 y 2 tiene la longitud de una cuadra normal?*

Visibilidad:

- *¿El hecho ocurrió a las 21.30?*
- *¿La avenida San Martín es una de las más concurridas de la ciudad?*
- *¿A esa hora había bastante gente transitando la avenida?*
- *¿Serían más de 15 personas las que transitaban la avenida, entre las calles 1 y 2?*
- *¿Había automóviles estacionados en la av. San Martín entre 1 y 2?*
- *¿Había más de 5 automóviles estacionados?*

El trabajo del litigante será, entonces, identificar los puntos específicos sobre los que quiere cuestionar el testimonio, pensar el argumento que

quiere construir en su alegato de clausura y desagregar ese argumento en tantas preguntas sugestivas de un solo punto como le resulten posibles. Una vez obtenidas las respuestas de parte del testigo, estará en condiciones de confeccionar a partir de éstas un argumento importante en el alegato final para sostener su versión.

11.3.1.6. ¿Qué evitar en un contraexamen de testigos?

Entre los errores más usuales que suelen observarse en el contraexamen de testigos, se encuentran los que a continuación exponemos como elementos a evitar:

Anticipar conclusiones. Hemos repetido varias veces que el contraexamen de testigos mira al alegato final. Esto implica que las conclusiones se sacarán **en el alegato final,** no en el contraexamen. En primer término porque no es legal sacar conclusiones durante la producción de la prueba y en segundo lugar porque en caso de hacerlo, corremos el riesgo de que el testigo ponga fin a nuestra argumentación. Por ejemplo, si durante en contraexamen, luego de haber hecho todas las preguntas sobre los lentes le decimos al testigo "entonces usted no pudo haber visto con claridad lo sucedido ya que estaba a más de una cuadra y no tenía puestos sus lentes para ver de lejos, que acaba de decir que necesita para percibir con claridad", corremos el riesgo que el testigo nos diga "no los estaba usando porque tenía lentes de contacto" o cualquier otro tipo de explicación no deseada por nosotros y obtenida por anticipar las conclusiones. Por ello es necesario recordarlo: las conclusiones se sacan en los alegatos finales, nunca antes. Por más que estemos seguros de que hemos conseguido establecer un punto de descrédito del testigo, que tengamos certeza que no hay explicación posible, que tengamos plena seguridad que su credibilidad ha disminuido, debemos guardarnos las ganas de anunciarlo a los cuatro vientos en ese momento y esperar hasta nuestro alegato final para hacer la argumentación correspondiente.

Posibilitar explicaciones. En el mismo sentido que lo expuesto con relación a las conclusiones, existe cierta tentación por parte de los litigantes en el sentido de mostrarle al testigo que "está acorralado" y pedirle que salga del corral. Nunca, bajo ningún punto de vista, debemos pedir explicaciones a los testigos. Porque si pedimos que nos

expliquen, lo más probable es que los testigos tengan algún tipo de explicación medianamente creíble. Cambiemos el ejemplo anterior, si le decimos al testigo *"¿Y cómo se explica que haya visto tan bien el hecho si no estaba usando sus anteojos recetados para ver de lejos y estaba a más de una cuadra?"* es probable que el testigo nos diga *"Porque tenía puestos lentes de contacto"* o *"porque la distancia a la que dejo de ver es de 500 metros y la cuadra tiene sólo 100"* o alguna cuestión por el estilo que más allá de su credibilidad o no, no podrá ser refutada por nosotros porque no estábamos preparados para esa respuesta. Por ello lo más recomendable es no permitir **y mucho menos pedir** que el testigo dé explicaciones sobre los puntos que vamos introduciendo en el contraexamen.

Ir de pesca. En términos generales es una regla de litigación que nunca debe hacerse una pregunta si no se conoce su respuesta. En materia de contraexamen esto es mucho más importante aún. Si no conozco las respuestas, no tendré ninguna posibilidad de refutación sobre lo que afirme el testigo y, por tanto, mi trabajo en el contraexamen será inútil. Por ello, si no tengo información de respaldo, es mejor no hacer preguntas.

Repetir el examen directo. Una forma específica de "ir de pesca" es la repetición del examen directo por parte del litigante encargado del contraexamen. Definitivamente, no tiene ningún sentido hacer esto. Es más: puede incluso favorecer a la contraparte en cuanto a repetir el examen directo, sólo se logrará reforzar la versión de los hechos presentada por la contraparte y hacerla más creíble. Por ello si no existe ningún ámbito específico de información sobre el que se quiera ir en el contraexamen, lo más recomendable es no hacer preguntas de ningún tipo.

11.3.2. Contraexamen de peritos

Brevemente nos referiremos al contraexamen en el ámbito específico de los peritos, como lo hemos hecho al revisar el examen directo.

11.3.2.1. ¿Qué es el contraexamen de peritos?

El contraexamen de peritos es, en un sistema acusatorio, el verdadero control de calidad del trabajo realizado en la pericia por un experto de parte. En la mayoría de nuestros sistemas hemos establecido la costumbre

de llevar a un perito (o más de uno) de la acusación y, posteriormente, a un perito (o más de uno) de la defensa que contraponga una versión diferente a la brindada por el perito de la acusación. Conclusión: una disputa de peritos. Hemos referido que para que un perito concurra a juicio debe demostrarse al tribunal que existe en el juicio un punto controvertido que se refiere a un área de conocimiento que escapa al corriente y requiere de una opinión experta. Hemos establecido también que por eso mismo, tanto el tribunal como las partes serán "legos" en la materia sobre la que declare el perito. En este contexto, llevar a un perito de la acusación y contraponerlo con un perito de la defensa deja las cosas en una especie de suma cero, en tanto el tribunal no posee el conocimiento especializado para determinar cuál de las dos versiones es la más creíble. Otra mala costumbre de nuestros sistemas es la del "perito dirimidor", que viene siendo un tercer perito que es llamado a dar conclusiones cuando las opiniones de los peritos de parte se oponen. Nuevamente: disputa de peritos. ¿Cómo saber que la opinión del dirimidor es la acertada?

En definitiva, consideramos que no tiene demasiado sentido llevar a más de un perito a declarar sobre un punto específico del caso, cuando el verdadero control de calidad de la pericia debe hacerlo el litigante en el contraexamen. Por supuesto que este es un trabajo muy delicado que requiere de un trabajo previo muy puntual por parte del litigante, tal como pasaremos a revisar a continuación.

11.3.2.2. La preparación del contraexamen

Hemos referido en el punto anterior la poca utilidad de llevar a un "contra perito" al juicio a exponer una versión distinta de los hechos. Sin embargo, contar con un experto en la preparación del contraexamen sí es un elemento importante para hacer un trabajo correcto en el juicio.

En lugar de buscar una segunda pericia sobre los elementos estudiados, es conveniente contar con un experto que nos explique el informe realizado por el perito de la contraparte y nos marque cuáles son los puntos cuestionables, si es que existieran. Al referirnos al contraexamen de testigos hemos dicho que hay que ser muy cuidadoso al momento de determinar su necesidad y modestos en cuanto a los objetivos a perseguir. La misma lógica, y quizá con más intensidad, aplica para los peritos: para hacer un contraexamen debemos tener

plena certeza de su necesidad y estar absolutamente preparados para su ejecución. Esto implica conocer el informe, conocer al perito, haber trabajado con un experto propio que nos haya colaborado en la preparación del examen y tener claramente definidos los objetivos que se perseguirán en el contraexamen en juicio.

Los posibles objetivos en un contraexamen a peritos no diferirán sustancialmente de las referidas para los testigos: cuestionamiento a la persona o al relato.

En el caso del perito, las líneas de contraexamen podrán referirse a la existencia de un interés específico (como hemos visto con anterioridad, dentro del interés podrán darse diversos supuestos de acuerdo a cada caso puntual), pero también podrán estar relacionadas con la idoneidad del perito para el trabajo concreto: ya sea porque ha faltado a la verdad en cuanto a sus acreditaciones técnicas para realizar la pericia que se le encomendó o porque su experticia no es la adecuada para el estudio específico solicitado.

En el caso del relato, hemos revisado que la declaración de un perito en el examen directo no se refiere al hecho en forma cronológica, sino que describe principalmente el trabajo realizado en cuanto a qué se le solicitó, cómo lo hizo y cuáles fueron los resultados. Las líneas de contraexamen en este ámbito, el del relato, podrán referirse a los procedimientos realizados (no se utilizaron los procedimientos estandarizados para el estudio encomendado) o a las conclusiones, en dos ámbitos distintos: la certeza de las conclusiones es muy baja; o pueden darse explicaciones diversas a las que dio el perito en su conclusión y ser igualmente aceptables.

11.3.2.3. ¿Quién está a cargo del contraexamen de peritos?

Al igual que hemos referido en el examen directo, debe ser el abogado quien formule el contraexamen y, en caso de contar con un consultor técnico, éste podrá asistirlo aportándole información o acotándole algunas preguntas específicas sobre la declaración que se está dando, pero en ningún caso reemplazarlo.

El contraexamen a peritos plantea la complejidad de que nos encontramos no sólo ante un testigo hostil, sino que además estamos ante un

testigo que maneja un lenguaje propio. Por ello es importante que el litigante esté adecuadamente preparado y que tenga la capacidad de cortar las respuestas que no se vinculen a las preguntas por él realizadas y no permita que el perito asuma protagonismo y reitere las explicaciones que ya introdujo en su examen directo.

En cuanto a las herramientas para contraexaminar a peritos y la estructura del mismo, aplica lo ya dicho con relación a los testigos.

11.3.2.4. ¿Qué evitar en un contraexamen de peritos?

En adición a lo ya dicho con relación al contraexamen de testigos, que se aplica para los peritos, es también importante evitar entrar en "las aguas del perito". Esto quiere decir que el litigante no debe caer en la tentación de entrar en discusiones con el perito sobre temas que no domina, ya que corre el riesgo que el perito termine por reafirmar las afirmaciones que ha introducido en el examen directo. Por ello, es importante fijarse objetivos claros, concretos y, como hemos repetido varias veces en estos puntos, modestos.

11.3.3. Uso de declaraciones previas para controlar información

Si bien es cierto que el litigante tendrá escasas oportunidades de entrevistarse personalmente con los testigos de la contraparte, no es menos cierto que tendrá acceso a toda la prueba que se presentará al juicio con anterioridad a la audiencia. En los sistemas en que se realice la audiencia de control de la acusación, en este momento, los litigantes ya tendrán claro cuál es la prueba que el oponente podrá introducir en la audiencia y el contenido de la misma. En el caso de la defensa, tiene derecho a acceder a la investigación durante toda la etapa previa al juicio y, por tanto, tendrá la oportunidad de conocer cuáles son las personas entrevistadas por la acusación y el contenido de las declaraciones dadas.

Las manifestaciones de todo tipo realizadas en forma previa al juicio por los testigos que la contraparte presentará, se convierten en un elemento central para trabajar en el control de la información que se introduce en el juicio. En los siguientes puntos desarrollaremos este tema.

11.3.3.1. Diferencias con la declaración previa para refrescar memoria

A diferencia del contexto en el que se utilizará una declaración previa para refrescar memoria, que será de ayuda y colaboración para con el testigo olvidadizo, en el caso de la declaración previa para controlar la información el contexto será mucho más confrontativa, en tanto la finalidad de este uso de la declaración previa es evidenciar una inconsistencia del testigo y, por tanto, disminuir su credibilidad frente al tribunal.

Por ello, para utilizar una declaración previa en este contexto de confrontación, el proceso para hacer uso de la misma deberá ser mucho más cuidadoso en términos de legitimar a la declaración previa, como veremos líneas más abajo.

11.3.3.2. ¿Cuándo puede utilizarse como apoyo para controlar la información?

La declaración previa podrá ser utilizada para controlar la información cuando lo manifestado por el testigo en el juicio difiera sustancialmente de lo que ha sostenido en manifestaciones anteriores. Aquí hay que llamar la atención sobre un punto: la contradicción de parte del testigo debe ser sustancial. Con ello queremos decir que una pequeña variación en la respuesta, o una respuesta distinta en un punto que no está controvertido en el juicio, no constituyen motivación suficiente para utilizar una declaración previa.

Para utilizar en forma adecuada una declaración previa para controlar información, el litigante debe tener muy claros los puntos controvertidos entre la teoría del caso de su contraparte y la suya propia, tener claro también cuáles son las proposiciones fácticas que el testigo concurre a juicio a enunciar y, fundamentalmente, qué es lo que ha dicho con anterioridad sobre esos puntos. Si en ese contexto, en el transcurso de su declaración (sea en el examen directo o en el contraexamen) el testigo varía su respuesta (o respuestas) con relación a sus declaraciones anteriores sin ninguna explicación sobre la variación, entonces allí el litigante podrá hacer uso de la declaración previa para evidenciar la inconsistencia.

11.3.3.3. Ventajas de su uso

La principal ventaja en el uso de una declaración previa para controlar información es que se confrontará al testigo con un elemento concreto: una declaración anterior proporcionada por él mismo. En este caso, si se trata de un punto controvertido, el tribunal probablemente no tenga más remedio que no tomar en consideración la declaración del testigo, ya que al existir una variación sustancial en su respuesta sin ninguna explicación sobre el punto, no podrá determinar cuál versión es la verdadera: si la que prestó en el juicio o la dada con anterioridad. La ventaja está, entonces, en que le da elementos concretos al tribunal para medir la credibilidad de los testigos en un sentido u otro.

11.3.3.4. Desventajas de su uso

La desventaja que presenta el uso de esta herramienta ya ha sido mencionado en alguna medida cuando vimos su uso para refrescar memoria: si el litigante no la utiliza en el momento adecuado, para el punto adecuado, restará credibllidad a su trabajo y a su caso.

Por ejemplo, en el caso de utilización de las declaraciones previas para controlar información, si el litigante en vez de utilizarla puntualmente para un tema específico, sustancial, en el que exista una contradicción real, toma la declaración previa del testigo y pretende ir siguiéndola punto por punto preguntándole lo mismo en la audiencia de juicio para ver si en algún momento "pisa el palito" y se contradice, este tipo de actividad más que restar credibilidad al testigo, restará credibilidad al litigante (el tribunal podría pensar que está tentando a la suerte porque no preparó su caso).

Por ello, como hemos mencionado con anterioridad, la utilización de esta herramienta debe ser pensada estratégicamente en términos de costo–beneficio: si la contradicción que se pondrá en evidencia con su utilización tiene peso suficiente como para disminuir la credibilidad del testigo que se encuentra declarando, en tal caso deberé utilizarla. Si, por el contrario, la contradicción es mínima y de todas maneras intento marcarla trayendo la declaración previa, eso puede ser visto como un acto de desesperación para salvar mi caso, más que como una actuación estratégica.

11.3.3.5. Procedimiento para su uso

En primer lugar, el litigante debe tener claro que se encuentra frente a una inconsistencia relevante para la decisión del caso. Si efectivamente se encuentra en ese universo, el primer paso, en el marco del contraexamen, es fijar concretamente la inconsistencia. Esto, básicamente, implica repetir las palabras del testigo y preguntarle si efectivamente eso fue lo que quiso decir. Si la respuesta inconsistente del testigo con su declaración previa se produjo en el examen directo, recordaremos la pregunta que le hizo el abogado y la respuesta que dio:

Litigante: Sr. X, el abogado de la acusación acaba de preguntarle a qué distancia estaba usted del lugar del hecho, ¿es así?

Testigo: Sí, efectivamente.

Litigante: Y usted le respondió que se encontraba a escasos cuatro metros, ¿es verdad?

Testigo: Sí, eso dije.

De esta manera, dejamos clara la respuesta inconsistente. Si la inconsistencia se produce en el contraexamen, de todas maneras debe fijarse:

Litigante: Sr. X, ¿es verdad que Usted estaba a más de una cuadra de distancia cuando sucedió el hecho?

Testigo: No, no es así. Yo me encontraba a unos tres o cuatro metros del lugar.

Litigante: Sr., déjeme ver si estoy claro: ¿usted está diciendo que estaba a menos de cinco metros del lugar?

Testigo: Sí, eso dije.

Es muy importante que quede clara cuál es la respuesta que el testigo está dando, en su declaración en juicio, a la pregunta realizada. Recordemos que para valorar, el tribunal sólo podrá considerar la información producida en el juicio. De allí la importancia que el testigo deje claro cuál es su respuesta actual, para luego poder evidenciar la inconsistencia.

El segundo paso para el uso de la declaración previa para controlar información será hacer que el testigo reconozca la existencia de la misma. Básicamente, este paso consiste en preguntarle al testigo

"Sr. X, ¿recuerda que usted concurrió a la fiscalía a prestar una declaración al día siguiente del hecho?", para que el testigo acredite la existencia de esa declaración. Aquí, nuevamente, aparece la importancia de estar preparados y haber estudiado con detalle los elementos existentes, ya que si el testigo llegara a negar que tal declaración previa haya existido, es importante que el litigante cuente con una copia de ésta, a fin de mostrarla y evidenciar que desde la partida el testigo está faltando a la verdad.

Una vez establecida la existencia de la declaración, en aquellos casos en los que el testigo asuma su existencia, el tercer paso consiste en rodearla de condiciones de legitimidad: dejar constancia en el juicio de la voluntariedad del testigo para prestar esa declaración anterior. Se le consultará al testigo si prestó la declaración voluntariamente, si leyó su contenido antes de firmarla, si alguien le obligó a decir algo o cambió sus palabras al momento de registrarla, etc. Todos los elementos que sirvan para dejar claro que el testigo brindó esa declaración voluntariamente.

El cuarto paso consistirá específicamente en evidenciar la consistencia. Para ello, al momento en que le acerque la declaración previa al testigo, le pediré que dé lectura en voz alta a la pregunta concreta sobre la que existe contradicción. En nuestro caso ejemplificativo:

Litigante: Usted le respondió que se encontraba a escasos cuatro metros, ¿es verdad?

Testigo: Sí, eso dije.

Litigante: Sr. X, usted prestó una declaración por este caso al día siguiente de ocurrido el hecho, ¿es verdad?

Testigo: Sí, efectivamente.

Litigante: ¿Y esa declaración la prestó en presencia del fiscal, no?

Testigo: Sí, el fiscal me tomó la declaración.

Litigante: Y usted contestó honestamente a todas las preguntas, ¿verdad?

Testigo: Por supuesto.

Litigante: ¿Nadie lo presionó para dar esa declaración?

Testigo: Nadie, en absoluto me presionó para nada.

Litigante: Sr. X, ¿es esta la declaración que usted dio? (previamente a pasarle la declaración al testigo es conveniente mostrarla a la defensa para que dé el visto bueno).

Testigo: Sí, esta misma.

Litigante: ¿Cómo la reconoce?

Testigo: Porque está mi firma y la firma del fiscal que me tomó la declaración.

Litigante: Sr. X, ¿podría dar lectura en voz alta a la parte que le estoy pasando subrayada? (le muestra la declaración con el subrayado).

Testigo: (lee) "yo me encontraba pasando un poco la otra esquina, como a una cuadra y en la mano de enfrente del lugar donde ocurrió el hecho.

Una vez realizado todo el procedimiento, dejo el punto para el alegato final. Es decir: no vuelvo a preguntarle al testigo cómo es que vino al tribunal a faltar a la verdad o a contradecirse, sino que una vez evidenciada la existencia de la inconsistencia, la guardo para argumentar al final del juicio sobre la credibilidad del testigo.

11.3.4. Objeciones

A continuación repasaremos las principales características de la herramienta establecida en los sistemas acusatorios para controlar puntualmente el trabajo de producción de información que nuestra contraparte esté realizando en el momento en que lo esté realizando.

A diferencia de las herramientas hasta ahora estudiadas, la característica principal de la objeción es que le permite al litigante interrumpir el desarrollo de la producción de información de su oponente en el instante en que nota que está intentando introducir información prohibida.

11.3.4.1. ¿Qué son las objeciones?

Las objeciones son el mecanismo para incidentar en un sistema oral, la forma específica con que cuentan las partes para manifestar su disconformidad con la actividad desarrollada por la contraparte que pueda afectar sus derechos o poner en riesgo las reglas propias del juicio oral.

Esquemáticamente, podemos decir que existen tres razones posibles para objetar:

Excluir evidencia perjudicial. En este caso, la objeción debe pensarse desde la teoría del caso. Yo puedo tener una razón "legal" para objetar, pero si no afecta mi teoría del caso, estratégicamente no necesito realizar la objeción. Cuando lo que quiero es impedir el ingreso de evidencia perjudicial para mi caso, debo atar la objeción a mi teoría del caso.

Proteger al testigo de conductas inapropiadas. Generalmente serán objeciones vinculadas a intentos de argumentación de la contraparte. Esto se produce en el contraexamen cuando el abogado de la contraparte, más que hacer preguntas sugestivas, lo que intenta hacer es dañar el testimonio de nuestro testigo intentando sacar conclusiones o realizar juicios de valor. En este punto es importante recordar que no existe una objeción en sentido de "el contraexamen me está matando" o "estoy perdiendo mi caso". Si el contraexamen es efectivo pero está bien conducido, lo único que puedo hacer es tratar de recomponer a mi testigo con un redirecto (una segunda posibilidad de examinar al testigo sobre los puntos que hayan salido en el contraexamen y que yo no haya tocado en mi examen directo).

Establecer la posibilidad de un posterior recurso. Dependiendo la regulación específica del sistema, la falta de una objeción en el momento preciso puede hacer ceder el derecho de cualquier apelación a partir de considerar un error en la admisión de la evidencia. Por ello, cuando el litigante considere que la introducción de una determinada evidencia (sea una respuesta concreta a una pregunta realizada en el examen, una prueba material, una conclusión de un perito, etc.) podría ser valorada desequilibrando el caso a favor de su contraparte y, además, tenga elementos para sostener que esa evidencia no debe ingresar al juicio por razones vinculadas a la legalidad con la que fue obtenida o la pertinencia de ésta, deberá objetar para, en principio, lograr su no introducción o en caso de no recibir razón en la objeción de parte del tribunal, dejar sentado su derecho a recurrir sobre la base de la resolución negativa de la objeción. Las objeciones deben establecer la base específica para el recurso, aunque esta base resulte obvia.

11.3.4.2. ¿Qué tipo de objeciones existen?

En términos generales, los sistemas procesales penales de la región han establecido la posibilidad de objetar preguntas sugestivas, capciosas o impertinentes al establecer que esas preguntas están prohibidas en el juicio. Ya hemos revisado al momento de desarrollar el contraexamen que esta prohibición no es absoluta, para todos los momentos del juicio, sino que tiene relación con la protección específica que se busca a través de cada una de las prohibiciones posibles:

Se prohíben las preguntas **sugestivas** en función de que la base del juicio oral está en que la información a valorarse sea aportada por los testigos y no por los abogados. Por ello, esta es una prohibición limitada al espacio del examen directo de testigos, que es el momento en que se produce información. En tanto en el contraexamen, lo que el litigante ejercerá es su derecho al control, la pregunta sugestiva estará permitida.

Se prohíben las preguntas **capciosas** en función a que otro de los fines del juicio oral es la producción de información de calidad para ser valorada por el tribunal. En ese sentido, es indeseable que la información que los testigos aporten sea producto de errores o confusiones producidos por los litigantes para engañar a los testigos.

La lógica del juicio oral indica que estarán en debate versiones contrapuestas. La información que se produzca de parte de los testigos debe servir para apoyar una de las versiones y/o contrastar con la otra. Las preguntas **impertinentes**, entonces, se prohíben para evitar que ingrese al juicio información que no tiene relación con las teorías del caso sostenidas por las partes en concreto. La objeción por impertinente sirve también para marcar al tribunal los momentos en los que los testigos están siendo sometidos a un tratamiento hostil o se los está preguntando sobre cuestiones sobre las cuales no pueden dar una respuesta (porque no poseen el conocimiento sobre el punto o porque no son idóneos para dar ese tipo de respuesta).

A continuación revisaremos con un poco más de detalle cada uno de estos tipos de objeciones, verificando en algunos casos los matices que existen a la prohibición y las especies de preguntas prohibidas que pueden ser incluidos dentro de cada tipo.

Las preguntas sugestivas

Como ya hemos mencionado, la finalidad de prohibir este tipo de preguntas es evitar que la información ingrese al juicio a través de los dichos del abogado. Por tanto, la característica de este tipo de preguntas es que "pone en boca del testigo la respuesta", dejándole sólo la posibilidad de responder "si" o "no".

Sin embargo, no todas las preguntas sugestivas serán preguntas prohibidas. Ya nos hemos referido extensamente a la posibilidad de hacer preguntas sugestivas en el contraexamen. Pero en el examen también habrá preguntas sugestivas permitidas: siempre que las preguntas no vayan directamente al hecho o los hechos controvertidos, en principio, podrán formularse preguntas sugestivas. Esto en función de que la sugestividad en preguntas que no vayan al hecho o hechos controvertidos tiene un carácter irrelevante. Recordemos que la información que debe producirse en el juicio debe tender a probar la teoría del caso de la parte que la está produciendo.

Si un hecho no está en discusión entre las partes, no es necesario probar ese hecho en función a que nadie lo está poniendo en discusión. Así, dentro de las declaraciones de los testigos, habrá determinados contenidos que no estén en discusión. Por ejemplo: si concurre a declarar el mejor amigo de la víctima y la acusación le pregunta *"usted es el mejor amigo de la víctima?"*, efectivamente está haciendo una pregunta sugestiva pero, ¿cuán relevante será para el hecho controvertido en el caso esta sugestividad puntual? Probablemente resulte irrelevante; de hecho, probablemente la contraparte sepa que la persona que está declarando es el mejor amigo de la víctima y no haya discusión sobre ese punto. En esos casos, no resulta conveniente objetar la pregunta ya que por una parte nos arriesgamos a que el tribunal no dé lugar a nuestra objeción (recordemos que el tribunal sabe concretamente cuáles serán los puntos controvertidos del caso en función al anuncio de los mismos que se ha realizado en los alegatos de apertura) y, además, debilitemos nuestra posición en el juicio al generar la presunción que estamos objetando por objetar y no con un sentido estratégico.

Otra excepción para permitir las preguntas sugestivas en un examen directo será el caso en que el litigante deba enfrentar a un testigo hostil. Si bien no todos los sistemas lo han regulado expresamente en sus legislaciones, existe un consenso cada vez mayor en la necesidad de asumir que

en un juicio pueden darse situaciones en que los testigos que precisa una parte para acreditar su teoría del caso sean hostiles para con esa teoría del caso; esto implica que los testigos no tengan voluntad para declarar y dar a conocer la información que poseen. Por ejemplo, si el testigo de la acusación en lugar de ser el mejor amigo de la víctima es el mejor amigo del acusado, pero estuvo en el momento en que éste le disparó por la espalda a la víctima diciéndole *"te dije que si te encontraba por acá te mataba"*, probablemente no tenga demasiadas intenciones de declarar lo que vio en ese momento porque sabe que perjudicará enormemente a su amigo. Para este tipo de casos existe la figura del testigo hostil.

Y el tratamiento de un testigo como hostil en el examen directo implica directamente la posibilidad de formularle las preguntas en forma sugestiva. Ahora bien, para proceder de esta forma, el litigante deberá demostrarle al tribunal que se encuentra frente a un testigo hostil. Para ello, deberá iniciar su examen con preguntas abiertas y/o cerradas y, en la medida en que el testigo responda con evasivas, desvíe el tema y, en definitiva, no aporte la información que posee, el litigante estará habilitado para solicitar al tribunal que le permita tratar al testigo como hostil. Si el tribunal accede a esta petición, eso significará que a partir de ese momento el litigante puede formular preguntas sugestivas al testigo. En todo caso, siempre debe evaluarse la necesidad de llevar a este tipo de testigos a juicio ya que la calidad de la información será más baja que la de un testigo que declare en forma abierta. Por tanto, es recomendable considerarlo sólo en aquellos casos en que no cuento con otros medios para acreditar el punto en cuestión de mi teoría del caso.

Las preguntas capciosas

Este género de preguntas prohibidas establece que no pueden formularse en el juicio preguntas que induzcan a errores o pretendan engañar a los testigos para obtener una respuesta determinada. Como hemos mencionado, el fundamento está en que al juicio debe incorporarse información de calidad (de hecho, todo el proceso está estructurado de forma tal que los jueces basen sus decisiones en la mejor información disponible posible). En este caso sí nos encontramos frente a una prohibición absoluta, debido a que no queremos inducciones a error ni en el examen directo ni en el contraexamen a los testigos.

Pese a que solemos estudiar este tipo de preguntas con ejemplos tan evidentes que son difíciles de encontrar en el juicio, como el de la pregunta con dos afirmaciones donde independientemente de la respuesta estoy dando por sentada la primera afirmación, del tipo *"¿el cuchillo con el que mató a su marido estaba en la cocina?"* (diga que estaba en la cocina o que no estaba en la cocina, estoy asumiendo que maté a mi marido), las preguntas capciosas suelen aparecer con mucha frecuencia en el juicio en diferentes formatos, que no son tan evidentes como el mencionado.

Una forma de preguntas capciosas que suele presentarse en los juicios es la de las preguntas ***confusas, ambiguas o vagas***. Preguntas que por lo amplio, complejo o poco claro de la indagación concreta que se realiza, ponen al testigo en una situación en la que no sabe concretamente qué es lo que el litigante está preguntando. En los exámenes directos donde, por ejemplo, el litigante se limita a formular cada vez que el testigo termina una respuesta la pregunta *"¿y luego?"* como pretendiendo que el testigo prosiga su relato solo, sin ninguna indicación de a qué tema específico desea el litigante apuntar, pueden objetarse por capciosidad en función a la vaguedad de ese *"¿y luego?"* que carga al testigo con una responsabilidad del tipo "arme usted mi caso porque yo no tengo idea qué debo preguntarle".

Otra forma de pregunta capciosa es la pregunta ***repetitiva***, sobre todo en el contraexamen. Una pregunta será repetitiva cuando habiendo sido formulada ya ha sido contestada; esto implica que si el testigo no responde la pregunta que le estamos formulando estamos habilitados para hacerla tantas veces como sea necesario para que nos dé una respuesta concreta. Pero si el testigo ya ha respondido y nosotros insistimos en hacerle la pregunta, probablemente estemos intentando (sobre todo en el contraexamen, insistimos) que el testigo dude y cambie su respuesta. Por tanto, estamos induciendo a un error y esa conducta está prohibida. Si, por ejemplo, le preguntamos en un contraexamen varias veces al testigo si está seguro que el color del auto que vio era azul, a la cuarta o quinta vez que se le pregunte lo mismo el testigo quizá empiece a pensar que insistimos tanto porque él se está equivocando y el auto era de otro color, y nos diga que no está tan seguro. Esa falta de certeza no existía en el testigo, sino que la hemos generado nosotros, en forma capciosa, al insistir una y otra vez en la misma pregunta. Por ello la repetitiva en un contraexamen es una forma de pregunta capciosa.

También son capciosas las preguntas que ***tergiversan la prueba***, ya sea asumiendo hechos que aún no han sido introducidos como información al juicio o incorporando información a la prueba que sí se ha producido que no ha sido incorporada. En el primer caso, por ejemplo, ante el testigo que ha dicho que vio un automóvil de cuatro puertas, con dos personas en su interior, que estaba estacionado en la calle al lado del lugar donde ocurrió los hechos si en el contraexamen preguntamos *"usted nos dijo que no recuerda el color del automóvil, ¿verdad?"* estamos tergiversando la prueba ya que si bien se ha referido al automóvil en ningún momento el testigo ha referido si recuerda o no el color. En el segundo caso, si el testigo se ha referido a un "arma de fuego" y nosotros preguntamos *"recuerda alguna característica específica del revolver"* también estamos siendo capciosos, en función a que el testigo no ha mencionado en específico que se tratara de un revólver.

Otra posible categoría que encontramos dentro de las preguntas capciosas son las ***compuestas***: aquellas preguntas que incorporan varias afirmaciones y ponen al testigo en situación que respondiendo que sí a una responde que sí a todas. Por ejemplo, si preguntamos "*¿usted compró un pasaje para salir del país luego de hablar con su socio y enterarse que su hermana había muerto?"*. Si bien parece una sola pregunta, contiene múltiples afirmaciones puntuales (proposiciones fácticas):

- ¿Usted compró un pasaje?
- ¿El pasaje lo compró con intención de salir del país?
- ¿Habló con su socio?
- ¿En la conversación con su socio se enteró que su hermana había muerto?
- ¿El pasaje lo compró luego de esa conversación con su socio?

Si el testigo responde "sí", estará asumiendo todas esas afirmaciones y si responde que no las estará negando, pero puede que algunas de esas afirmaciones sean ciertas y otras no, en cuyo caso, la respuesta del testigo ha sido producto de una inducción del litigante y, por tanto, de una pregunta capciosa.

Las preguntas impertinentes

La pregunta impertinente es aquella que desde un punto de vista lógico no avanza en la teoría del caso de la parte que la está formulando. En este sentido es importante considerar que se trata de una cuestión de lógica y no de estética o mérito de la pregunta y la pregunta de fondo siempre será la misma: ¿la pregunta que está formulando el litigante permite acreditar algún hecho que sostiene su teoría del caso? Si es así, la pregunta será pertinente, caso contrario podrá objetarse.

Sin embargo, hay que ser cuidadosos con estas preguntas en varios sentidos. Por una parte, las preguntas que tiendan a acreditar al testigo aparecerán a primera vista como impertinentes, pero no lo son en absoluto. Aparecerán como impertinentes en tanto no avanzan, en sentido estricto, en sentido de acreditar o desacreditar proposiciones fácticas sostenidas en la teoría del caso de quien las formula. Sin embargo no lo son en tanto para el tribunal no sólo es importante saber qué es lo que sabe este testigo, sino también tener elementos para determinar cómo es que lo sabe y por qué no tiene razones para mentir en juicio (o sí las tiene, si lo que estamos haciendo es intentar desacreditar al testigo). Por ello, las preguntas que tiendan a revisar la credibilidad de los testigos no sólo son pertinentes sino que resultan necesarias desde el punto de vista del tribunal, ya que cuando éste dé su sentencia, debe establecer qué hechos dio por acreditados y cómo valoró la credibilidad de la prueba y para ello necesita de ese tipo de preguntas.

En segundo lugar, es también importante ser cuidadosos porque en muchas ocasiones la forma que los litigantes tienen de llegar a la producción de información (o el control de la misma) sobre los puntos controvertidos puede resultar a primera vista un tanto difícil de comprender. En ese sentido, no es conveniente ser tajantes en la resolución de objeciones por impertinencia sino que más bien es recomendable dar cierta flexibilidad a los abogados, permitiéndoles llegar a su punto. Ahora, cuando resulta evidente que los litigantes están haciendo preguntas sin ningún sentido, que no avanzan en la teoría del caso, en esas situaciones es procedente la impertinencia.

Un tipo específico de preguntas impertinentes son las preguntas por opiniones o conclusiones. Hemos visto al analizar el examen y contraexamen que en juicio, las únicas personas habilitadas para concurrir y dar

conclusiones, son los peritos. También hemos establecido que los testigos concurren a brindar información sobre lo que percibieron directamente a través de sus sentidos. En este contexto, pedirle a un testigo que dé una opinión o una conclusión no es posible en el juicio, ya que las opiniones del testigo no son relevantes para el caso y el testigo no está habilitado (no tiene el conocimiento experto) para dar una conclusión. Si el litigante quiere que una persona concurra al juicio a sacar conclusiones, debe ofrecer a esa persona como prueba pericial, no testifical.

Pero con los peritos también puede darse esta situación: si el litigante pretende extender las preguntas al testigo más allá de su ámbito específico de experticia (recordemos el ejemplo de la pregunta al médico que practicó la autopsia sobre el estado de ánimo de la víctima antes de morir), también estaremos excediendo la posibilidad de preguntas concretas al perito.

En estos casos, la impertinencia estará dada en función a que las respuestas que se den a este tipo de preguntas no tendrán ninguna relevancia y, por tanto, no permitirán avanzar en la teoría del caso.

11.3.4.3. ¿Cuándo puede formularse una objeción?

En primer lugar, debe tenerse siempre en mente que las objeciones son una cuestión estratégica y sólo debo utilizarlas en la medida en que afecten a mi teoría del caso. La tentación de "corregir" la mala formulación de preguntas por parte de los litigantes suele ser grande y, para tal fin, la objeción suele ser la herramienta específica. Sin embargo, un juicio no es una clase de litigación y, por ello, el litigante debe estar atento al perjuicio concreto que pueda estarse causando a su caso más que sobre la estética en la forma de formular las preguntas.

También suele creerse que objetar una y otra vez, aún sin motivo, a la contraparte puede generar que ésta pierda la paciencia y deje de preguntar, cambie su línea de examen o se confunda de alguna forma. Lo que no podemos perder de vista es que cuando hacemos esto no sólo estamos "molestando" a la contraparte sino que también estamos poniendo al tribunal en situación de tomar permanentemente decisiones incidentales e interrumpiendo su atención del fondo del juicio. En función a ello, es probable que un accionar de ese tipo debilite nuestra credibilidad ante el tribunal y el perjuicio sea para nosotros antes que para nuestra contraparte.

Hechas esas aclaraciones, con relación a la formulación en concreto es importante asumir que las objeciones deben realizarse en tiempo preciso, tan pronto como la naturaleza objetable de la pregunta aparezca en evidencia. Si para formular una objeción esperamos a que el litigante culmine la formulación de su pregunta y el testigo la responda, probablemente el daño ya esté hecho: la información habrá llegado a los oídos del tribunal. Por ello el litigante debe estar muy atento a la forma en que pregunta su contraparte y, en el momento preciso en que aparece un contenido objetable, interrumpir y realizar la objeción que corresponda. También es importante identificar de qué tipo de pregunta objetable se trata, ya que la objeción implica fundamentación.

11.3.4.4. ¿Cuál es el procedimiento para formular y resolver una objeción?

Si bien no existe un procedimiento estricto para la formulación de la objeción y nuestros códigos en general tampoco han establecido lineamientos, daremos algunas recomendaciones sobre cómo debería formularse una objeción.

En cuanto a la forma, es recomendable ponerse de pie al momento de formular una objeción. Esto da autoridad al abogado, llama la atención del tribunal y permite iniciar la objeción en forma apropiada.

La objeción debe formularse con fuerza y en forma concisa: no hacer objeciones laberínticas o discursivas. *"Objeción, sugestiva"; "objeción, impertinente"; "objeción, capciosa"*. Cuando el litigante tiende a formular objeciones enredadas o discursivas sólo indica una cosa: no sabe a dónde está yendo o qué está diciendo. Debemos aprenderse cuáles son las objeciones; no son tantas y, como hemos visto, pueden categorizarse en grupos, lo cual resulta muy útil para objetar correctamente.

Es importante también escuchar la respuesta de la contraparte. Puede no haber una respuesta de la contraparte y un fallo directo del tribunal, pero en algunas ocasiones el tribunal puede darle la palabra a la contraparte o la contraparte puede pedirla, en cuyo caso es importante escuchar con atención lo que la contraparte diga para verificar si decide cambiar la pregunta, si da una argumentación para que el tribunal la permita y si debemos mantenernos en la objeción.

Si bien la formulación de objeción debe ser concisa, es necesario estar preparado para argumentar la objeción una vez admitida por el tribunal, si este lo requiere (es decir: si solicita mayores argumentos para decidir el punto). No es recomendable comenzar a hablar en forma directa una vez que la contraparte se ha callado: los jueces suelen ser intolerantes con ese tipo de comportamiento; lo último que los jueces quieren en su sala es tener abogados peleando entre ellos, argumentando y contra argumentando, cuando seguramente ellos saben perfectamente cómo van a decidir la objeción. Si la contraparte ha dado una explicación a la que le gustaría responder, pida al tribunal permiso para responder: "¿podría responder?" o "¿podría ser oído?" En esos casos el juez podrá decirle que si, o que sí pero que sea breve, indicándole cuán necesaria es su intervención si no tiene la información suficiente para decidir. Y si el tribunal le da la palabra, argumente hacia el tribunal, no hacia la contraparte.

Reciba el fallo del tribunal con profesionalismo. Independientemente que el tribunal haya dado o no razón a su objeción, simplemente siéntese y continúe con su trabajo.

Desde el punto de vista del tribunal, es esencial asumir que este procedimiento debe darse en forma rápida y no hacer perder el hilo de lo que se está discutiendo en el juicio. La resolución debe ser también concreta: *"Ha lugar"* o *"No ha lugar"*, ya que en caso de hacer lugar a la objeción, se asume que el tribunal está asumiendo la argumentación de la parte que hizo la objeción y, en caso de no hacer lugar, el argumento acogido será el de la parte que defiende la pregunta.

Desde el punto de vista de quien recibe la objeción, una vez que se escucha la palabra "objeción" es su deber parar en la pregunta que se encuentra formulando y escuchar a la contraparte, sin mostrarse enojado o molesto por el incidente. Si considera que la pregunta debe proceder y es necesario defenderla, puede pedir la palabra al tribunal para argumentar por qué se trata de una pregunta procedente, pero si es una pregunta que puede reformular en forma tal que la contraparte no pueda objetar nuevamente, es conveniente la reformulación para poder continuar en forma inmediata con las preguntas que está formulando al testigo.

Y con este punto llegamos al final de las herramientas de litigación para controlar la información.

En cuanto a la posibilidad de objeciones a los alegatos de apertura y clausura, si bien son más extrañas en un juicio, las mismas pueden darse. A continuación listaremos algunas objeciones posibles a esos espacios del juicio.

Objeciones a alegatos de apertura

- **Argumentación de hechos.** Es bastante usual notar que a los litigantes les sale argumentar los hechos en el alegato de apertura, donde no está permitido hacerlo, pero fallan en la clausura, donde es imperativo que lo hagan. Parte del problema puede darse por la confusión sobre cuándo algo es una afirmación de hecho y en qué momento exactamente se convierte en una argumentación. La regla básica a tener en mente con relación al punto es: si un testigo va a decirlo, es un hecho; puede ser un hecho controvertido, pero sigue siendo un hecho. Si requiere de la actuación retórica de los abogados, algún tipo de extrapolación para arribar al punto, es ahí donde se convierte en un argumento y, por tanto, se convierte en una cuestión objetable en el alegato de apertura.
- **Argumentación legal.** Cuando aún no producida la prueba y cerrado el debate los litigantes inician exposiciones vinculadas a la normativa a aplicarse y cómo hacerlo, están saliendo de la finalidad específica del alegato de apertura y, por tanto, su actuación es objetable.
- **Argumentación de credibilidad.** La prueba aún no se ha producido ni se han introducido elementos sobre las razones para creerle o no creerle. Por tanto, no puede exponerse el punto en el alegato de apertura.
- **Referir lo inadmisible.** Es decir: intentar menciones de prueba que expresamente ha sido dejada fuera del juicio por razones de pertinencia o legalidad en su obtención.
- **Expresar opiniones personales.** Hemos dicho repetidas veces que las opiniones de los abogados no tienen ninguna trascen-

dencia en el juicio. No agregan ni quitan valor a la prueba y, por tanto, no son procedentes.

Objeciones en alegatos de clausura

- **Referirse a hechos no probados.** Por esto es importante prestar atención durante todo el juicio, para evitar referirse a hechos que no se probaron. Aquí es donde es necesaria la argumentación: es necesario referirse a los hechos que se probaron y explicar qué significan.
- **Distorsionar los hechos.** En el sentido que se ha explicado en la objeción sobre tergiversación de la prueba. Ésta puede darse tanto durante la producción de la prueba como al momento de la valoración en los alegatos de clausura.
- **Distorsionar la ley.** Hacer interpretaciones imposibles o darle a la ley contenidos que no tiene.
- **Expresar opiniones personales.** En el mismo sentido recién expresado con relación a los alegatos de apertura.

Como puede observar el lector, todas las situaciones descritas pueden incorporarse dentro de alguno de los tres grandes tipos de objeciones que hemos revisado a lo largo de este apartado.

Finalmente, sobre objeciones es importante incorporar la regla que **buenas preguntas reciben buenas respuestas:**

- Evite preguntas sugestivas en el examen con seis palabras honestas: *quién, qué, dónde, cuándo, cómo y por qué.*
- Pregunte por hechos, no por conclusiones o interpretaciones. Focalice en la percepción del testigo.
- Pregunte de forma corta: preguntas sobre un solo hecho.
- Tenga certeza en cuestiones vinculadas a la evidencia. *Pertinencia y relevancia.*

Con este punto, finalizamos las herramientas de litigación vinculadas a la producción de información y, en términos de juicio, terminamos con las herramientas propias de la fase de debate e introducción de la prue-

ba. Llegados a este punto, sólo resta referirnos a la última actuación que realizarán las partes en juicio: valorar la prueba que se ha producido.

11.4. Valoración de la información. Alegato de clausura

11.4.1. ¿Qué es el alegato de clausura?

Clausurado el debate las partes tendrán una última oportunidad de intervenir y referirse a su caso, ahora sí en términos valorativos, explicándole al tribunal por qué su versión de los hechos, su teoría del caso concreta, ha sido probada y debe ser considerada la "versión oficial" en la sentencia.

La mejor forma de definir un alegato de clausura es considerándolo como un proyecto de sentencia: los litigantes le dirán al tribunal *"si yo estuviera en su lugar, fallaría de esta forma por estas razones"*. Entonces, para hacer un buen alegato de clausura es esencial haber realizado una buena actuación durante el transcurso del juicio. El alegato de clausura no es un momento mágico en el que el litigante "despertará" y podrá salvar una mala actuación en el juicio. Si la actuación ha sido mala, lo más probable es que nada pueda decirse en el alegato de clausura o, en todo caso, lo que se diga tendrá muy poca relevancia para el tribunal.

El alegato de clausura es el único ejercicio argumentativo que los litigantes podrán realizar durante todo el juicio. En este sentido, a diferencia de lo que hemos dicho a lo largo de toda la Segunda Parte sobre la prohibición de los litigantes de sacar conclusiones anticipadas, en este momento diremos que urge que los litigantes den sus conclusiones al tribunal, ya que este es el momento en el que el rompecabezas termina de armarse y cada litigante debe darle un sentido específico al tribunal para considerar como probada la teoría del caso que presentó.

11.4.2. Contenido del alegato de clausura

En función de que el alegato de clausura es un ejercicio específico, deberá hacerse cargo de todas las proposiciones fácticas que ha pretendido acreditar, mostrando al tribunal con qué pruebas lo ha hecho y por qué estas pruebas han sido creíbles. Al retomar nuestro

esquema sobre la teoría del caso, en el alegato de clausura debería presentarse en este sentido:

ACUSADO: VÍCTIMA: TIPO PENAL CONSIDERADO:				
ELEMENTOS DE LA TEORÍA JURÍDICA	**TEORÍA FÁCTICA**	**TEORÍA PROBATORIA**		**CONTRAPARTE**
		Probada con	**Razones de credibilidad**	**Cuestionamientos específicos realizados**
ELEMENTO 1	Proposición Fáctica 1	Prueba 1		
	Proposición Fáctica 2			
	Proposición Fáctica 3	Prueba 2		
ELEMENTO 2	Proposición Fáctica 4	Prueba 3		
	Proposición Fáctica 5	Prueba 1		
ELEMENTO 3	Proposición Fáctica 6	Prueba 4		

Volveremos a referirnos a la teoría del caso, pero asumiéndola ya probada. Y nuestra tarea concreta estará dada en dos sentidos: demostrar por qué la prueba ha sido completa y suficiente para acreditar cada una de las proposiciones fácticas que hemos sostenido en nuestra teoría del caso; y por qué esa prueba debe ser considerada creíble.

Adicionalmente, tendremos también que hacernos cargo de los cuestionamientos que nuestra contraparte haya realizado, explicandolas en el contexto de nuestra teoría del caso específica y dándole sentido.

Debemos considerar como prioritario en nuestro alegato de clausura la apreciación concreta de la prueba. La pregunta a formularnos será ¿qué es lo que el tribunal no sabe de este caso? Como hemos dicho repetidas veces, el derecho es conocido por los jueces, por lo que salvo casos excepcionales donde se presenten debates legales, los litigantes deberán considerarse en los hechos y la prueba: mostrándole

al tribunal por qué la prueba presentada es suficiente y creíble para tomar una decisión en su favor.

11.4.3. ¿Qué no hacer en un alegato de clausura?

Convertirlo en un alegato de apertura. Hemos visto la diferencia entre ambos alegatos: en la apertura anuncio, en la clausura valoro. Esta es la última oportunidad que tendré para dirigirme al tribunal y debo aprovecharla de acuerdo a su finalidad. Si me limito a reiterar mi alegato de apertura, no le estaré dando al tribunal ningún elemento de valoración que pueda considerar al momento del debate y dictado de la sentencia.

Dar una clase magistral. Lo hemos dicho antes: un juicio no es una clase de litigación. Y concretamente, el alegato de clausura no es un momento para señalarle al tribunal todos los errores que ha cometido la contraparte, a menos que los mismos afecten sustancialmente en la prueba de mi teoría del caso. Tampoco es un momento para demostrar cuánto derecho sé: los jueces conocen el derecho y salvo un debate legal específico que se haya presentado y sobre el que deba argumentar, las citas doctrinales, el recurso a la jurisprudencia y el dominio de la legislación comparada no serán de mucha utilidad a la hora de responderle al tribunal ¿por qué mi prueba es suficiente y creíble para acreditar mi caso? Recordemos una vez más que la atención en los seres humanos es muy limitada, por ello, debemos aprovechar de la mejor forma posible el tiempo que tendremos para presentar nuestras conclusiones, refiriéndonos en concreto a los puntos importantes para el tribunal: qué hemos probado, cómo lo hemos probado y por qué es creíble nuestra prueba.

Pretender que el tribunal asuma mi versión sin darle elementos. El hecho que nosotros estemos conformes con nuestra actuación y consideremos que nuestro caso ha sido probado no se traslada por magia al tribunal. Por ello, pretender que todo está claro y que no es necesario retomar la teoría del caso, completándola con la credibilidad probatoria en un alegato de clausura que le termine de dar sentido a nuestra actuación en el juicio, es uno de los mayores errores que puede cometer un litigante. Para que el tribunal asuma nuestra versión del caso, debo darle los elementos de valoración que le permitan sostenerla en su sentencia y ello sólo puedo hacerlo en el alegato de clausura.

Confrontar. Si bien el proceso es controversial, esto no significa que se trate de una pelea personal entre los abogados. Ocupar el momento del alegato de clausura para cuestionar a mi contraparte, llevarlo a términos personales y generar enfrentamientos es absolutamente infructuoso para el trabajo que efectivamente debo hacer: valorar mi caso y contextualizar en el mismo la actuación de mi oponente, dándole una explicación y sentido acorde con lo que yo he sostenido a lo largo del juicio.

Hacer una relación del expediente. Finalmente, reiteramos una vez más que un proceso penal acusatorio no es compatible con el método de trabajo propio del expediente. Por ello, intentar el alegato de clausura como una relación del expediente será aún más perjudicial de lo que sería actuar de esta manera en el alegato de apertura. Hemos trabajado durante todo el debate, examinado testigos y peritos, introducido prueba material, controlado la prueba de nuestra contraparte. Esa es la relación que debemos hacer en el alegato de clausura: ¿cómo todo este trabajo desarrollado en el debate apoya nuestra versión de los hechos y acredita nuestra teoría del caso? El expediente no tiene nada que hacer en el juicio y no puede ser utilizado como herramienta para formular mi alegato de clausura.

12. PALABRAS FINALES

Llegados al final del desarrollo de este Manual, deseamos reiterar que lo que aquí hemos presentado es una visión muy sintética y panorámica de las distintas herramientas de litigación con que los abogados cuentan para moverse a lo largo de un proceso penal acusatorio en sus momentos iniciales y en el juicio como tal.

Seguramente a partir de la lectura de estas páginas surgirán una serie de dudas y debates que requieren de mayor atención y desarrollo. Por ello, la intención de la Colección de la cual este Manual es parte, será presentar en forma puntual cada una de las herramientas que se han presentado, con mayor desarrollo y abarcando todas las inquietudes y cuestionamientos que los autores de los futuros componentes de la Colección han ido compilando en numerosos cursos de capacitación, talleres, debates académicos y, por supuesto, a partir de su propia práctica profesional.

Esperamos que estos contenidos resulten de utilidad para quienes día a día desarrollan su trabajo en los distintos ámbitos del proceso penal.

Bibliografía recomendada

A continuación presentamos una serie de textos altamente recomendados para complementar los contenidos presentados en este Manual. El lector podrá encontrar mucha bibliografía específica sobre cada uno de los temas desarrollados en idioma inglés. Aquí presentamos las principales fuentes que se han tomado para este manual en idioma español:

Baytelman Andrés y Duce Mauricio, *Litigación penal, juicio oral y prueba*, colecciones de Derecho, Universidad Diego Portales, Chile, 2005.

Baytelman Andrés y Vargas Juan Enrique, *La función del juez en el juicio oral*, Textos de Docencia Universitaria, Universidad Diego Portales, Chile, 1999.

Bergman Paul, *La defensa en juicio, la defensa penal y la oralidad*, Abeledo Perrot, Argentina, 1995.

Blanco Suárez Rafael, Decap Fernández Mauricio, Moreno Holman Leonardo y Rojas Corral Hugo, *Litigación estratégica en el nuevo proceso penal*, Universidad Alberto Hurtado, Chile, 2005.

Checchi and Company Consulting Colombia. *Técnicas del juicio oral en el sistema penal colombiano, Libro del Discente*, Colombia, 2003.

Goldberg Steven, *Mi primer juicio oral ¿Dónde me siento? ¿Y qué diré?*, Heliasta, Argentina, 1994.

Lorenzo Leticia y MacLean Enrique, *Manual de litigación penal en audiencias de la etapa preparatoria*, Ediciones No Ha Lugar, Bolivia, 2009.