



Una **guía** práctica
para
**Defensores
Penales**

Por Andrea DeShazo



Defensoría
Sin defensa no hay Justicia

Una guía práctica para Defensores Penales

2007 Defensoría Penal Pública

Registro de Propiedad Intelectual 167-926

ISBN 978-956-8349-16-5

Primera Edición Diciembre 2007

Diseño e Ilustraciones: Departamento de Arte La Nación

Impresión: Gráfica Puerto Madero

DEFENSORÍA PENAL PÚBLICA

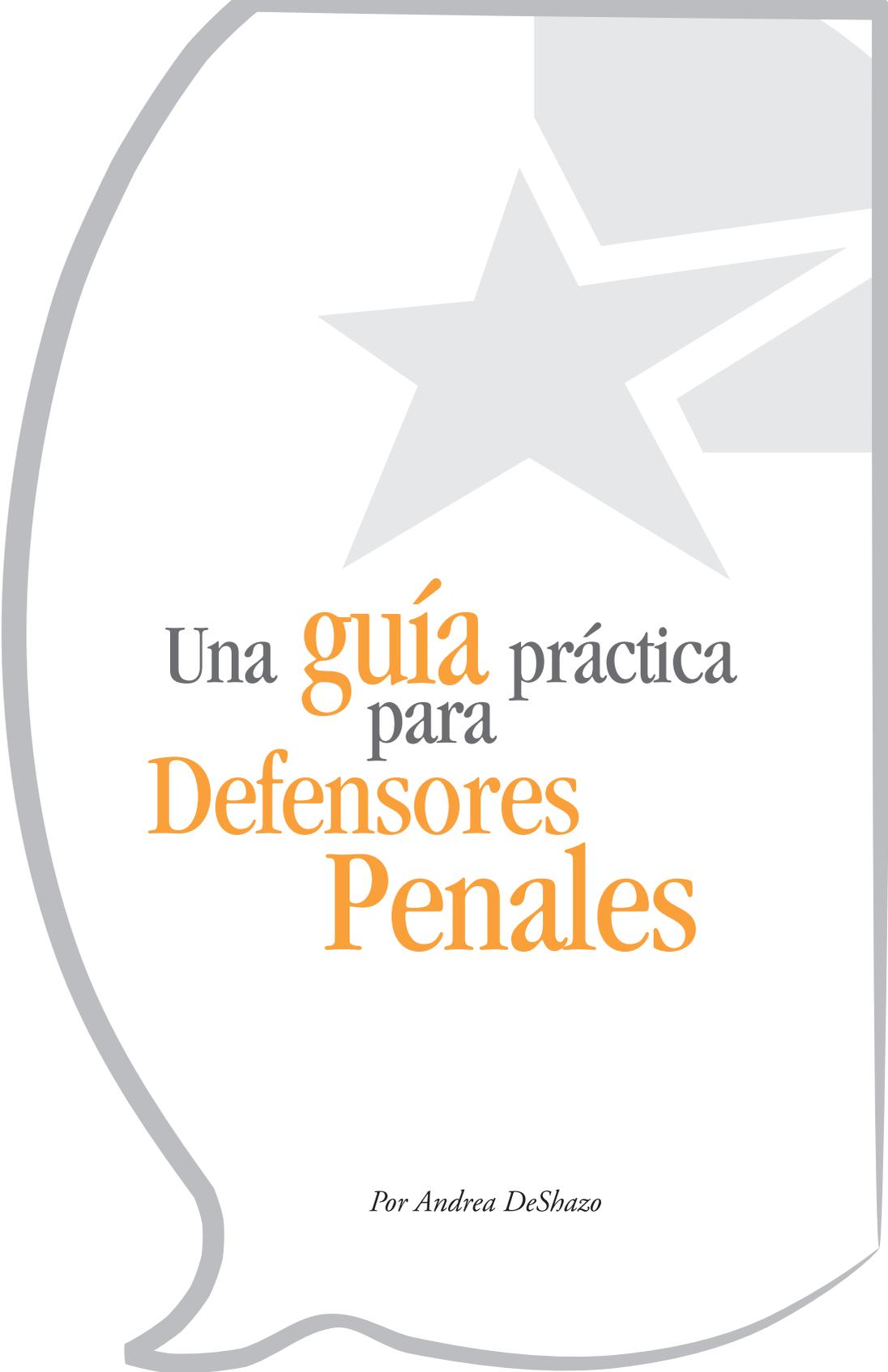
Av. Libertador Bernardo O'Higgins 1449

Pisos 5 y 8

Santiago, Chile

Teléfonos: (2) 439 6800 - (2) 439 6890

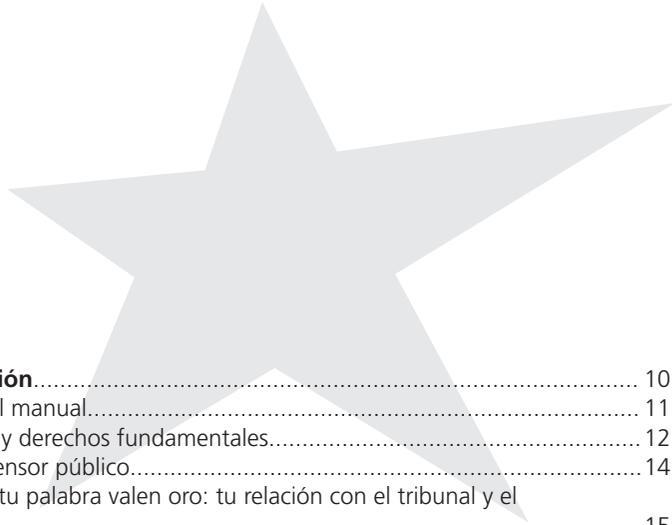
Ninguna parte de esta publicación puede ser reproducida o transmitida, mediante algún sistema – electrónico, mecánico, fotocopiado, grabación o de recuperación o almacenamiento de información –, sin la expresa autorización de la Defensoría Penal Pública.



Una **guía** práctica
para
**Defensores
Penales**

Por Andrea DeShazo

Índice



Capítulo I: Introducción	10
1. La estructura del manual.....	11
2. Debido proceso y derechos fundamentales.....	12
3. El papel del defensor público.....	14
4. Tu reputación y tu palabra valen oro: tu relación con el tribunal y el fiscal.....	15
Capítulo II: El cliente	18
1. Nomenclatura: el término “cliente”.....	19
2. ¿Tú o usted?.....	20
3. Las decisiones del cliente.....	20
4. Consideraciones en relación a defender diversos tipos de clientes.....	21
5. La confianza es la base de una buena relación con el cliente.....	27
Capítulo III: La representación de múltiples clientes	32
1. Introducción.....	32
2. Incompatibilidad evaluada desde el punto de vista del cliente.....	32
3. Incompatibilidad evaluada desde el punto de vista del defensor.....	33
4. Múltiples clientes en el control de detención.....	34
5. Múltiples clientes después del control de detención.....	35
6. La evaluación de conflictos de interés y defensas incompatibles.....	36
7. Monitorea el caso para prevenir posibles conflictos.....	38
8. Tus obligaciones hacia tu ex cliente, que será representado por otro abogado.....	39
9. La relación con el abogado del coimputado.....	39
Capítulo IV: Cómo persuadir al tribunal y la construcción de argumentos	44
1. El argumento.....	45
2. La organización de un argumento.....	46
Capítulo V: La audiencia de control de detención	52
1. El propósito de la audiencia de control de la detención.....	52
2. Las etapas de la audiencia.....	53
3. La preparación para la audiencia.....	54
4. La audiencia de control de la detención.....	62

Capítulo VI: La investigación de la defensa y el desarrollo de la teoría del caso.....	82
1. Introducción.....	82
2. La investigación y el desarrollo de los hechos.....	83
3. La Investigación jurídica.....	87
4. El desarrollo de la teoría del caso.....	88
5. El desarrollo del tema del caso.....	89
Capítulo VII: Las ofertas del fiscal y las salidas alternativas.....	92
1. Introducción.....	92
2. La evaluación de los méritos del caso y las resoluciones alternativas.....	93
3. Cuándo conversar acerca de las salidas alternativas con tu cliente.....	93
4. Cuándo conversar acerca de las salidas alternativas con el fiscal.....	94
5. Cómo explicar la oferta a tu cliente.....	95
6. Cliente que quiere cooperar sustancialmente.....	97
7. Después de aceptar una salida alternativa.....	98
Capítulo VIII: El cierre de la investigación y el sobreseimiento definitivo.....	102
1. El cierre de la investigación.....	102
2. El sobreseimiento definitivo.....	104
Capítulo IX: La organización de las causas antes del juicio oral.....	108
1. Introducción.....	108
2. Las etapas de trabajo.....	110
3. Herramientas para organizarse.....	111
Capítulo X: Litigación después de la acusación.....	116
1. La audiencia de preparación del juicio oral.....	117
2. El juicio oral.....	125
Capítulo XI: Litigación durante el juicio oral.....	136
Alegato de apertura.....	136
El examen directo.....	143
El caso del fiscal.....	160
El conainterrogatorio.....	171
Las objeciones del fiscal y la justificación de tu pregunta.....	190
El alegato de clausura.....	191
Capítulo XII: El recurso.....	200





Capítulo I

Introducción

Capítulo I

Introducción



Sólo toma unos meses, en realidad días de trabajo como defensor público para comprender que es un trabajo distinto a cualquier otro. Aunque tenemos la misma formación jurídica que nuestros colegas de la universidad, ejercer como defensor penal (sea público o privado) marca una diferencia de visión y experiencia, especialmente en un sistema en que el trabajo se desempeña en audiencias orales.

Dado que la reforma procesal penal conlleva cambios en el funcionamiento tradicional del actual sistema, resulta importante revisarlos. Dicho de otra manera, el nuevo sistema está ocasionando y seguirá creando cambios en la función de defender a personas imputadas de delitos y es el momento oportuno para comentarlos.

Naturalmente, hay varios y excelentes libros, estudios y trabajos jurídicos acerca de los cambios sustantivos, relativos al Código Penal y Código Procesal Penal, entre otros, los que aumentan día a día. Esta guía tiene la intención de complementar estos trabajos, discutiendo el lado práctico de las normas y los temas jurídicos, no debiendo el lector tomar estas observaciones como un análisis jurídico.

Este manual tiene como objetivo aportar una visión práctica de la preparación de una causa, de principio a fin, identificando problemas de común ocurrencia, sugiriendo soluciones prácticas, con el fin de poder profundizar en las etapas de litigación que se presentan en la preparación y desarrollo de los casos. Esta guía no tiene el propósito de presentar una exposición de las normas substanciales de derecho penal o procesal penal chileno, reforzando la idea ya indicada.

El manual comenzó como un proyecto de destreza de litigación oral, con un fuerte enfoque en las áreas de la preparación de una causa para un juicio oral. Luego de varias conversaciones con defensores, jueces y académicos, además de observaciones en viajes realizados a las regiones donde la reforma procesal penal está en marcha; el manual se expandió, incluyéndose las discusiones acerca de los deberes éticos y situaciones diarias ocurridas con nuestros clientes.

Finalmente, se agregó una introducción general acerca de las destrezas requeridas durante el juicio oral, dado que éste puede ser el tema de un libro completo. Es más, uno podría (y muchos lo han hecho) escribir un manual que aborda solamente el contrainterrogatorio y técnicas para eficazmente contrainterrogar a testigos. Dado que el enfoque de este manual es la preparación de la causa para el juicio oral, las secciones acerca de las destrezas durante el juicio oral son solamente una introducción al tema. Se sugiere que las secciones del manual que cubren las destrezas de la litigación oral sean leídas como introducción a los temas, pero se debiese consultar manuales o libros que tratan esos temas con más profundidad.

Vale la pena mencionar que la autora no tiene la formación de una abogada chilena, por lo que el lector no deber tener la expectativa de que la filosofía o la visión de este manual sea exactamente la que tendrá un abogado chileno. Es importante destacar que los problemas que enfrentan los defensores penales son similares, sin importar el lugar donde se litiga. Al final del día, todos tenemos clientes con quienes nos tendremos que relacionar, estaremos enfrentando la evidencia obtenida por el órgano acusatorio, y esforzándonos para persuadir a un grupo de personas de que nuestra posición es la razonable e idónea. En otras palabras, hay muchas más semejanzas que diferencias.

1. La estructura del manual

Este manual sigue la lógica del desarrollo de un caso penal en el nuevo sistema procesal penal. Comienza con conceptos globales, los cuales serán importantes durante todas las fases de un caso, específicamente las relaciones con nuestros clientes y la estructura de argumentos que persuaden en un sistema oral.

Luego se analizará el desarrollo del caso. Esta etapa del manual está dividida en dos partes principales: el desarrollo del caso antes y durante el juicio oral.

La preparación o desarrollo de una causa para un juicio oral es la fase más importante, porque sin ella la defensa durante un juicio oral será inadecuada. Los capítulos acerca de la preparación de una causa antes del juicio oral se asimilarán al diseño estratégico de una defensa. También en esta etapa se tratarán con profundidad las audiencias preliminares al juicio oral, incluyendo el control de la detención, el cierre de la investigación, posibles salidas alternativas y la, sumamente importante, audiencia de preparación del juicio oral.

Los capítulos sobre el juicio oral enfatizarán las habilidades necesarias durante esa audiencia –sea con la presentación de aperturas y clausuras persuasivas o durante un contraexamen efectivo– entre otras.

Un manual de este tipo estaría incompleto sin una discusión acerca de los deberes éticos de los defensores, los cuales se discuten en varios apartados de este texto.

Finalmente, en el último capítulo se discutirá la importancia de mantener en mente un posible recurso de nulidad durante el juicio oral, para asegurar que los argumentos de fondo sean planteados de la mejor forma, en el evento de tal recurso.

2. Debido proceso y derechos fundamentales

Una discusión sobre defensa penal debe comenzar con los conceptos que la rigen: los derechos fundamentales y el debido proceso. La jurisprudencia chilena, al igual que la de muchos países europeos y de los Estados Unidos, sobreponen los Tratados Internacionales y la Constitución, sobre las simples normas procesales o penales. Los argumentos procesales y penales tienen que estar basados en las normas más importantes del sistema: los Tratados Internacionales y la Constitución Política de la República.

Por ejemplo, el artículo 93 del Código Procesal Penal contiene una lista de algunas de las garantías que tiene el imputado en el nuevo sistema. Pero esta lista no es taxativa. Ese artículo establece que: “Todo imputado podrá hacer valer, hasta la terminación del proceso, los derechos y garantías que le confieren las leyes”. Esa frase significa que, si hay una ley o tratado internacional que le da un derecho o garantía a un imputado, ésta está incorporada por el artículo 93 del Código Procesal Penal.

Un acápite central en cualquier evaluación de un sistema penal es ver si éste se ajusta a la noción del debido proceso. El problema es que la noción de debido proceso tiene un aspecto dinámico, no encontrándose siempre definida.

El debido proceso es un concepto dinámico que se enriquece con el tiempo y las circunstancias; lo que antiguamente fue aceptado como un proceso adecuado quizás no lo es hoy. Por ejemplo, hoy se podría argumentar que el debido proceso comprende el derecho a tener acceso a un abogado, sin importar que uno tenga o no los recursos para contratar

uno. Esto no siempre fue así.

Es trabajo del defensor dar contenido al término debido proceso ya que es un concepto que puede ser enriquecido, convirtiéndose en una mina de oro para la creación de nuevos argumentos. Pero no basta argumentar que el debido proceso requiera algo. El objetivo es argumentar por qué lo que propones, o tu interpretación de una norma, es exigida por el debido proceso u otro derecho fundamental, vinculando los argumentos jurídicos con los hechos del caso particular.

De otro lado, sólo porque una norma está codificada, no significa que esté conforme con el debido proceso en todas situaciones. Es posible que una norma generalmente lo satisfaga, pero aplicada a un caso particular vulnere un derecho fundamental.

Varios académicos han invertido toda una carrera en el área de investigación del debido proceso y este manual no pretende resumir o discutir esos trabajos. El punto central es que estas normas gruesas, sustantivas, se prestan para crear nuevos argumentos y es trabajo de los defensores darles contenido, en el contexto de un caso particular. Las posibilidades de generar nuevos argumentos son múltiples, independiente de que los tribunales los acojan o no, ya que con el tiempo las percepciones de los jueces pueden ir cambiando. Una idea quizás no tenga eco en un juez hoy, pero a la larga entenderá tu posición y quizás eventualmente llegará a acogerla.

Verás que este manual está repleto de argumentos, algunos que quizás serán útiles y otros no. Lo importante es incorporar nuevas ideas y argumentos, si los sugiere la ley o los hechos, y el juez puede decidir qué hacer con ellos.



3. El papel del defensor público

Si les preguntas a cien defensores cuál es el papel de un defensor público, recibirás cien respuestas diferentes. Sin embargo, la mayoría de ellos destacaría en su lista lo siguiente:

- Proteger las garantías del ciudadano.
- Resguardar la calidad del proceso.
- Ser una voz de la razón.
- Crear nuevos argumentos para aumentar las garantías.
- Ser el consejero del cliente, no el amigo.

Una vez le pregunté a un jefe cómo no se agotaba después de más de veinte años de ser defensor público, de escuchar cotidianamente acerca de delitos y de luchar por las garantías en un sistema donde, a veces, se pone más énfasis en condenar, que en prevenir o rehabilitar. Me contestó que nunca le había tocado un cliente sin un lado o aspecto humano que lo motivara a defenderlo.

En el sistema procesal penal, las tres partes: jueces, defensores y fiscales, tienen el mismo deber de proteger las garantías de la ciudadanía, incluyendo el imputado, de resguardar la calidad del proceso, y de ser la voz de la razón. Lo que es más difícil para los jueces y los fiscales es no tener un contacto directo con un cliente, un ser humano que aunque tenga grandes faltas o problemas, al final del día es una persona. Gran parte del trabajo de un defensor consiste en humanizar al cliente ante los ojos del fiscal y del juez, para que se recuerden que el sistema procesal no es una máquina condenatoria, sino un sistema de justicia.

4. Tu reputación y tu palabra valen oro: tu relación con el tribunal y el fiscal

Fuera de las normas éticas que requieren un estándar básico de comportamiento en nuestras relaciones con jueces y fiscales, hay una razón muy importante para mantener un nivel alto de honestidad y transparencia. Es un hecho que frecuentemente tendrás que negociar con fiscales y hacer solicitudes a un tribunal: si no creen en tu palabra, serás poco efectivo a la larga.

En el ejercicio de la defensa pública tendrás que interactuar frecuentemente con las mismas personas. Por lo tanto, es importante mantener una buena reputación de honestidad y transparencia. Tú quieres que tu palabra cuente y, a la primera señal de estar fuera de los márgenes, vas a afectar tu eficacia como defensor.

Esto no significa vulnerar el secreto profesional. Es aceptable y necesario decir: "Perdone, no le puedo dar esa información porque es confidencial", cuando la situación se presente. Pero siempre es importante recordar que tu reputación cuenta.

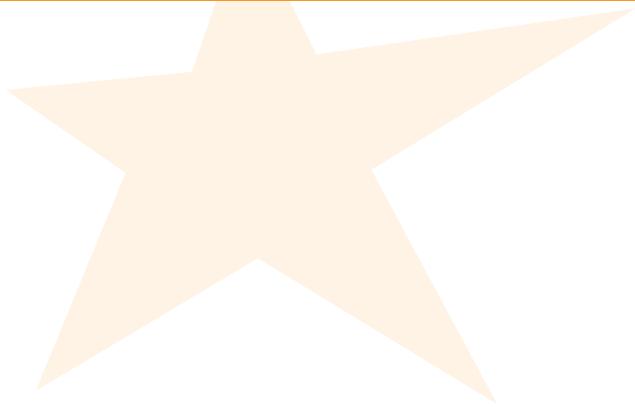


Capítulo II

El cliente

Capítulo II

El cliente



Aunque a veces hablamos de nuestros casos, desde un punto de vista jurídico o estratégico, es importante recordar siempre que la razón por la cual estamos presentes es por nuestros clientes. Son ellos los que necesitarán tomar decisiones importantes, no nosotros, y nuestro trabajo es aconsejarlos, explicándoles sus opciones y ayudándolos a elegir la mejor.

Hay varios modelos filosóficos de cómo relacionarse con los clientes. Por una parte, algunos abogados perciben que los clientes no saben, o no puede determinar lo que es mejor para ellos por lo que el defensor casi tiene que tomar la decisión en su reemplazo, conversando con ellos cuanto sea necesario para que el cliente esté de acuerdo.

Al otro extremo está el abogado que presenta las opciones al cliente discutiendo las ventajas y desventajas, pero nunca toma una posición acerca de cuál es la mejor opción, aunque el cliente se lo pida. Bajo esta filosofía, el abogado está forzando al cliente a tomar control de sus decisiones, lo que se traduce en asumir las consecuencias de ellas. Obviamente hay muchas posiciones entre estos dos extremos.

Al pensar qué filosofía adoptarás, es importante demarcar los límites de lo que puedes y debes hacer. La primera parte de este capítulo delimitará los derechos del cliente y las decisiones que tiene que tomar él, sin que puedas sustituir tu opinión por la suya.

Nuestros clientes no son un grupo homogéneo, por lo que la segunda parte de este capítulo describirá varios grupos de ellos, para comenzar una revisión interna y una conversación con tus compañeros acerca de cómo responder a estas diferencias.

En la última sección, se discutirá cómo enfrentar situaciones tensas con el cliente y cómo proteger tu reputación en situaciones donde él no comparte tu opinión sobre el caso, o la calidad de tu defensa.

1. Nomenclatura: el término “cliente”

Antes de comenzar, hablemos de por qué la persona a quien representas es el “cliente” o el “Sr. Sánchez,” pero nunca “mi imputado”.

Demos por cierto que el lenguaje y nuestra selección de palabras tienen un gran efecto en el oyente. Una meta básica de la defensa es recordar al tribunal y al fiscal, continuamente, que tu cliente es una persona, un ser humano, no un número de R.U.T. o de caso.

Además, él se presume inocente y tiene el derecho a ser tratado con dignidad. No es beneficioso para el cliente destacar continuamente que está acusado de un crimen porque, mientras más se repitan las palabras acusatorias, más se generará el prejuicio de que si está acusado, más que algo hizo. La nomenclatura “imputado” y “defendido” sólo enfatiza la asociación entre un delito y el cliente, y no ayuda a enfatizar que la persona que tienes a tu lado es un ser humano, con sentimientos, familia, trabajo, etcétera.

¿Y por qué no “mi representado”? , preguntarán. El problema con “representado” es que es un término frío y genérico. Recuerden, uno de los papeles importantes de un defensor público es humanizar al cliente, y por eso es preferible referirse a él por su nombre. Es más fácil condenar al “imputado”, el “defendido”, el “representado”, que al Sr. Sánchez.

Finalmente, es importante destacar que sólo porque el cliente no está pagando, no significa que merece un tratamiento distinto a uno que sí te paga. No debiese ocurrir que uno realice un peor trabajo porque la Defensoría paga un sueldo, en vez de que el cliente pague directamente. Tus clientes merecen el mismo tratamiento, sea que estén pagando por tus servicios o no, y no debes generar una división a los ojos del tribunal entre los que pueden pagar y, los que no.

Si no usamos palabras que destaquen que nuestros clientes son ciudadanos, con derechos y dignidad y que no deben ser discriminados porque son pobres, ¿cómo podemos esperar que las otras partes lo hagan?

2. ¿Tú o usted?

Como en todas las facetas de nuestras vidas, la primera impresión es importante y marcará el tono de la relación con el cliente. Una de las primeras preguntas que necesitarás determinar es si usarás “usted” o “tú”. Cómo te refieres a tu cliente dependerá, por ejemplo, de cuantos años tiene y para ello es difícil establecer reglas. Lo importante es estar consciente del tema y tomar una decisión caso a caso.

Aunque cada uno puede tomar su propia decisión, para los adultos se sugiere empezar con “usted” y llegar a “tú” después de evaluar las preferencias del cliente. Esto es especialmente importante para los clientes que son mayores que el abogado.

La lógica de usar “usted” es de demostrar respeto. Los clientes se encuentran en una situación humillante y con poco control, donde los policías y gendarmes usan “tú”. Para destacar la diferencia de que eres un defensor, que los va escuchar, respetar y ayudar, usa “usted”.

Pero, hay que tomar en cuenta que algunas personas consideran el “usted” no como una señal de respeto, sino como una palabra que crea una división entre tú (el abogado educado, con dinero) y él. O sea, uno tiene que estar pendiente de cuál es mejor para la situación y, si tienes dudas, pregúntale su preferencia.

Para los menores de edad o los jóvenes sugiero “tú” porque es más suave y menos autoritario. Se sentirán raros si te refieres a ellos por “usted”.

3. Las decisiones del cliente

Hay una serie de opciones que tendrá el cliente durante el transcurso del proceso criminal, y gran parte del trabajo del defensor es explicarle esas opciones de manera comprensible y ayudarlo a tomar una decisión informada. La siguiente es la lista de algunas decisiones que debe tomar el cliente, en las que la opinión o preferencia del defensor no puede sustituir la de éste. Adicionalmente, son decisiones que un defensor no puede tomar o comprometer al cliente sin su autorización específica:

A. Si declarará en su defensa. El cliente tiene múltiples oportunidades de declarar en su favor, sea durante el control de la detención o durante el juicio oral. También puede decidir cuándo, durante el juicio oral, quiere declarar.

En varios capítulos se discutirá cómo analizar si el cliente debe o no declarar en juicio, y cómo tener una conversación franca con antelación a la audiencia (Ver capítulo X, II parte). Es suficiente decir, en este momento, que aunque opinemos que no debiera declarar, la decisión final es suya.



B. Si objetará el plazo que pide el fiscal para el cierre de la investigación. No siempre es aconsejable objetar el plazo que pide el fiscal, pero ésa es una decisión que debería conversarse con el cliente antes del control de la detención.

C. Aceptará una salida alternativa¹ al caso. La renuncia del derecho a un juicio por un tribunal imparcial conlleva graves consecuencias, y es una decisión que debe tomar el cliente. Hemos dedicado un capítulo completo a las resoluciones alternativas y las consideraciones que, al respecto, se deben tomar en cuenta.

4. Consideraciones en relación a defender diversos tipos de clientes

Obviamente, no todos los clientes son iguales, tienen personalidades diferentes, lo que significa que un defensor tiene que ser flexible en su comportamiento con ellos. Igualmente, existirán situaciones en que se representará a personas con problemas psiquiátricos u otros problemas, más allá de los que un abogado común está capacitado para enfrentar.

1. Para los propósitos de este manual, el término "salida alternativa" será usado de manera más amplia para señalar una resolución del caso que no requiere un juicio. Puede ser un acuerdo reparatorio, una suspensión condicional, convencer al fiscal de no perseverar, el sobreseimiento definitivo o temporal, etcétera. En otras palabras, el término "salida alternativa" se refiere a cualquier resolución del caso que no requiere un debate acerca de los hechos.

Esta sección trata, brevemente, consideraciones generales para grupos específicos. Antes de comenzar, sin embargo, vale la pena subrayar que esta discusión no tiene la intención de profundizar o imponer estereotipos o prejuicios, sino la de asegurar que tengamos en mente una lista de posibles consideraciones para representarlos mejor.

A. La cliente mujer

Aunque durante la carrera de defensor público tendremos menos clientes mujeres, no es poco frecuente representarlas en situaciones en que están acusadas en conjunto con otras personas, particularmente personas cercanas a ellas, o cuando el caso involucre situaciones intrafamiliares.

Aunque es difícil hacer generalizaciones, y quizás no es correcto hacerlo, se puede decir que algunos clientes mujeres no son como los hombres y tu interacción con ellas, necesariamente, será distinta. Las siguientes sugerencias son igualmente importantes para todos los clientes, pero se presentan en el contexto de la relación con el cliente mujer.

Según mi experiencia, la cliente mujer tiende a hacer buenas preguntas y a entender las consecuencias de sus decisiones, no solamente en relación a ellas, sino también respecto de sus familiares. Muchas veces tendrán una alta motivación para evitar los efectos en sus hijos, si los tiene, o en sus familiares.

Es importante tomarse el tiempo de conversar sobre los temas que le preocupan o interesan. Obviamente, uno debería hacerlo con todos los clientes porque es un buen tema para tratar al principio de la relación, ya que ayudará a crear un vínculo o confianza que se mantendrá durante el transcurso de la relación.

Las mujeres tienen la tendencia de tratar de resolver sus casos sin un juicio oral, de llegar a un acuerdo. Si tienen una buena defensa o son inocentes, es importante ayudarlas a prepararse para la idea de un juicio oral y enfatizar por qué debería pelear el caso. Obviamente, se pelea cuando una salida alternativa no es la mejor opción.

Como se verá más adelante en la sección “defensa incompatible”, es importante tomar el tiempo para entender la dinámica que existe entre la cliente y su coimputado, suponiendo un caso donde hay múltiples imputados, para determinar cuáles son sus motivaciones al tomar decisiones. Es importante explorar estos temas al principio del caso porque muchas veces será mejor que la mujer tenga su propio abogado, para que se preocupe de obtener la mejor solución del caso para ella, sin considerar tanto al coimputado.

La última consideración es que las clientes mujeres tienden a tomar muy en cuenta las opiniones de su abogado, y a leer entre líneas para tratar de determinar qué piensa él. Es importante revisar el subtexto de lo que estamos diciendo para no mandar un mensaje que no habíamos concebido intencionalmente. Por ejemplo, en casos donde realmente

no tienes una visión clara de cuál es la mejor opción (ella está decidiendo entre dos opciones que te son indiferentes), es importante enfatizar que no tienes una preferencia. No quieres que ella interprete un subtexto para tomar una decisión, especialmente si no es tu intención.



B. El interviniente niño o adolescente

Muy pocos abogados tienen formación en el área de psicología infantil o de adolescentes, la autora entre ellos. Por eso es tan importante capacitarse en los temas relevantes de la representación juvenil, y trabajar con los trabajadores sociales y peritos para explorar los problemas de fondo que están causando los problemas del adolescente. Con la llegada de la Ley de Responsabilidad Penal Adolescente hay capacitaciones específicamente diseñadas para abogados con clientes menores de edad.

En el aspecto jurídico, es importante destacar que los tratados internacionales aportan varias garantías que los adultos quizás no tengan. Por ejemplo, la Convención sobre los Derechos del Niño establece en su artículo 12 el derecho a expresar su opinión y a que ésta sea tomada en cuenta en todos los asuntos que le afecten. El resguardo de este derecho impone al defensor, en concordancia con el derecho de defensa del adolescente imputado, la obligación de informarle en términos claros y comprensibles, en consideración a su edad y desarrollo, cuál es su situación jurídica, de modo tal que comprende su significado: los hechos que se le imputan, los posibles caminos que tomará su caso en el marco del proceso penal, y las restricciones y consecuencias a las que puede quedar sometido².

2. Gonzalo Berríos Díaz "Los adolescentes y el sistema de justicia penal", clase de febrero de 2005.

Es importante leer los tratados internacionales para incorporarlos en los argumentos ante el tribunal, recordando que es una norma superior al Código. Cítalo y lee porciones del texto para que se entienda el significado de tus argumentos. Si es necesario, trae una copia del texto en el caso que el tribunal no tenga una.

Al relacionarte con el cliente adolescente, tendrás que invertir más tiempo en ir a visitarlo o hablar con él para que sepa quién eres, y por qué debería confiar en ti. Como señala Gonzalo Berríos, usa lenguaje sencillo, sin términos jurídicos, para explicar sus opciones. Adicionalmente, usa lápiz y papel para explicar conceptos difíciles, dibujando las opciones si es necesario.

Como se discutirá más adelante en el Capítulo 4, los familiares del interviniente pueden ser un excelente recurso para el defensor, pero también solicitarán información del abogado. Antes de hablar en profundidad con sus familiares, habla con el cliente para determinar qué tipo de relación tiene con sus familiares, y si está de acuerdo en que hables con ellos. No asumas que el cliente siempre va a querer que discutas el caso en profundidad con sus familiares, porque tienes que respetar sus deseos.

Teniendo en mente la información acerca de la dinámica familiar y los deseos del cliente, entrevista a los familiares para determinar qué información tienen que será de utilidad para la defensa, y el rol que ellos piensan deberán tomar en la futura vida del cliente. En unos casos estarán muy interesados en ayudar, en otros no.

Es fácil pensar en los familiares como una extensión del cliente, pero en realidad la relación entre el abogado y sus familiares es más complicada. De un lado, uno quiere crear una relación de confianza, pero del otro uno tiene que ser cauto en qué información entregar a los familiares, dado que tienes el deber ético de no divulgar los secretos del cliente. En general, uno puede fácilmente balancear todos estos factores, pero a veces, uno tendrá que explicarles a los familiares que no puedes responder a su pregunta. En general, desde el principio de la relación es más fácil controlar la relación con los familiares, poniéndolos en el rol de asistentes, para que te ayuden en recolectar nombres de testigos y documentos que serán útiles para la defensa.

El defensor puede jugar un rol en prevenir la reincidencia, asegurando que el cliente entienda cuáles son las consecuencias de su decisión, no solamente en términos de la pena de este caso, sino en el efecto de una posible condena en su futuro y en un caso siguiente, si lo hay. Tiene que entender que una condena en su caso puede agravar la pena para un segundo caso. Es indispensable dar ejemplos específicos de cuánto tiempo debería cumplir en la cárcel, si repite su comportamiento.

C. El cliente pertenece a pueblos originarios

Uno siempre tiene que estar pendiente del efecto que nuestras palabras, tono de voz o estilo tienen sobre el cliente y, en situaciones donde tu origen o cultura es diferente a la de él, es más importante todavía. Aunque no necesariamente signifique un cambio en el modo de ser con el cliente, sí es importante entender su cultura, historia y contexto social para evitar conflictos, y también poder identificar incomprensiones, producto de la diferencia cultural entre tu cliente y tú.

Por ejemplo, en California, hay un porcentaje de clientes del pueblo maya, provenientes de Guatemala o Méjico. Mucha gente que trabaja en el sistema estadounidense asume que el español es su lengua principal, sin entender que es posible que hablen español como segundo idioma. Si uno asume que el español es su lenguaje y no pregunta si es de su preferencia, es posible que no surja el tema de pedir un intérprete en su lengua, en vez de un intérprete en español. Lo mismo pasa con clientes de ascendencia latinoamericana, si uno asume la preferencia de hablar español, puede insultar al cliente si le habla en un idioma determinado, en vez de preguntar qué idioma prefiere.

Otro ejemplo, los clientes mayas, en general, no hacen muchas preguntas y aceptan las sugerencias del abogado sin cuestionarlo. Dado que uno tiene que asegurarse que el cliente está participando en su defensa y que entiende las consecuencias de su decisión, uno tiene que pensar en las técnicas para incorporarlo en las decisiones, haciendo preguntas como: ¿a usted qué le parece estas opciones, cuál piensa usted es la mejor?

La moraleja es aprender lo máximo posible acerca de la cultura del cliente. Esto ayudará a elegir la mejor manera de comunicarse y, a la larga, crear una relación de confianza. Si el cliente percibe que no te fijas en lo que le importa a él, o que no tomas un interés en entenderlo, pensará que eres parte del sistema judicial y no tendrá confianza en tus consejos profesionales.

D. El cliente con alteraciones o problemas psiquiátricos o psicológicos

Un área extremadamente difícil es la de los clientes con enfermedades psiquiátricas o psicológicas, especialmente porque nuestra capacitación como abogados nunca contempló que tendríamos que relacionarnos con ellos. Es un campo donde uno mejora con la experiencia, pero mientras tanto, hay algunos puntos que deberíamos tomar en cuenta.

Hay varias razones por las cuales el nuevo sistema procesal depende de los defensores para detectar a los clientes con problemas psicológicos. En el antiguo sistema, el juez interactuaba más directamente con el cliente, pero en el nuevo, es posible que el contacto entre el juez y el cliente sea tan limitado, que no se pueda dar cuenta de que existe un problema. En otras palabras, es el trabajo del defensor identificar los problemas y decidir qué hacer.

Es importante detectar a los clientes con problemas psicológicos porque el sistema penal, en general, no está bien equipado para manejar o tratar sus necesidades, y estarían mejor atendidos en otro ámbito. Si no identificamos los problemas, las personas podrían terminar en prisión con otros adultos quienes, según demuestran los estudios, se aprovechan de los detenidos con problemas psicológicos.

Es más, el cliente quizás pueda ser absuelto por razones de su condición, o el fiscal decida no perseverar con el caso si se identifica el problema y una solución.

1 No siempre será evidente que el cliente tiene un problema y hay que estar pendiente a las señales de que algo no está bien. Por ejemplo, si un cliente no está asimilando la información que estás discutiendo con él, no responde de la manera que esperarías, no puede hablar de los hechos de una manera coherente, dice cosas raras o sin sentido, debes comenzar a preguntarte si es posible que tenga un problema psicológico.

2 En algunos casos tendrás poco contacto con un cliente porque el fiscal ofrecerá una solución alternativa y el cliente aparentará aceptarla rápidamente. El problema es que si el cliente tiene problemas psicológicos, comúnmente tendrá problemas en cumplir las condiciones del acuerdo, lo que significa que estará de vuelta en el sistema penal, pero esta vez en una situación peor.

Dada esta realidad, hay que asegurarse que el cliente está entendiendo lo que se le dice. Pídele que repita lo que tendrá que hacer si opta por una salida alternativa, y cuáles son los derechos a los que estaría renunciando. De esta manera puedes chequear su nivel de comprensión.

Haz tu mejor esfuerzo para que el cliente no acepte una solución alternativa si tiene un problema psicológico, que perjudicaría su habilidad de cumplir los requisitos del acuerdo. Involucra al juez para tratar de solucionar el problema.

3 Pide la asistencia de un perito para que evalúe a tu cliente y recomiende un protocolo. Pregúntale cuáles son las mejores técnicas para hablar y manejar al cliente.

4 En un escenario ideal, podrás presentar las opiniones del perito al fiscal con el fin de que él se desista de continuar la persecución penal a su respecto, a cambio que el cliente haga lo necesario para no reincidir. Sin embargo, los fiscales no siempre ven el caso del mismo modo y, si es un caso serio, por razones institucionales, quizás no podrá desistir en su intención.

5 Como el fiscal no tiene contacto directo con el cliente, es importante demostrarle por qué sería malo para el sistema que, este cliente en particular, esté encerrado con personas sin los mismos problemas, con argumentos humanos como que no deberíamos tener a personas con problemas mentales en la cárcel.

E. El cliente con disminución cognitiva

Muchos de los temas relativos a clientes con problemas psicológicos, son aplicables a quienes sufren de alguna disminución cognitiva. Es igualmente recomendable pedir una evaluación para poder argumentar en pro de una solución idónea para él en particular.

Es importante recordar que la persona necesitará más tiempo para absorber lo que estás tratando de comunicarle y que, quizás, tendrás que explicarle lo que está pasando de distintas maneras y múltiples veces.

En estos casos dependerás mucho de los familiares, quienes ojalá estén involucrados y preocupados. Habla con tu perito de manera que pueda incorporar a los familiares en posibles tratamientos o alternativas, que luego podrás presentar al fiscal como una manera de solucionar el caso.



5. La confianza es la base de una buena relación con el cliente

La confianza mutua es sumamente importante para una relación efectiva con el cliente. Esto significa que el cliente podrá decir cosas con la esperanza de que le serás leal en tratar de solucionar su problema. No significa que lo trates como amigo, porque es importante mantener la objetividad.

Aunque nuestra meta es que los clientes confíen en nosotros, es importante no relacionarnos con ellos de tal manera que pierdan de vista que tenemos otros deberes éticos, que limitan lo que podemos hacer. Es importante que los clientes sepan que tienes varios deberes éticos y que representarlos no incluye inventar cosas, mentir, u obstruir a la justicia. Cuando aparentamos tener demasiada confianza en el cliente, o de tener una relación de par, o de amistad, el cliente puede confundir dónde está la línea entre una relación apropiada y una problemática.

La confianza se gana lentamente y, como se discutirá más adelante, la primera entrevista es sumamente importante para crear una buena impresión. Si el cliente percibe, aun incorrectamente, que no lo estás escuchando, o que no explicas las cosas claramente, a la larga tendrás que invertir mucho más tiempo en rehabilitarte ante sus ojos.

Desafortunadamente, uno de los peligros del trabajo es el insensibilizarnos al hecho que nuestros clientes están en la cárcel o en una situación difícil, porque vemos a tantos de ellos en la misma situación. Es importante no olvidarse de ello y demostrar empatía y preocupación por su situación.

Es muy fácil decir “crea confianza en tu cliente”; otra cosa es hablar sobre cómo hacerlo. De una manera muy básica, ganarás la confianza del mismo modo que lo haces en la vida cotidiana, hablando, escuchando, cumpliendo compromisos y siendo natural. Las que siguen son algunas reglas básicas para ayudar a relacionarse con los clientes:

1. Tomar el tiempo necesario de escuchar al cliente y responder a sus preguntas.
2. No dar expectativas falsas y ser cauto en tus proyecciones de posibles resoluciones.
3. No prometer algo que no vas, o no puedes cumplir. Si te comprometes, cumple.
4. Siempre estar preparado y organizado, especialmente durante las presentaciones ante el tribunal.
5. No juzgar al cliente o sus acciones.
6. No hablar mal de otros (el fiscal, el juez u otros defensores).



Capítulo III

La representación
de múltiples clientes

Capítulo III

La representación de múltiples clientes



1. Introducción

Como todas las relaciones pluripersonales, la representación de múltiples clientes es extremadamente complicada y problemática. Actualmente, el estándar para evaluar la existencia de un conflicto es la “defensa incompatible”, que ocurre cuando los clientes tienen versiones contradictorias de los hechos. Pero, el concepto de defensa incompatible debiese ser mucho más amplio que eso.

El propósito de este capítulo es proponer otra definición para evaluar una defensa incompatible, y explicar por qué el concepto debe ser analizado no solamente desde el punto de vista de los clientes, sino también desde el del defensor.

2. Incompatibilidad evaluada desde el punto de vista del cliente

Raro es el caso donde no hay una defensa incompatible, y el trabajo del defensor consiste en detectarla lo antes posible. El cliente tiene el derecho a una defensa adecuada y a un defensor que le sea leal. Además, los defensores tienen la obligación de no divulgar la información confidencial proporcionada por el cliente sin su expresa autorización. En situaciones donde el defensor no pueda satisfacer los intereses de cada uno de sus clientes sin perjudicar a otro, aún levemente, el derecho a la defensa se verá mermado.

UNA GUÍA PRÁCTICA PARA DEFENSORES PENALES

Es importante que los casos sean evaluados objetivamente, y que los conflictos de interés sean declarados lo antes posible y, en todo caso, antes del cierre de la investigación. Es mejor declarar un conflicto subyacente antes de que surja, y hacerlo lo más pronto posible porque la demora perjudica la defensa, simplemente porque uno de los dos clientes no tendrá la misma oportunidad de investigar los hechos desde su punto de vista y de prepararse con el tiempo suficiente para la audiencia de preparación del juicio oral. Declarar un conflicto durante la audiencia de preparación del juicio oral es demasiado tarde, y alguno de los clientes pagará las consecuencias por no tener su propio abogado.

Los incentivos y estrategias de defensa de cada cliente rara vez son exactamente iguales a otros, porque no siempre van a tener el mismo nivel de participación³ en el caso, los mismos antecedentes criminales, el mismo poder de negociar una salida sin juicio oral, y el mismo incentivo de delatar al coimputado. Además, los coimputados muchas veces se conocen bien o tienen una relación establecida y, si es una relación con un desequilibrio de poder, esto también afectará la defensa. Entonces, lo que al principio aparece como un caso con defensas compatibles, rápidamente puede convertirse en un problema.

El Código contempla un proceso donde un defensor puede pedir la separación de las acusaciones de los coimputados y también las acusaciones contra un imputado particular (Ver Art. 274). En otras palabras, los casos donde hay cargos a clientes múltiples requieren que el defensor considere si una separación de la causa le conviene a cada cliente. Si les conviene a unos pero no a otros, simplemente hay una defensa incompatible y otro abogado necesita ser nombrado para proceder con la petición de dividir la causa.

3. Incompatibilidad evaluada desde el punto de vista del defensor

La defensa incompatible también debe ser evaluada desde el punto de vista de los deberes éticos del defensor. Si el defensor no podrá cumplir todos sus deberes con todos sus clientes, tiene que declarar la incompatibilidad y mantener sólo al cliente o los clientes a los cuales puede defender sin comprometer el nivel de defensa requerida.

Concretamente, cada defensor tiene el deber ético de ser leal a sus clientes y de guardar sus confidencias, las cuales pueden estar en conflicto. Supongamos que un cliente confidencialmente te da información relevante en relación con tu segundo cliente y no quiere que se lo digas, lo que significa que no puedes compartirla. Pero al no compartir la información con tu segundo cliente, no le estás siendo leal al segundo. También intervendrás entre dos personas que ya tienen una relación establecida con una dinámica de poder que, quizás, no entiendas inmediatamente y surgirá el deseo de proteger a uno del otro, lo que automáticamente significa ser menos leal a uno que al otro. Es difícil servir a dos patrones.

3. El uso de la palabra "participación" aquí es más amplio que el relativo a la calidad de autor, cómplice o encubridor. Por ejemplo, los dos pueden ser acusados como autores, pero sólo uno es acusado de apuñalar a la víctima, lo cual dará al segundo el incentivo de negociar una acusación como cómplice si declara a favor del fiscal. Automáticamente tienes un conflicto de interés, porque lo que es mejor para un cliente, no lo es para el otro y no les puedes ser leal a los dos.

Es importante informar a los jueces y fiscales sobre los deberes éticos de los defensores para que entiendan que la defensa incompatible es más amplia de lo que piensan. Obviamente, al anunciar la incompatibilidad, no podrás comunicarle al juez por qué la hay –eso sería una violación de tu deber de guardar las confidencias del cliente– pero si uno es firme en su declaración, un juez razonable entenderá el problema. Pero es importante comenzar a declarar los conflictos en la primera audiencia, para que los jueces se acostumbren a pensar en la incompatibilidad no sólo desde el punto de vista de los clientes, sino también debido a deberes éticos de la defensa.

Es esencial estar preparado para un conflicto. Antes de comenzar a trabajar en un caso, piensa en los posibles conflictos y cómo podrán manifestarse. A la primera señal de que un conflicto está surgiendo, declara la incompatibilidad. No esperes hasta que la situación empeore o que uno de tus clientes esté en peligro. Las próximas secciones darán ejemplos.

4. Múltiples clientes en el control de detención

A. Siempre entérvitalos separadamente. Es tu primera reunión con los clientes y no los conoces, no sabes si uno tiene poder para coaccionar al otro y no deseas convertirte, sin querer, en un participante en ese proceso. El más débil de la relación no te va a poder dar su versión si está el otro presente.

B. Pregúntales expresamente si les molesta que representes a ambos, enfatizando que no es problema tener su propio abogado. Este paso es sumamente importante, porque a veces las personas no quieren anunciar un problema por temor a las repercusiones que puede tener con su coimputado. Tomar la opción presentada de tener su propio abogado es una manera diplomática y neutral de pedir ayuda, sin tener que explicar sus circunstancias. En general, no pidas la razón por la cual solicita su propio abogado hasta que establezcas a quién de los dos representarás.

C. Si dice que quiere su propio abogado y has entrevistado al coimputado, cesa la entrevista. En el momento que el cliente señala que desea su propio abogado, sabes que no será tu cliente porque te quedarás con el cliente que ya entrevistaste, ya que la primera persona te dio información confidencial.

Si sigues con la entrevista de una persona que no será tu cliente, estás obteniendo información, quizás confidencial, inapropiadamente. Es imposible olvidar información que ya tienes y eso, posiblemente, le dará una ventaja a tu cliente a costa del otro.

D. Si dice un cliente que quiere su propio abogado y no has discutido los hechos con ninguno de los otros –no has entrevistado a ninguno de los coimputados– puedes elegir cuál será tu cliente. Usa un criterio objetivo para elegir, por ejemplo, el cliente con más antecedentes criminales, o el cliente que está acusado de tener una mayor participación en el delito.

Tienes que llamar a un colega que haga el control de detención del otro cliente. Si logísticamente es imposible, infórmale al tribunal tu problema. Es importante que el juez

entienda que, para una buena preparación para la audiencia del control de la detención, necesariamente tendrás que obtener información confidencial de las dos personas lo que es, automáticamente, un problema en una citación de una defensa incompatible.

En la situación donde el juez por problemas logísticos requieren que representes a los dos en la audiencia, es importante dejar un registro del problema. Pide que los clientes consientan en la representación doble para esa audiencia, con la expectativa de que tendrán sus propios abogados para la próxima audiencia.



5. Múltiples clientes después del control de detención

A. Si consienten en que representes a ambos durante el caso, infórmalos que siempre pueden cambiar de parecer y no les preguntarás por qué. En general, los clientes saben cuándo les conviene no tener el mismo abogado, pero están en una situación delicada donde no quieren perturbar el equilibrio de la relación con su coimputado. Es importante que sepa que no preguntarás por qué quiere tener su propio abogado, ya que el cliente tendrá miedo o vergüenza de decirte y esperará hasta que la situación se deteriore tanto que tendrá que tomar la decisión. Si sabe que no lo cuestionarás, tendrá más confianza en decirte que no quiere compartir abogado.

B. Si todos consienten, pero durante una entrevista posterior comienzas a darte cuenta que las versiones son diferentes: **DETÉN LA ENTREVISTA INMEDIATAMENTE**. Ya sabes que tienes un conflicto y no podrás representar a la persona con quien estás hablando. No tomes ventaja y pregunte más sobre lo que pasó. Sutil y diplomáticamente, interrúmpelo para que no te dé más información y termina la entrevista.

C. Especialmente para los clientes sujetos a prisión preventiva, periódicamente pregunta si quieren su propio abogado. Estar privado de libertad puede afectar la dinámica entre los clientes y el compartir abogado puede causar un conflicto entre ellos. Recuérdales que tienen la opción de tener su propio abogado.

6. La evaluación de conflictos de interés y defensas incompatibles

Recuerda que tendrás la tentación de tratar de solucionar los problemas de tus múltiples clientes, pero ello no puede ser motivado por razones personales como carga de trabajo, logística, o de eficiencia, por sobre los intereses de tu cliente. Si le conviene más tener su propio defensor o si no podrás ser igualmente leal a todos, tienes que declarar el conflicto.

Inmediatamente después de la audiencia de control de detención es importante hacer un catálogo mental de todos los posibles conflictos de intereses, para estar preparado. Crea una lista de factores que evaluarás para cada caso. Examina cada factor para tomar la decisión con la mayor cantidad de información disponible.

Por ejemplo, los factores que debes analizar son:

Evaluación de posibles conflictos de intereses o defensas incompatibles

1. La separación de las causas (Art. 274) y si es conveniente para alguno de los clientes.
2. Examina los hechos, las versiones de los hechos y ve si hay versiones que le convienen a uno, pero no a los otros.
3. ¿Tienen todos el mismo grado de participación en los hechos? Si uno puede argumentar una participación menor, necesita su propio abogado.
4. Si alguno o algunos tienen antecedentes criminales, ¿cómo los afectará en su habilidad para negociar con el fiscal?
5. Un cliente domina al otro.

1. La separación de los casos: ¿les conviene estar juntos en una causa? A veces sí, a veces no. Si no les conviene, declara un conflicto inmediatamente, anticipando que uno o los dos abogados pedirá la división de los casos.

2. Las versiones de los hechos⁴:

A. Si hay inconsistencias, ya habrás declarado una incompatibilidad en la audiencia de control de detención.

B. ¿Son completamente consistentes? ¿Es posible que hayan coordinado sus historias? Preocúpate, porque si se pusieron de acuerdo, es posible que uno de los dos cambie de parecer y tengas que estar preparado para declarar un conflicto. A la primera señal de que hay dos versiones o crees que hay dos versiones, declara el conflicto.

C. ¿Quién gana con la versión que están contando?

Si la “realidad” –no la versión que te están diciendo– le conviene a uno pero no al otro, o a uno más que al otro, tienes un conflicto, porque tienen incentivos diversos en relación con los hechos.

Por ejemplo, supongamos que el más implicado cuenta una versión de los hechos que le conviene a él y ha convencido al otro de seguirlo. Pero esa versión no es la mejor para el menos responsable, quién si es condenado, recibirá una mayor pena que si tiene la oportunidad de presentar su versión de los hechos. En esta situación no puedes ser igualmente leal a los dos. No puedes consentir tácitamente en que uno asuma más responsabilidad de la que le corresponde por ayudar al otro.

3. Grado de participación en los hechos. Aunque ambos estén imputados con el mismo grado, sea como autores, cómplices o encubridores, tienes que pensar si, basándose en los hechos, se puede argumentar que uno es menos responsable que el otro. Si puedes argumentar que uno es más joven e impresionable, que estuvo más ebrio, más vulnerable, es menos inteligente, etcétera, ese imputado tiene el derecho a presentar esa teoría y evidencia, lo cual no ayudará al más responsable.

Aquí también hay un conflicto: no puedes ayudar a uno a argumentar lo que perjudicará al otro, y no puedes dejar de presentar los argumentos que estratégicamente ayudan al primero.

4. Los antecedentes criminales y las resoluciones alternativas. Es un hecho que los antecedentes criminales afectarán la evaluación del fiscal al momento de determinar si ofrecer una salida alternativa, o considera la que propones. Evalúa si las diferencias en sus antecedentes criminales afectará sus incentivos o poder para negociar una salida alternativa y evita las siguientes situaciones:

4. Aunque quizás es chocante para alguien oír que hay múltiples versiones de los hechos, existe la “verdad” objetiva y la “verdad” como es rendida por nuestros clientes, ello no significa que un defensor puede participar en la “creación” de hechos, testigos o defensa. Esto está prohibido y un defensor debe mantener un estándar riguroso de no mentirle al tribunal y no dejar que el cliente mienta.

A. ¿Qué hacer cuando el fiscal ofrece una salida a uno y no al otro, o no les ofrece la misma salida alternativa debiendo ser la misma, o les ofrece la misma cuando uno debería tener una mejor oferta que el otro?

Dos personas negociando con el fiscal en general serán más efectivas que una. Declara un conflicto para que todos los clientes tengan una mejor posibilidad de obtener la oferta que les corresponde.

B. ¿Qué hacer cuando el fiscal le ofrece a uno una salida alternativa, pero exige que testifique contra el otro?

Éste es un escenario simple. Tienes que declarar un conflicto para que el cliente pueda considerar, con un abogado objetivo, si debería tomar esa salida. Por definición tú no puedes ser objetivo en este caso, ya que no podrás dejar de pensar en cómo esta salida afectará al otro.

5. Un cliente domina al otro. Como ignoras su relación previa a tus entrevistas, no sabes cuál es la dinámica entre ellos. Si tienes la sensación de que uno estaría en una mejor situación con su propio abogado, eso significa que debería tenerlo.

7. Monitorea el caso para prevenir posibles conflictos

A. Para los conflictos que estás seguro se materializarán, y solamente es una cuestión de tiempo, conviene declarar el conflicto inmediatamente para que otro defensor tenga tiempo de prepararse.

B. ¿Entrevistas separadas? Uno de los problemas de representar a múltiples clientes es que tienes el dilema de entrevistarlos en forma conjunta o separada. El beneficio de entrevistarlos separadamente es que tendrán la oportunidad de ser más abiertos sobre lo que está pasando, y podrás preguntarle si hay algún conflicto. Una entrevista separada también evita el típico problema de dominación de uno sobre otro, y no habrá oportunidad de que el otro te cuente si hay un problema entre ellos. Finalmente, cuando uno necesita asegurarse de que los clientes están entendiendo el proceso, es mucho más fácil comunicarse cuando solo hay un cliente, que cuando hay dos o más. Dicho de otra manera, hay muchas razones importantes para entrevistarlos separadamente.

Por otro lado, habrá la tentación de entrevistarlos juntos, especialmente si no hay novedades que comunicar y no hay conflictos entre tus clientes, para ahorrar tiempo. Igualmente, una entrevista conjunta puede evitar malos entendidos. Por ejemplo, podemos asumir con certeza que los clientes hablarán entre sí después de las entrevistas y compararán sus entrevistas contigo. Otro ejemplo, si hablas con uno sobre la opción de una salida alternativa al fiscal y piensas que le conviene, y con el otro no hablas sobre una salida alternativa, el segundo no estará contento cuando se dé cuenta.

En definitiva, es mucho mejor entrevistarlos separadamente dados los problemas asociados con entrevistas conjuntas. Si uno los entrevista separadamente desde el principio, ellos sabrán que ese es el proceso y se acostumbrarán a él.

C. No compartas las confidencias de uno con el otro sin su autorización. ¿Qué manera más fácil de saber que no guardas las confidencias que oír del coimputado lo que el otro te dijo privadamente? El cliente no confiará más en ti.

D. Mantén la objetividad. Mientras más tiempo inviertas en el caso, más querrás mantener a los dos como clientes. La declaración tardía de una defensa incompatible es perjudicial para el cliente, porque demora la llegada del otro abogado, quien necesitará tiempo para prepararse.

E. Prepara tu caso con anticipación. La mayoría de las incompatibilidades serán identificadas durante la preparación del caso (la investigación y desarrollo de la teoría del caso) y la etapa para negociar salidas alternativas. Intenta preparar el caso lo antes posible para que estos conflictos surjan tempranamente. Tu meta es haber declarado las incompatibilidades mucho antes de la audiencia de preparación del juicio oral, para que el colega que represente al otro cliente tenga suficiente tiempo para investigar el caso, prepararse y que todos los clientes tengan la oportunidad de negociar una salida alternativa, si es aconsejable.

8. Tus obligaciones hacia tu ex cliente, que será representado por otro abogado

En algunas situaciones tendrás información confidencial que te dio el cliente que has dejado de representar y que quieres usar para defender al que sigues representando. En Chile no hay normas que regulen esta situación y tendrás que decidir qué hacer. Lo importante es no divulgar la información que te dio el cliente durante el tiempo que fuiste su abogado. Si la situación es grave, deberías recusarte y pedir que otro defensor te reemplace.

9. La relación con el abogado del coimputado

En general, conocerás al otro defensor, por lo que dará la impresión de que están trabajando en el caso juntos, como equipo. Aunque pueden hacer muchas diligencias juntos, es importante recordar que tu rol es defender a tu cliente y, si eso significa que es mejor no dar mucha información a tu colega, así debe ser. Es una buena práctica pensar estratégicamente sobre dónde está la línea o líneas que no puedes cruzar en tu trabajo con tu colega, y cómo balancear tu relación con tu cliente y tu relación profesional (y de amistad) con tu colega.

Por ejemplo, si encontraste un testigo que perjudica el caso de tu cliente, pero ayuda al caso de tu colega, no usarás al testigo en tu caso y tampoco le dirás algo al otro abogado acerca del testigo, porque eso no le conviene a tu cliente. Pero eso no significa que no puedan hablar de cómo enfrentar la evidencia del fiscal u otras áreas donde tienen interés mutuo.

Si le conviene a tu cliente que trabajes con el abogado del coimputado, habla con tu cliente y luego con el otro abogado para crear una relación donde puedan intercambiar información a su mutua conveniencia, asegurándose que la información se mantendrá confidencial. Obviamente no divulgarás la información que no le conviene a tu cliente que el otro equipo sepa. Pero, para asegurar una buena relación con tu colega, sé lo más transparente posible, indicando abiertamente dónde está la línea que no puedes cruzar.

- 1.** Decide si estratégicamente es mejor para tu cliente trabajar en conjunto con el abogado del coimputado, y los límites de esa cooperación.
- 2.** Habla con tu cliente. Asegúrate que no tiene problemas de que hables con el otro abogado y que trabajen en conjunto, si conviene. Dile que no compartirás información confidencial, o que no conviene ser compartida. Recomiéndale que no converse sobre su caso con los coimputados de la causa, especialmente que no hable sobre su defensa, si va tomar una salida alternativa o no, etcétera.
- 3.** Habla con el otro abogado. Pregunta si pueden cooperar en las áreas donde no hay conflictos.
- 4.** No pierdas de vista que tu deber es siempre hacia tu cliente, no al equipo compuesto por ti y el otro abogado.
- 5.** Si la táctica del otro abogado es echar la culpa a tu cliente y destruir tu caso o viceversa, obviamente no trabajarán juntos. Recuerda que no es personal y sólo está haciendo su trabajo. La sensación de ver al abogado del coimputado destruir a uno de tus testigos es un poco desesperante, pero es un buen signo de que, aunque puedan trabajar juntos, el deber es hacia los clientes y no hacia los otros abogados.



Capítulo IV

Cómo persuadir al tribunal
y la construcción
de argumentos

Capítulo IV

Cómo persuadir al tribunal y la construcción de argumentos



Cuando uno piensa en cómo persuadir de manera más sistemática al tribunal de que tu interpretación de la ley es la correcta, hay por lo menos dos grandes preguntas en juego: ¿cuáles son los argumentos que tendrán eco en los jueces?, y ¿cuál es la mejor manera de construir u organizar ese argumento? Este capítulo tratará sobre esas dos preguntas en ese orden, seguido de un ejemplo concreto.

Anticipando que este capítulo quizás causará un poco de debate, porque propone ideas que no se usan actualmente, les cuento que durante mis entrevistas con jueces y académicos, el tema de la construcción de un argumento surgió varias veces. Lo destacado durante esas conversaciones es que los jueces necesitan saber directamente qué es lo que piden las partes, y por qué sus posiciones son justificables. Argumentos concluyentes o sin vinculación con los hechos, no les ayudan al momento de fallar.

Aunque hay diferencias de país en país, los jueces de todo el mundo examinan un caso desde el punto de vista jurídico y, asimismo, del lado humano. Sería imposible que un juez no fuese afectado por sus experiencias, ideologías, formación como abogado, predisposiciones, etcétera. Esto presenta ventajas y desafíos para los defensores. De un lado, a veces podrás apelar al lado humano del juez, y otras veces los argumentos jurídicos serán más persuasivos.

UNA GUÍA PRÁCTICA PARA DEFENSORES PENALES

Uno de los principios básicos de cómo persuadir a un juez, es saber quién es y cuál es su realidad. Aunque sea obvio, pensemos un poco en los jueces en el nuevo sistema. Por primera vez tienen dos abogados competentes presentando argumentos oralmente en una situación donde existe la expectativa de que podrán escuchar los dos argumentos, evaluarlos, complementarlos si tienen deficiencias, y tomar una decisión inmediata, en presencia de las partes, sin la oportunidad de redactar sus respuestas de antemano. ¡Es un gran cambio y un trabajo difícil! Son humanos y no quieren aparecer mal en los registros de las audiencias, que posiblemente serán evaluados por otros jueces si la decisión es recurrida.

Dada esta realidad, uno tiene que organizar sus alegatos en el mismo formato lógico que usará el juez al dictar su resolución. Tienes que responder directamente a sus preocupaciones –él tendrá que fundamentar su decisión– y el papel del defensor es aportar el mapa lógico de cómo llegar al punto que estás defendiendo.

1. El argumento

Los argumentos que funcionan y persuaden varían de caso a caso, de defensor a defensor, y de juez a juez. El propósito de esta sección no es discutir los argumentos mismos, sino dar una lista de factores que se pueden evaluar al decidir cuál argumento presentar.

1. Conoce a tu audiencia. Como no todos absorben los argumentos del mismo modo, no todos los argumentos persuadirán a un juez. ¿Hay unos argumentos que tengan mejor acogida que otros por el juez?
2. Usa la técnica de lluvia de ideas para pensar en posibles argumentos. Anota todos tus argumentos, y después decide cuáles usar.
3. Evita argumentos “concluyentes”. Yo gano porque debería ganar, no es un argumento. “Debería absolver a mi cliente porque hay una duda razonable” tampoco es muy útil si no sigues con una explicación sobre qué es una duda razonable, y por qué existe concretamente en esta causa. Siempre expresa el por qué detrás de tu posición.
4. Usa analogías. Es una manera fácil de ilustrar y hacer entender un argumento. También es interesante y recordable al momento en que el juez tenga que fallar. Sé cauto, algunas analogías no funcionan y es mejor consultar con tus compañeros antes de usar una para asegurarte que fortalece tu argumento.
5. Evita la hipérbole. Algunos abogados piensan que si usan palabras más cargadas, o más volumen son más efectivos. En realidad disminuyen tu eficacia.
6. Crea un contraste entre el viejo sistema y el nuevo. Por ejemplo, actualmente existe el hábito de que los fiscales presenten las declaraciones previas de los testigos, usando a los policías para introducir esa información. Si el testigo no llegara a testificar, el policía tomaría el mismo rol que tenía el actuario en el viejo sistema.

7. Antes de presentar un argumento, llévalo a su fin lógico para asegurarte de que es lo que quieres presentar.

8. Si es un buen argumento, no dejes de usarlo sólo porque piensas que el tribunal no lo acogerá. Roma no fue construida en un día. Sólo porque el juez no esté de acuerdo hoy, no significa que después de ver la misma situación más frecuentemente, lo esté. Sigue pidiendo lo que corresponde.

Por ejemplo: Algunos defensores tuvieron el problema de que los fiscales pedían un plazo de investigación mucho más largo de lo que los defensores pensaban que era razonable y alegaron. Inicialmente, los jueces otorgaron el tiempo que pedían los fiscales. Pero, con el tiempo, los jueces se dieron cuenta que los fiscales rutinariamente pedían más de lo que era razonable. Ahora los jueces usan su discreción para evaluar cuánto tiempo es razonable, y no siempre dan el plazo pedido por el fiscal.

9. Dale definiciones a términos que no están definidos en el Código. ¿De qué sirve argumentar “Su señoría, aquí hay una duda razonable” si no está claro qué significa la duda razonable? Tienes que dar contenido a esos términos usando ejemplos de lo que significa y no significa.

¿Definiciones?

- Duda razonable
- La objetividad del fiscal
- El derecho a la defensa
- Plazo razonable
- El derecho a confrontar a testigos
- Pertinencia

2. La organización de un argumento

Al decidir cómo organizar tus alegatos, sea sobre puntos menores durante un juicio oral como las objeciones, o puntos importantes como la legalidad de una detención, se deben tomar en cuenta los siguientes puntos básicos:

1. Comenzando con lo obvio, un argumento bien organizado persuadirá mejor que uno peor organizado.

2. No todas las personas absorben información de la misma manera, ni tienen la misma capacidad de concentrarse. Piensa en la última vez que asististe un taller o curso. ¿Cuánto tiempo pudiste concentrarte antes de comenzar a pensar en otro tema, a aburrirte, etcétera?

UNA GUÍA PRÁCTICA PARA DEFENSORES PENALES

3. Estudios muestran que las personas pueden concentrarse por un máximo de 15 a 20 minutos, lo cual debería ser el tope de tiempo para un alegato⁵. Es importante destacar los puntos fundamentales que planeas hacer *al principio y al fin del alegato*, ya que coinciden con la atención máxima del oyente. El mismo concepto se usa durante la preparación de los interrogatorios y conainterrogatorios.



4. Los abogados, por formación, acostumbran evaluar argumentos escritos y tenemos menos práctica en evaluar argumentos orales.

5. Un lector puede asimilar más información que una persona que está escuchando la misma información. Un lector puede releer un párrafo si pierde un paso lógico del argumento.

6. Esto significa que no puedes argumentar oralmente de la misma manera que lo haces por escrito. Necesitarás destacar cierta información con *una repetición* o expresando el mismo punto de otra manera.

7. Los jueces tienen interés de llegar al meollo del problema jurídico y tomar la "decisión" correcta. El juez necesita saber cuál es tu posición o petición rápidamente, porque la usará como el esqueleto de su argumento. Sin ello, los argumentos no tendrán contexto.

5. Referencia de tiempo para concentrarse.

8. Para determinar la mejor técnica o las mejores técnicas para persuadir a un tribunal, se requiere evaluar cuáles son los pasos lógicos que tomarán los jueces para llegar a una decisión. Entendido eso, se presentan los argumentos en el orden lógico que seguirá un juez.

9. Si ves tu rol como un asesor del juez, la persona que le presentará la decisión correcta en el formato que lo tendrá que fallar, ayudarás a organizar tus propios argumentos.

Resumiendo estos puntos, tienes que crear una fórmula o técnica para presentar tus argumentos.

Primero elaboras el esqueleto de tu argumento –tu conclusión sobre el punto jurídico o los hechos que serán debatidos– luego introduces la regla o norma aplicable, analizando o interpretándola para darle contexto y contenido. Presenta los argumentos en el orden que más le parecerán al juez, no en el que te persuaden a ti. Después aterriza la norma legal en los hechos del caso, aplicando la norma y usando los hechos. Finalmente, resume por qué tu posición es la correcta, dada la ley y los hechos. Central a todo argumento es el “por qué,” por qué la regla, por qué ganas.

El siguiente es un esquema de la organización ideal de un argumento:

El argumento

- Introducción al tema y tu conclusión.
- Regla o norma que gobierna la decisión.
- Análisis de la regla.
- Aplicación de la regla a los hechos.
- Conclusión.

1. Introducción a tu conclusión y tu petición

- ¿Qué es lo que pides?
- ¿Cuál es la pregunta legal que tiene que resolver el juez y cuál es tu respuesta a esa pregunta?

2. Exposición de la regla o norma

- ¿Cuál es la norma o normas, sean constitucionales o legales (en el código), que gobiernan tu petición o la pregunta legal?
- Si hay un debate jurídico, ¿qué norma controla la pregunta? Analiza las opciones y por qué la que propones es correcta.

3a. El análisis de la norma

- ¿Cuál es la interpretación de la norma que justifica tu posición o petición?
- Si es necesario, refiérete a las otras interpretaciones, señalando por qué no son correctas.

3b. El “por qué” detrás de la regla

- ¿Cuáles son los argumentos globales o sistémicos de por qué la regla fue adoptada, escrita, diseñada, etcétera, o por qué debería ser interpretada como propones?
- Explica por qué tu interpretación de la norma promueve los intereses subyacentes en ella.
- Explica los efectos negativos en los intereses subyacentes si el juez no adopta tu interpretación.
- Si no sabes por qué la regla existe, tienes que investigarlo. Es difícil argumentar sobre una regla si no conoces su propósito.

4. Aplicación de la regla a los hechos

- Aterrizas la discusión dogmática a los hechos del caso.
- Explica por qué la aplicación de la regla es la solución correcta, usando los hechos de tu caso.

5. Conclusión

- Resume brevemente tus argumentos, reiterando tu petición.

Obviamente, no todos los argumentos usarán todos estos elementos. Por ejemplo, en situaciones donde no hay un debate sobre qué norma rige, omitirás una discusión larga sobre este punto e irás al grano, aplicando la norma a los hechos. Si los hechos no están en disputa, pero la pregunta central es qué norma los regula, tu aplicación de la norma a los hechos será corta. Lo importante de este sistema de organización es señalar claramente lo que quieres y por qué.



Capítulo V

La audiencia de control
de detención

Capítulo V

La audiencia de control de detención



En un gran porcentaje de casos, conocerás por primera vez a tu cliente dentro de las 24 horas siguientes a su detención y minutos antes de la audiencia de control de detención. Estas circunstancias –las condiciones estresantes bajo las cuales se encuentra tu cliente, y el poco tiempo que tendrás para entrevistarlo y prepararte para la audiencia– presentan un desafío profesional hasta para el defensor más experimentado.

Con el propósito de establecer los temas que tendrás que cubrir con tu cliente durante la entrevista inmediatamente antes de la audiencia, es importante situar la audiencia en su contexto. Este capítulo describirá brevemente las normas que regulan la audiencia de control de detención, las decisiones estratégicas que deberán ser consideradas, las herramientas para prepararse para la audiencia, problemas típicos que surgen con las soluciones y los deberes posteriores a la audiencia.

1. El propósito de la audiencia de control de la detención

Las normas internacionales y chilenas prohíben que los ciudadanos arrestados o encarcelados sean maltratados o coaccionados por la policía. Más allá de que ser torturado o maltratado es una violación de los derechos humanos, la sociedad debe asegurarse de que una persona, aunque detenida, no asuma responsabilidad por hechos o delitos que no cometió, sea porque las circunstancias de la detención son en sí mismas coactivas, o en una versión más problemática, que la policía cree o imponga circunstancias que causen que una persona inocente declare autoincriminándose. Aceptando la realidad de que los

UNA GUÍA PRÁCTICA PARA DEFENSORES PENALES

interrogatorios pueden resultar en confesiones falsas, y para prevenir éstas y otros males sociales, la sociedad definió una serie de derechos básicos y organizó un proceso para asegurar que éstos sean respetados.

Es de poca utilidad tener un derecho si uno no sabe que lo tiene o no lo puede ejercer. La idea detrás de la audiencia de control de detención es asegurarse que un ciudadano fue o está informado de sus derechos.

Esta audiencia se lleva a cabo lo más pronto posible y, aquí en Chile, dentro de las 24 horas siguientes a la detención, porque se estima que las horas después de una detención son las más vulnerables para un detenido y la policía podría coaccionarlo. De hecho, los policías tienen que informar a la fiscalía que alguien ha sido detenido por flagrancia dentro de las 12 horas siguientes.

El juez juega un rol de protector de derechos, incluyendo el derecho a guardar silencio, rompiendo el monopolio del tiempo y el control que tiene la policía sobre el detenido.

Durante el control de detención se determinará si la detención fue legal, si el detenido fue informado de sus derechos, y si sabe los hechos o delitos que se le imputan. También durante esa audiencia, el fiscal tendrá que decidir si iniciará una investigación contra el detenido y, luego, el juez de garantía determinará si el detenido estará privado de libertad durante esa investigación, o se impondrán otras restricciones a su libertad y se fijará un plazo para la investigación, el cual puede ser hasta de dos años. Dependiendo de los cargos, también habrá una discusión sobre posibles resoluciones del caso mediante una salida alternativa.

Como se verá más adelante, el defensor tendrá que tomar varias decisiones estratégicas durante el transcurso de la audiencia, todo en poco tiempo y con escasa información. Dado que estas decisiones tendrán consecuencias en el resto del caso, es importante discutir las detalladamente.

2. Las etapas de la audiencia

Como se destacó al principio de este manual, no se pretende discutir en detalle las normas que regulan la audiencia de control de la detención, dado que se podría escribir un texto completo acerca del derecho en este ámbito, más aún, ya hay varios libros que discuten este tema. Los siguientes puntos pretenden otorgar una visión más práctica. Pero para poner estas sugerencias en su contexto, se necesita una discusión breve acerca de las normas que rigen durante la audiencia.

En la mayoría de los casos, la audiencia constará de las siguientes etapas:

La audiencia de control de detención

1. Evaluación de la legalidad de la detención.
2. La formalización de los cargos o la eventual solicitud de ampliación de la detención a petición del fiscal.
3. La prisión preventiva o medidas cautelares.
4. El plazo del cierre de la investigación.
5. Posible resolución del caso en la misma audiencia sin un juicio oral.

3. La preparación para la audiencia

Para poder representar efectivamente a un cliente durante esta audiencia, es indispensable tener un conocimiento profundo de las normas que la rigen, pero más aún, la audiencia requiere un buen manejo de los antecedentes que tiene el fiscal, haber revisado el parte policial y conversado con el cliente. Una de las reglas básicas es que no se debiere proceder con la representación de un cliente en la audiencia del control de la detención sin haber cumplido con estos requisitos.

La realidad es que hay poco tiempo para prepararse para la audiencia, especialmente en áreas urbanas donde un defensor tendrá varios nuevos clientes a la vez. Dada esta situación, cómo uno entrevista al cliente y la relación que se tiene con el fiscal toman mayor importancia.

A. ¿Qué dice el Fiscal?

Si hay tiempo, es conveniente conversar brevemente con el fiscal e indispensable leer el parte policial antes de hablar con el cliente. Aunque uno pensaría que sería mejor hablar primero con el cliente y después leer el parte policial, la realidad es que uno tiene tan poco tiempo para entrevistar al cliente que es más eficiente conocer los cargos y la evidencia que tiene el fiscal, antes de conversar con él. La información ayudará a guiar la conversación con el cliente, a los temas importantes del caso. Si entras a la entrevista con el cliente a ciegas, tendrás que tomar más tiempo entendiendo de qué se trata el caso, tiempo que puede ser usado más eficientemente. La otra razón para hablar con el fiscal antes que con el cliente, es que te ayudará a saber qué tan seriamente el fiscal está tomando los cargos. Es mucho mejor saber la posición del fiscal en la audiencia antes de que ésta comience.



Técnicas generales para cualquier entrevista con un cliente

1. Usa un tono profesional y digno para la situación en la cual se encuentra tu cliente, comunicando tu comprensión.
2. Transmite información de manera digerible y fácil de entender.
3. No uses términos o vocabulario legal.
4. No hables demasiado rápido hasta saber que tu cliente está absorbiendo la información que estás presentándole. Si entiende, puedes hablar a tu ritmo normal (si tu ritmo normal no es demasiado rápido).
5. Si tienes dudas de si está asimilando lo que estás explicando, o piensas que puede haber problemas psicológicos o de deficiencia mental, toma el tiempo para explorar el problema. Pregunta si está entendiendo y pídele que te repita lo que le contaste.
6. Haz preguntas abiertas, sin conclusiones legales, temas legales o que impliquen que lo estás juzgando, para asegurarte que está entendiendo.

7. Los clientes necesitan saber que estás escuchando. Para demostrar que estás escuchando y para asegurarte que entendiste correctamente, resume lo que te ha dicho.
8. Si tienes poco tiempo, la entrevista debería cubrir sólo los temas que sean necesarios para resolver los problemas inmediatos; pero indícale que tendrán más tiempo para conversar acerca de otros temas en la ocasión apropiada. Por ejemplo, para la audiencia de control de detención discutirán temas relativos a la legalidad de la detención, la formalización de la investigación, la prisión preventiva y posibles resoluciones alternativas.
9. Sé transparente. Explica lo que vas a hacer y por qué.

B. La entrevista con el cliente

En situaciones donde el cliente está recién detenido, tienes el gran desafío de calmarlo y explicarle el proceso que viene, todo en muy poco tiempo. El cliente se formará una opinión de ti rápidamente y basada en esos pocos minutos que tendrás para entrevistarlo. Esta sección discutirá técnicas generales para entrevistar a clientes y, luego, delineará un esquema de entrevista para el control de la detención.

Hay muchas maneras de organizar la entrevista para el control de detención. Lo más importante, sin embargo, es marcar el tono para el resto de la relación, estableciendo una conexión. Para hacerlo, es importante ponerte en su situación. ¿Cuáles serían tus preocupaciones? ¿Qué es lo primero que tu quisieras escuchar de tu abogado si estuvieras detenido? ¿Cuáles son los factores que influirían en tu decisión de confiar o no en un abogado? Dado que la relación que tendrás con tu cliente, a la larga, depende de la primera entrevista, es importante pensar en cómo dejarle una buena impresión y, a la vez, obtener información necesaria para su representación. Por ejemplo, si comienzas la entrevista haciendo preguntas de la ficha de arancel, incluyendo cuánto dinero gana, no estarás avanzando en tu meta de construir una relación eficaz con el cliente. Él estará pensando en cosas como salir de prisión preventiva, si su familia se encuentra bien y si vienen a la audiencia. En otras palabras, cuánta plata gana no es un tema para conversar en los primeros minutos de la entrevista.

La siguiente propuesta es sólo una manera de organizar la entrevista y debería ser usada como guía. Uno tiene que estar preparado para cambiar de orden si la situación lo exige. Lo importante es mantener el ritmo de la entrevista para asegurarte de cubrir todos los temas, sin que el cliente se sienta que no está recibiendo suficiente atención. Cada punto será elaborado.

Orden de la entrevista antes de la audiencia

- Tu nombre y quién eres. Dale tu tarjeta de presentación.
- Cuánto tiempo tienen para la entrevista y que se van a ver pronto si no pueden completarla.
- El propósito de la audiencia de control de la detención.
- Preguntas sobre la detención.
- La declaración del cliente.
- Las preguntas que le hará el juez sobre la detención.
- Pedir datos relevantes a las medidas cautelares y la prisión preventiva (este es el lugar lógico para llenar la ficha de arancel).
- El plazo del cierre de la investigación.
- Si el cliente declarará.
- Resoluciones alternativas (si el fiscal propone uno, o si en tu experiencia se podrá resolver el caso a la brevedad).

1. Tu nombre y quién eres. Dale tu tarjeta de presentación. Los clientes a veces se confunden y piensan que están hablando con el fiscal o perciben que eres parte del sistema condenatorio. Aunque sea obvio para ti, los clientes frecuentemente se confunden acerca de tu rol. Es extremadamente importante presentarse y explicar que eres el DEFENSOR y SU ABOGADO lentamente para que absorban tu nombre y tu rol. Quieres marcar una diferencia entre tú y las demás partes del sistema. Nunca comiences una entrevista sin decir tu nombre y dar tu tarjeta de presentación.

2. Cuánto tiempo tienen para la entrevista y que se verán pronto si no pueden completarla. Dado que normalmente éstas entrevistas serán demasiado cortas por razones de tiempo, no queremos que el cliente sienta que le hemos dado insuficiente tiempo, o sorprenderlo con la brevedad de la conversación. El propósito de decirle que tienen poco tiempo, es para asegurarte que el cliente no vaya a interpretar tu apuro durante la entrevista como desinterés. Si sabe que tienes solamente cinco minutos para hablar con él, pero luego van a tener mucho más tiempo, el cliente también te ayudará a terminar la entrevista y guardará sus preguntas para la próxima vez. Ojo, si dices que van a conversar más profundamente luego, es importante cumplir con esa promesa, e ir a verlo pronto y tomarte el tiempo necesario para responder a sus preguntas en la próxima reunión.

3. El propósito del control de la detención. Si pones la audiencia en contexto, usando palabras cotidianas, va a entender mejor lo que está pasando y podrá participar en las decisiones que necesita tomar. Por ejemplo: “El juez necesita saber que la manera como te detuvieron fue legal y te hará preguntas durante la audiencia acerca de ese tema”.

4. Investigación acerca de la detención. Como se discutirá con más profundidad, necesitarás saber si los policías le leyeron los derechos; qué derechos le explicaron; dónde le dijeron sus derechos; la relación temporal entre la detención, la lectura de los derechos y cualquier declaración hecha por el cliente; y bajo qué circunstancias le leyeron los derechos y si hizo una declaración. En resumen, necesitas explorar si hay argumentos legales para pelear la legalidad de la detención basado en los hechos.

Siempre usa palabras sin términos legales. La pregunta: “¿Te leyeron tus derechos?” no funciona, porque no puedes esperar que tu cliente sepa cuáles son sus derechos para poder decirte que sí fueron leídos.

Ejemplos de preguntas abiertas sin conclusión legal:

- ¿Dónde te detuvieron?, o si leíste el parte policial, ¿los policías dicen que te detuvieron en la esquina de Bulnes con Prat, es allí dónde te pararon?
- ¿Te dijo algo el policía cuando te detuvo?, ¿qué te dijo?
- ¿Dónde estaban cuando te dijo eso? (Es importante saber dónde estaba físicamente tu cliente porque pudo haber sido en la estación de policía).
- ¿Qué más te dijo?
- ¿Cuánto tiempo después de que te detuvieron te dijo eso el policía?
- ¿Qué pasó desde que te detuvieron hasta que te dijo esto el policía?
- ¿Dónde estabas durante ese tiempo?
- ¿Entendiste lo que te dijo?

Si dice que no se acuerda o aparece confundido, haz preguntas más dirigidas:

- ¿En un momento, el policía te avisó que tenías el derecho a un abogado?
- ¿A guardar silencio? Etc.
- ¿Cuándo te dijo esto?

5. ¿Qué le dijo tu cliente a la policía? También necesitas saber lo que el cliente respondió. Si confesó, pregunta si lo hizo antes o después de la lectura de los derechos y bajo qué circunstancias. Si le hicieron preguntas sobre los hechos, confesó y después le leyeron los derechos, tienes un buen argumento para la exclusión de la confesión y todos los frutos de esa confesión, la que tienes que alegar durante el control de detención y en cualquier otra audiencia donde la admisibilidad de la evidencia sea discutida. Si lo interrogaron en un ámbito coactivo, pieza chica, muchos policías, detención larga, sin baño, etcétera, podrás argumentar que la confesión no fue voluntaria o conforme con el debido proceso.

6. La conversación que tendrá con el juez. A ti no te gustaría llegar a un evento donde alguien te comience hacer preguntas públicamente, sin saber que te las iban a hacer. Es más, estarías enojado con la persona que te debería haber informado. El cliente no necesariamente sabrá que el juez le hará preguntas y cuáles serán si no se lo dices. Prepáralo, avisándole que el juez le hará una serie de preguntas similares a las que hiciste tú, y que él debería responder directamente a cada pregunta y no hablar sobre otros temas. También avísale cómo se interactúa con el juez, es importante que sea respetuoso porque es el juez quien va a decidir si liberarlo y es importante crear una buena impresión.

7. Investigar argumentos acerca de las medidas cautelares y la prisión preventiva. (Esta es la ocasión lógica para llenar la ficha de aranceles). Trata de descubrir los hechos que te ayudarán a argumentar que no debería estar en prisión preventiva.

Recuerda usar preguntas sin términos legales. Evita preguntar si tiene “antecedentes criminales”. ¿Cuántas veces te ha dicho un cliente que no tiene antecedentes criminales, dándote cuenta después, en una situación desventajosa, que los tiene? A veces no es que te esté mintiendo, es solamente que no sabe qué exactamente constituye un antecedente criminal. Al contrario, todos los clientes recuerdan si han pasado tiempo en la cárcel y es un lugar lógico para comenzar a hacer estas preguntas.

Es un hecho que algunos de nuestros clientes estarán privados de libertad durante la investigación. En general, la gente que estará privada de libertad son personas que tienen experiencia con el sistema, quienes no tendrán la expectativa de que podrás sacarlos de la cárcel. En los casos donde ves difícil la libertad, avísales de antemano suavemente para que se puedan preparar. Esto también ayudará a que tengan confianza en ti, porque estás demostrando tu transparencia. Explica que igual harás el esfuerzo, pero lo ves difícil.

8. El cierre de la investigación. Aunque es un ámbito técnico, en estricto rigor, es el cliente quien tiene el derecho a una investigación con un plazo razonable. En una manera genérica y básica, explica que el fiscal pedirá un plazo para investigar el caso y él tiene el derecho a objetar y pedir un plazo más corto. Es importante explicarle los beneficios de objetar o no objetar, los cuales están detallados en Capítulo 5 y hacer una recomendación al respecto, entendiendo que la decisión es la del cliente.

9. Si el cliente declarará. El cliente siempre tiene el derecho de declarar en su defensa, y durante el control de la detención puede hablar sobre los hechos del caso para fundamentar argumentos legales. Como se detallará más adelante, en general es raro el caso donde la declaración del cliente ayudará. Obviamente, si es una persona con mucha credibilidad⁶, o es un caso donde hay dos historias y la del cliente es más plausible, y has hecho una determinación profesional, en el sentido de que sería mejor que declarare, recomienda que declare. Obviamente, esta decisión precisa tu mejor juicio, el cual requiere mucha información, incluyendo un buen manejo del parte policial, la

6. Una de las razones para leer el parte policial y hablar con el fiscal antes de conversar con el cliente, es que estarás en una mejor posición para evaluar su credibilidad para poder recomendar si debiese declarar o no en la audiencia. Obviamente, si lo que dice el cliente es consistente con lo que dicen los testigos o los policías, esto te ayudará en preparar tu recomendación.

posición del fiscal, y qué tan receptivo es el juez a los argumentos del cliente, basado en tu experiencia ante él. Si sabes que el argumento no ha funcionado con este juez en el pasado, es importante decírselo.

En conclusión: para los propósitos de la entrevista, menciona que tiene la opción de declarar y dale tu impresión sobre si vale la pena ejercer ese derecho.

Al final de la entrevista:

1. El cliente debe saber que eres su defensor y cómo contactarte.
2. Sentir que estás de su lado.
3. Saber cuál va a ser tu próximo paso en el caso.
4. Las cosas que el cliente tiene que hacer antes de la próxima audiencia o reunión.

10. Resoluciones alternativas. Si el cliente califica para una salida alternativa y anticipas una solución rápida, antes de la audiencia explícale que tiene opciones que podrías tratar de negociar y que debería considerar. Explica cada opción en lenguaje sencillo, usando una hoja de papel para dibujar sus opciones si es necesario. Siempre incluye una explicación sobre su derecho a un juicio entre sus opciones.

En general, incluir información acerca de una salida alternativa será demasiado para absorber en una sesión. Si tu cliente no pierde nada en esperar, ¿cuál es el apuro? Tu trabajo es asegurar que los clientes estén entendiendo el proceso y sus derechos. Dile que pueden esperar hasta la próxima audiencia y pide más tiempo al fiscal y al juez.

Si no puedes garantizar que la opción estará disponible en la próxima audiencia, tienes que avisarle que perderá la opción a una salida alternativa si no la toma. Pero si notas dudas por parte del cliente, no lo presiones a tomar la salida, hay otras soluciones. Dile que tratarás de obtener más tiempo si lo necesita pensar un poco más, advirtiéndole que si no lo pueden solucionar hoy, es posible que lo mantendrían en la cárcel durante el tiempo que lo piensa.

Para los clientes que pudieren calificar para una reducción de pena, la información más valiosa que les puedes dar, es tu estimación de los posibles resultados del caso si no acepta responsabilidad, por ejemplo. Si piensas que podrás convencer al fiscal de no perseverar en la investigación, propón antes de que tu cliente tome una decisión definitiva, conversar con el fiscal. No insinúes que convencerás al fiscal, sólo que hablarás con él.

Obviamente, aceptar una u otra opción es decisión del cliente y el trabajo del defensor es asegurarse de que esté tomando una decisión bien informada. Sé cuidadoso de no insinuar que piensas que es culpable. Para los que son inocentes o los que quieren pelear los cargos

por alguna razón, lógicamente o no, les chocará si tratas de convencerlos de que tomen una salida alternativa después de tan poco tiempo con ellos.

Además, hay personas que están dispuestas a arriesgar una pena más alta que la de una multa, por ejemplo, por la oportunidad de ser absuelto de los cargos.

a. Un ejemplo de cómo presentar la opción disponible bajo el artículo 395 del Código Procesal Penal:

“La ley le da varias alternativas a una persona que se encuentra en su situación. Por ejemplo, usted tiene el derecho a un juicio donde el fiscal tiene que comprobar que fue usted y un tribunal escuchar la evidencia del fiscal y nuestra evidencia. Y yo lo defendería en ese juicio”.

Hay una segunda opción. Si quiere admitir que fue usted, si acepta responsabilidad por lo que pasó, el juez puede solucionar el caso con una sanción menor. En mi experiencia la sanción puede ser X, y yo le podría pedir al juez que dicha sanción se rebaje aún más, que le conceda beneficios, cuotas, etc. Obviamente, no debería tomar esta opción si no fue usted, pero es una opción a considerar.

En el caso de una multa, indicar que en tu experiencia, si no puede pagar todo de una vez, el juez deja, eventualmente que la gente pague en cuotas. ¿Es ésta una opción que quiere que explore con el juez? Porque, como le dije, siempre existe la opción de un juicio”.

La respuesta típica será preguntar qué piensas tú o qué harías tú. En general yo respondo:

“Yo no puedo tomar esta decisión por usted. En general, mi opinión es que si hay una buena posibilidad que lo encuentren culpable, vale la pena tomar la sanción más baja, especialmente porque no le puedo garantizar los resultados de un juicio oral. Pero, si tuviera un buen caso o usted me dice que no fue, en contra de como dice el fiscal, no debería tomar ésta y podemos conversar sobre otras soluciones”.

En general, esta respuesta es suficiente. Observa que dejé la decisión al cliente –él tiene que decir si piensa que lo van a encontrar culpable– y mi objetivo fue presentar los factores que consideraría si fuera a tomar la decisión yo misma.

Si es un caso donde no ves una buena defensa y tu cliente está vacilando, usa uno de los hechos del caso para hacerlo ver que es un caso difícil de ganar como sigue:

-“Aquí te encontraron con las especies, ¿no crees que sea un punto difícil de explicar?”.

-“Aquí lo pararon conduciendo con un nivel de alcohol de 2.0 y veo difícil la defensa. ¿Qué piensa usted?”.

b. La explicación de sus derechos

Usando lenguaje sencillo, explica su derecho a un juicio, a una defensa durante el juicio y que, para aceptar la salida alternativa, tendrá que renunciar a esos derechos. Indícale que el juez le hará una serie de preguntas para asegurarse que tú le hayas explicado sus derechos, y que los está renunciando inteligente e informadamente.



4. La audiencia de control de la detención

Hasta este punto en el capítulo, nos hemos enfocado en la preparación para la audiencia de control de la detención. De las páginas previas se desprende que es tan importante un profundo conocimiento de las normas que rigen sobre la audiencia, como poder leer el parte policial eficiente y rápidamente, y entrevistarse con los clientes de manera que uno pueda suficientemente prepararse para la audiencia, sin que el cliente se sienta menospreciado dado el poco tiempo que tendrás. En las secciones siguientes, se presentarán un resumen breve de las normas que rigen para poner en su contexto varias sugerencias prácticas para las fases principales de la audiencia.

A. La legalidad de la detención

Una detención es legal si satisface los derechos constitucionales, incluyendo el debido proceso, y las normas del Código Procesal Penal, particularmente los artículos 125 a 138, que regulan la detención.

UNA GUÍA PRÁCTICA PARA DEFENSORES PENALES

El artículo 136 requiere que el juez de garantía y el fiscal se aseguren que se dio cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 135, y si se le dieron a conocer sus derechos al detenido, derechos que parcialmente enumera el artículo 93, incluyendo, entre otros, el derecho a ser informado clara y específicamente de los hechos que se le imputan, sus derechos constitucionales y legales, el derecho a tener un abogado desde el principio de la investigación, a guardar silencio, etc. (ver artículos 93, 94 y 135). La policía tiene la obligación de informar al detenido “del motivo de la detención [y sus otros derechos], al momento de practicarla” o, si ello no fuere posible, tal información le será entregada “por el encargado de la unidad policial” a donde fue conducido el detenido (Art. 135). Las policías, también, tienen la obligación de informar al fiscal de la detención flagrante dentro de las 12 horas siguientes a que ésta fue practicada (Art. 131).

De estas normas surgen, entre otras, las siguientes preguntas: **1.** El detenido, ¿fue bien tratado? **2.** ¿Fue detenido con una orden de detención o en flagrancia? **3.** ¿Se le leyeron los derechos? **4.** ¿Cuándo y dónde le fueron leídos? **5.** Si les fueron leídos en la estación de policía y no simultáneamente con la detención, ¿es apropiada la justificación por esa omisión? **6.** ¿Cuáles fueron las circunstancias bajo las cuáles le fueron leídos? **7.** Si la Policía le informó al fiscal sobre la detención dentro de 12 horas, y **8.** Si el detenido fue presentado ante un magistrado dentro de 24 horas.

Una lectura de derechos no debiera ser legal si se produce después de que los policías hayan interrogado o hecho declarar al detenido. Del mismo modo, si un policía lee los derechos mientras realiza acciones físicas contra el cliente, no se producirá una “confesión” que, podemos confiar, fue voluntaria.

Posibles argumentos

1. Fue detenido sin justificación legal, acatando la orden de detención o temas de flagrancia.
2. El cliente fue maltratado.
3. Los derechos no fueron leídos.
4. Los policías lo interrogaron antes de la lectura de los derechos.
5. Los policías le leyeron los derechos, pero pasó demasiado tiempo entre la lectura y la interrogación.
6. Los policías le leyeron los derechos, pero su comportamiento físico o psicológico fue coactivo, de manera tal que la confesión fue involuntaria (interrogatorio largo, privado de necesidades básicas).
7. La policía no llamó al fiscal dentro de 12 horas.
8. El fiscal no aseguró un control de la detención dentro de las 24 horas siguientes a la misma.

Estos argumentos requieren fundarse en hechos sobre la detención que manejará el fiscal, la policía y, ojalá, el cliente. Dado que tú, y en general, el fiscal no estuvieron presentes para la detención, se necesita hacer una buena investigación acerca de las circunstancias de la detención antes de la audiencia. Es por eso que es tan importante haber leído el parte y haber entrevistado al cliente.

Si la investigación de los hechos acerca de la detención no señala que fue ilegal o prolongada, y has preparado al cliente para las preguntas que le hará el juez, no habrá mucho que hacer durante esta etapa de la audiencia.

Ahora bien, si piensas debatir la legalidad de la detención o, basado en tu revisión de la carpeta del fiscal y del parte policial, hay dudas acerca de cómo se efectuó la detención, durante la audiencia y en el registro de la misma, pide que el fiscal acredite la hora de detención, la lectura de derechos, una declaración del detenido, si la hay y cuándo fue contactado el fiscal. Pide que el fiscal acredite sus respuestas con documentos o evidencias. El propósito de este paso es asegurarse que uno tenga el universo de información que existe, antes de expresar los argumentos al Tribunal. Esto también evita que la información que justifique la legalidad de la detención aparezca más tarde en el procedimiento. Por ejemplo, si el fiscal le avisa al juez que no hay un documento que constata que los derechos fueron leídos, será más difícil que ese documento aparezca después de la audiencia.

Después de hacer tus preguntas acerca de la detención, determina si debatirás la legalidad de la misma. Si decides que hubo una detención ilegal o prolongada, anuncia tus argumentos lo antes posible, preferiblemente antes de que el juez dirija la palabra al cliente y pide:

- Una “declaración” de que la detención fue ilegal.
- La exclusión de toda la evidencia recolectada durante la detención, incluyendo los gestos y palabras del cliente, la evidencia física y todos los frutos de la prueba ilícita, para todos los efectos del caso y para los efectos del debate sobre medidas cautelares.
- Que liberen al cliente.
- Y cualquier otro argumento que puedas hacer basado en la normativa legal vigente.

B. La ampliación de la detención o la formalización de la investigación

Después de discutir la legalidad de la detención, normalmente el fiscal procederá a formalizar los cargos. Asumiendo que el fiscal tiene los “antecedentes necesarios procederá directamente a formalizar la investigación”(ver Art. 132). En el evento de no tener suficientes antecedentes, puede pedir la ampliación del plazo de la detención hasta por tres días (ver Art. 132).

El fiscal tendrá un fuerte incentivo para formalizar. Para mantener al cliente en prisión preventiva, necesita formalizar (ver Art. 142). Siempre podrá desistirse más adelante en el proceso, si no hay hechos suficientes para proceder con una acusación. Además, muchos tienen la obligación de consultar con sus jefes antes de tomar la decisión de no proceder y, aunque los hechos justifiquen no hacerlo, no querrán violar las instrucciones de su jefe⁷.

- Si el fiscal pide la ampliación de la detención es importante objetar. Solicita que el fiscal especifique qué antecedentes o diligencias le faltan, para que el juez pueda evaluar si una ampliación es justificada o no. Este paso es vital porque, en la próxima audiencia, cuando el fiscal decida formalizar y no haya hecho ninguna de las diligencias anunciadas en la primera audiencia, se lo podrás señalar al tribunal para argumentar sobre la prisión preventiva (“si no tenía suficientes antecedentes ayer, y no ha hecho ninguna diligencia más entre ayer y hoy, lógicamente, esto significa que tampoco hay suficientes antecedentes hoy”).
- Si procede a formalizar, el fiscal presentará un resumen de hechos fácticos para establecer los antecedentes que justifican una investigación, e indicará cuáles son los cargos que investigará. En general, no participarás en la discusión sobre la formalización de los cargos porque es mejor no corregir problemas en la formalización.
- Si el fiscal comete un error en su formalización de la investigación, no lo corrigas. Por ejemplo, en un caso de drogas, el fiscal formaliza por venta de drogas y no incluye la posesión en su hipótesis, es mejor para el cliente porque es más difícil acreditar la venta.
- En casos donde puede haber múltiples teorías sobre los hechos fácticos, trata que el fiscal se case con una de ellas. Por ejemplo, si el fiscal dice que el cliente entró a un lugar habitado usando fuerza, sin especificar por cual lugar entró, pide una aclaración. En el juicio será más fácil defenderse contra una teoría de entrada que contra dos.
- Aunque será raro el caso en que el fiscal se desista de formalizar la investigación, dado que la decisión la habrá evaluado antes del control de la detención, en algunos casos vale la pena tratar de convencerlo de postergar el inicio de una investigación, obviamente con tu cliente en libertad. Intenta esta negociación en casos donde piensas que el fiscal tiene a la persona incorrecta, explicándole por qué hay un problema. Este intento debería hacerse antes de la audiencia, para que el fiscal tenga tiempo de pensarlo mientras se hacen las audiencias de otros detenidos.
- Asegúrate de tomar notas sobre la exposición de los hechos fácticos del fiscal, o de pedir un registro de la audiencia porque los hechos quizás serán expresados de una

7. Esto me recuerda un incidente que tuve con un fiscal nuevo. Durante una audiencia, argumenté que el cargo contra mi cliente no procedía porque no había evidencia de haber sido condenado anteriormente, un elemento necesario del tipo del delito. El juez también concluyó que no la había y pidió que el fiscal se desistiera del cargo. El fiscal admitió que no tenía prueba, pero se rehusó, explicando que necesitaba hablar con su jefe. El juez se enfureció, explicando que el fiscal tenía un deber ético de no accionar respecto de una persona que no era culpable, o contra quien no tenía evidencia (la objetividad) y que lo iba a denunciar ante el colegio de abogados por violación de su deber ético de objetividad. El joven fiscal vio su punto y se desistió.

manera diferente en otras audiencias, y es importante tener una constancia de las versiones. También te darán claves para preparar tu investigación.

C. La prisión preventiva y las medidas cautelares

Es importante destacar que en un sistema donde un imputado es presumido inocente, mantener una persona privada de libertad antes de una declaración de culpabilidad, requiere hechos o circunstancias específicas para justificar una detención. La sociedad ha creado excepciones a la presunción de inocencia en ciertas situaciones, especialmente donde hay una preocupación justificada por la seguridad ciudadana.

De manera general, el proceso de evaluar si una persona puede ser privada de libertad –las normas– tiene que cumplir con los requisitos del debido proceso y la presunción de inocencia. Esta idea está codificada en artículo 150 inc. 3: “El imputado será tratado en todo momento como inocente”. Igualmente, la aplicación de las normas en el caso individual debe satisfacer el cumplimiento de esos derechos. Por ejemplo, “la prisión preventiva se cumplirá de manera tal que no adquiera las características de una pena...” (Art. 150 inc.3).

El artículo 139 contiene un requisito de procedencia de la prisión preventiva al señalar que ella sólo procede cuando las demás medidas cautelares personales fueren insuficientes para asegurar “las finalidades del procedimiento, la seguridad del ofendido o de la sociedad”. El fiscal tiene la carga de acreditar los antecedentes que justifican el quiebre de la presunción de la inocencia (Art. 140).

Hay varios factores que normativamente son importantes para el juez, los cuales puedes usar para organizar la entrevista con tu cliente, y tus argumentos durante el control de detención. Pero más importante es pensar en las consideraciones subyacentes que tendrá el juez cuando esté evaluando los hechos, en el contexto de las normas. Le preocupará que tu cliente aparezca en la próxima audiencia; que no vaya a causar problemas o ser un peligro durante el tiempo que lo estén investigando y, dependiendo de los cargos, que no haya una reclamación pública por haber dejado en libertad a una persona peligrosa para la comunidad. *Cuando argumentes, dirige los comentarios jurídicos a los intereses subyacentes del juez.*

Las reglas acerca de la prisión preventiva varían dependiendo de los cargos y las posibles penas. Por ejemplo, si el cliente es investigado por un delito sancionado sólo con penas pecuniarias o privativas de derechos, automáticamente el juez no puede imponer la prisión preventiva⁸. Esto significa que tienes que evaluar los factores que beneficiarían al cliente si fuera condenado, para poder argumentar que el juez tiene que seguir las normas legales vigentes.

8. Ver art. 141 CPP.

Las normas que regulan la prisión preventiva, en general, requieren que el juez evalúe los méritos del caso, los cuales serán presentados por el fiscal. Esto causa un dilema para el defensor, por la simple razón que querrás proporcionar información sobre los hechos para que el juez no se quede solamente con la versión del fiscal. Pero hablar sobre los hechos sin haber tenido suficiente tiempo para evaluar a tu cliente y su relato, puede causar más daño que mejorar la situación.

Obviamente no hay una solución o regla que funcione para todos los casos. En general, la sugerencia es dividir los clientes en tres categorías: **1.** los que claramente no deberían estar en prisión preventiva (los que caben en el Art. 141), **2.** los que el juez encontrará que son un peligro (delitos violentos, o una persona con una historia larga de violencia o crimen) y **3.** los que están en el medio.

Luego, investiga la posición que planea tomar el fiscal, porque quizás no necesitas preocuparte. Si el fiscal pedirá prisión preventiva, trata de negociar medidas cautelares privadamente con el fiscal, explicando por qué este cliente no merece estar en la cárcel (sus antecedentes son antiguos, no tiene antecedentes, hay otra versión de los hechos, la víctima teme una venganza, etcétera). Es aquí donde tu relación con el fiscal y el valor de tu palabra contarán.

Si esto no funciona, presenta los mismos argumentos al juez. Pero en general no es aconsejable que el cliente declare sobre los hechos del caso, especialmente si no influirá en la decisión del juez. Todo esto tiene que ser analizado cautamente en poco tiempo y tendrás que emplear tus instintos, los cuales mejorarán con el tiempo, la experiencia y tu conocimiento del juez y del fiscal.

Durante el debate de prisión preventiva, asegúrate que el fiscal clarifique el propósito por el cual pide la prisión preventiva. En el evento que ese factor deje de ser un problema, debes pedir una audiencia para la reevaluación de la prisión preventiva, según la norma contenida en el artículo 152 del Código Procesal Penal. Será más fácil argumentar por la libertad en una segunda audiencia si puedes resumir la razón por la cual el cliente estuvo privado de libertad (la que dijo el fiscal), para luego demostrar que ese motivo ha cesado.

D. El plazo de la investigación

Tu posición sobre el plazo de la investigación dependerá mucho de: **1.** si el cliente está libre o en prisión preventiva; **2.** las necesidades del cliente; **3.** cuánto tiempo necesitarás para prepararte para un juicio oral; y, **4.** cuánto tiempo necesita el fiscal.

En la mayoría de los casos, la lógica para clientes que están libres y con pocos antecedentes, es de no objetar al plazo que pida el fiscal con tal que no sea irracional, porque un plazo más largo es mejor. Aunque esto no sea intuitivo, alargar el proceso en general es mejor para los clientes que están libres. **Primero**, cuanto más largo sea el plazo antes del cierre de la investigación, más tiempo tendrá el cliente para cambiar su vida y hacer diligencias para demostrárselos al juez y al fiscal. Por ejemplo, si es un caso donde el cliente y la víctima se conocen, es posible que las partes se puedan reconciliar y llegar a un acuerdo reparatorio.

La idea es demostrar que la detención tuvo un efecto positivo y que ha producido cambios. **Segundo**, los clientes tendrán más tiempo para ahorrar el dinero para pagar una posible multa. **Tercero**, mientras más tiempo pase, el caso tendrá menos importancia para el fiscal, porque habrá recibido otros más importantes, lo que ayudará a negociar una mejor solución del caso. **Cuarto**, si resuelves menos casos, la carga de trabajo del fiscal aumentará, lo que beneficia a todos los clientes, porque el fiscal tendrá el incentivo de deshacerse de los casos menos importantes. En general, las ofertas mejoran si hay muchos casos en el sistema. El trabajo del defensor es obtener la mejor solución posible para cada caso.

Hay algunas importantes excepciones. Si el fiscal pide un plazo que es realmente irracional, objetiva. Otras situaciones donde se debe objetar se producen cuando es un caso estúpido que el fiscal debería abandonar; sabes que vas a ganar; tu cliente quiere un juicio rápidamente; o podrás prepararte más rápidamente que el fiscal y éste tiene muchos casos, solicita un plazo más corto.

Para los clientes privados de libertad:

- Si tienes un buen caso, es importante que el plazo sea lo más corto posible, dándole suficiente tiempo para investigarlo y prepararlo. Es aquí donde quieres poder recordarle al juez que el fiscal pide demasiado tiempo y que tus clientes pasarán tiempo innecesario en la cárcel.
- Si estás muy seguro del caso, usa esta oportunidad para señalar lo que quieres que el juez piense del caso, especialmente si será decidido por el juez de garantía.

Por ejemplo, “esta formalización no está bien fundada y un plazo largo es perjudicial al honor y buen nombre de mi cliente, quien quiere defenderse lo antes posible”, o “el fiscal está pidiendo tres meses para prepararse para un caso simple, que involucra dos personas, mi cliente y su vecino, y ya ha entrevistado al vecino. ¿Qué más hay por hacer que justifique un plazo de tres meses?”. Esta pregunta es útil porque el fiscal quizás tendrá que mostrar sus cartas sobre cuáles otras diligencias tiene que hacer, lo cual te ayudará a investigar el caso.

Si el juez, quien ha escuchado una exposición por parte del fiscal, está de acuerdo con tu análisis, lo señalará acortando el plazo. También si explicas por qué quieres un plazo más corto, más tarde en el caso, el juez se acordará de tu razonamiento si lo que dijiste era cierto, y tu credibilidad con el juez aumentará. La próxima vez que pidas un plazo más corto, tendrás una mejor posibilidad de recibirlo.

- Si el plazo otorgado es más largo que la mitad de una posible sentencia, pide durante esta audiencia una fecha para reconsiderar la prisión preventiva, según el artículo 152. Propón una fecha que sea cerca del punto medio de una posible sentencia de tu cliente.

Como se discutió anteriormente, mucho de tu estrategia dependerá de si tu cliente está libre o en prisión preventiva y de sus necesidades. O sea, es indispensable **1.** haber discutido el tema con el cliente; y, **2.** que el tribunal haya determinado el estatus del él antes de argumentar sobre el plazo de la investigación.

E. Posibles soluciones del caso sin un juicio oral o simplificado: “soluciones alternativas”

Dado que algunos casos, especialmente los que se encuentran regulados por el Libro 4, Título I del Código Procesal Penal, pueden ser resueltos en la primera audiencia, es importante discutir las soluciones alternativas brevemente en este capítulo, aunque se tratarán más profundamente en el Capítulo 7.

Para los propósitos de esta sección, es importante destacar que en situaciones donde el cliente se encuentra acusado de un simple delito o falta donde el fiscal pide una pena que no exceda de los 541 días, y especialmente si tu cliente no tiene antecedentes criminales, habrá un fuerte incentivo para negociar una solución del caso.

Entonces, dependiendo de los cargos por los que formalizará el fiscal, necesitarás cubrir este tema con tu cliente durante la entrevista inicial. Obviamente, si los cargos son más serios, es mejor ser cauto y no discutir posibles maneras de resolver el caso sin haber completado una investigación de los hechos, porque en ese momento tienes menos información que el fiscal.

Algunos puntos importantes:

1. Fija los términos del acuerdo antes de que el cliente renuncie a su derecho a un juicio oral. El derecho a un juicio oral es tu moneda de cambio más potente durante las negociaciones. Tu cliente no debería renunciarlo sin saber exactamente cuál será la pena, o tener claro cuál sería la pena máxima que podría recibir.

Es como comprar una casa. Nunca te comprometerías a comprar una casa sin haber fijado el precio, porque en el momento que dices que quieres la casa, el vendedor podrá cobrarte más por ella y tendrás menos influencia durante la negociación sobre el precio. También tu decisión de comprar depende del precio; si es un precio razonable lo compras, pero si es demasiado alto, no. Se hace un cálculo similar al decidir tomar una solución alternativa.

2. La renuncia de sus derechos. Es el deber de los jueces determinar si tu cliente conoció sus derechos y que está renunciándolos libremente. Es tu deber prepararlo para renunciarlos. Si el juez no hace las preguntas necesarias para que la resolución tenga efecto legal y temes deshacer el acuerdo, ayuda al juez, representando que le explicaste al cliente sus derechos y que tienes entendido que los quiere renunciar. Esto debería ser suficiente para que el juez se dé cuenta de que necesita hacer las preguntas necesarias para que el acuerdo sea legal.

F. Puntos finales de la audiencia

El final de la audiencia es una buena oportunidad para pedir diligencias o información que podría ser importante para la defensa. Normalmente, uno haría una serie de peticiones al juez, especialmente en situaciones donde la defensa ha tenido dificultades en obtener información o diligencias en el pasado. La lógica de hacer las peticiones al final de la audiencia es para dejar una constancia que la defensa ha tomado la iniciativa y, en el evento que más tarde en el procedimiento el fiscal no cumpla con sus obligaciones, uno puede informárselo al juez y documentar el perjuicio a la defensa.

1. Pide información y antecedentes y que te notifiquen cuándo los testigos serán entrevistados

Desafortunadamente, en Chile, los defensores han tenido problemas en acceder a los testigos antes del juicio oral, lo cual es perjudicial para el cliente. Dada esta situación, la defensa tiene que pensar en mecanismos para poder entrevistarse con los testigos, porque una buena investigación de la defensa requiere conocer las declaraciones de los testigos, poder evaluar su credibilidad, inteligencia, y habilidad de articularse. Todos estos factores influyen en el desarrollo de la teoría del caso y en la evaluación de los méritos del caso para decidir si negociar una resolución alternativa o no. Dicho de otra manera, es difícil realizar una defensa adecuada si no has entrevistado los testigos.

El fiscal tiene la obligación de ser objetivo y él, al igual que la policía, debe dejar una constancia de todas sus diligencias, (ver Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público N° 19.640, Constitución Política del Estado y artículos 227 y 228 de Código Procesal Penal) y el imputado tiene derecho a examinar y obtener copias de los registros de esas diligencias de investigación (ver Art. 182). También, según el artículo 184, se contempla que con el consentimiento del fiscal, el imputado puede asistir a las entrevistas de testigos, y esto es algo que debería establecerse como rutina con el fiscal. Si esto no está ocurriendo, se tiene que pensar en mecanismos, informales y formales, para resolver la situación, porque uno de los cambios fundamentales del nuevo sistema es que un imputado tiene el derecho de saber de qué se le acusa y cuáles son los antecedentes en su contra. ¿Para qué tener un cambio en el sistema si el órgano que está a cargo de investigar no distribuye la información? Sin transparencia de parte del Ministerio Público, volvemos a un sistema donde un ciudadano se está defendiendo sin conocer la imputación.

Es mejor tratar de resolver tus problemas con el fiscal de manera colaborativa e informal, pero hay situaciones donde no te darán la información a la cual el cliente tiene derecho. En la situación en que los mecanismos informales no están rindiendo la información, involucra al juez durante el control de detención. Al final de la audiencia, simplemente pide que el fiscal te dé esa información, dejando una constancia de tu petición en el registro de la audiencia del control de la detención.

No es necesario dar una explicación larga, hazlo de manera y tono neutral y normal.

Por ejemplo: “Su señoría, pido ser notificado con 24 horas de anticipación de las entrevistas de la fiscalía con testigos para que yo pueda asistir. También pido que los policías y el fiscal dejen una constancia de todas sus diligencias y me hagan llegar una copia de las mismas lo antes posible y, en todo caso, antes del cierre de la investigación”.

Dado que este es el estado de las normas, el juez debería ordenar que el fiscal te dé lo que es requerido por ley. Si es necesario, pide una orden judicial para que el fiscal te notifique de las entrevistas. Tener esta petición en el registro ayudará durante otras etapas del procedimiento.

G. Problemas típicos que surgen durante las audiencias

Hay situaciones típicas que surgen antes de las audiencias:

1. No hubo suficiente tiempo para conversar con cada uno de los clientes, o de conversar con todos con la profundidad necesaria para representarlos adecuadamente

Posible solución: Partiendo de la base que uno tiene la obligación y el deber de estar preparado para una audiencia, uno debe comunicarle al juez de garantía que no hubo tiempo suficiente para entrevistar a los detenidos. Pide más tiempo, incluyendo los hechos que sostienen tu petición por más tiempo, haciéndolo entender que físicamente fue imposible hacer las entrevistas.

Por ejemplo: “Su señoría, no he tenido suficiente tiempo con mis clientes como para representarlos adecuadamente y pido una media hora más para completar mis entrevistas. Mis seis clientes llegaron al tribunal a las 10 hrs., y sólo he podido hablar con dos de ellos en los quince minutos que tuve antes de esta audiencia que empezó a las 10:15. De lo que me dice el fiscal, son cargos serios y necesito más tiempo para entrevistarlos”.

Un juez razonable se preocupará de que las garantías constitucionales de los detenidos (el derecho a un abogado) no sean violadas por un problema logístico.

2. Aunque tuviste suficiente tiempo para hablar con el cliente, no entendió los conceptos que explicaste y tienes el presentimiento de que tiene una deficiencia mental o psicológica

Esta es una situación delicada, especialmente si sabes que el fiscal le ofrecerá una salida alternativa y, de aceptar la oferta, podría salir de la cárcel. Pragmáticamente, puede ser mejor para un cliente que solucione su caso, porque no estaría privado de libertad, pero el problema es que, a la larga, esta persona estará de vuelta en el sistema, pero en una peor situación, pues tendrá que cumplir su pena privado de libertad, simplemente porque no pudo comprender en qué consistía la solución alternativa y tendrá un antecedente criminal más. En esta situación estás balanceando lo que es mejor para el cliente hoy, versus

mañana y estás entrando en un campo difícil. Hay también que considerar que el cliente quizás tenga una defensa basada en su condición.

Si piensas que el cliente no está comprendiendo lo que está ocurriendo, es mejor no resolver el caso inmediatamente, pero trata de que el cliente quede libre. Después, con calma se puede pedir una evaluación psicológica. En general, no compartiría tu presentimiento de que el cliente posiblemente tiene un problema psicológico con el fiscal o el juez, a menos que sea necesario, hasta que hayas tenido tiempo de investigarlo, o tengas confianza que el juez verá la situación del mismo modo que tú.

También existe el escenario de que el cliente esté drogado o ebrio. Igualmente, evita tomar decisiones hasta que esté en condiciones de conversar sobre sus opciones y entender las consecuencias de sus acciones.

3. Durante tus entrevistas, determinaste que hay una defensa incompatible

Anuncia el conflicto al principio de la audiencia, o antes si es posible, y pide un receso para que otro defensor pueda representar al imputado. Es importante que los jueces entiendan los deberes éticos de los defensores para ayudarnos a cumplirlos. Uno nunca debe anunciar por qué hay un conflicto, dado que sería una violación del deber de mantener las confidencias del cliente. Debería ser suficiente anunciar que tienes un conflicto y pedir que esa audiencia se ponga al final del calendario, y que te den tiempo para llamar a la oficina para que venga un colega a representar al coimputado.

H. Después de la audiencia

Es importante tratar de conversar brevemente con el cliente después de la audiencia, especialmente para explicarle lo que transcurrió durante la audiencia, y cuáles son los próximos pasos en el caso. Es importante recordar que los clientes no siempre entendieron lo que pasó durante la audiencia, dado que mucho de lo dicho por el juez, el fiscal y el defensor fueron términos legales, los cuales el cliente no tenía por qué saber. Adicionalmente:

1. Al cliente privado de libertad

- Infórmale cuándo puede esperar verte en la cárcel.
- Explícale que hablarás con su familia para que le puedan traer cosas.
- Pregunta si hay alguien a quien deberías llamar o contactar de su parte.
- Establece una forma para que se pueda contactar contigo, si hay un sistema establecido con Gendarmería.
- Anota su nombre en tu calendario y visítalo antes de, o en la fecha que le diste.



También es importante, avisarle que los jueces vendrán periódicamente a verlo para saber cómo está, pero que no deberían hablar sobre los hechos del caso. Aconséjale que sea cortés con el juez, pero que no hablen del caso.

Anecdóticamente, estas visitas han generado acusaciones falsas como que los defensores no están visitando a sus defendidos. Si un imputado le dice al juez que no lo fuiste a visitar y sí lo hiciste, tienes que tener una conversación franca con él. Pregúntale si tiene un problema con tu trabajo y qué quiere que cambien en relación al mismo. Explícale las posibles consecuencias de su petición y el proceso que pone en marcha cuando hay alguna queja, que el juez pedirá una constancia de la diligencia y que tú se la darás. El resultado es que el juez pensará que no se está relacionando bien con su abogado. Sugiere que, si tiene un problema con tu trabajo, te lo diga primero para que puedan resolver la situación juntos. Y si no queda conforme, siempre puede hablar con el juez porque es su derecho.

Otros problemas han surgido de las visitas a la cárcel durante la investigación o en períodos donde no hay mucha actividad. Algunos clientes piensan que los defensores cobran por visita a la cárcel y esa es la razón por la cual uno los hace firmar el registro de visitas. En situaciones donde el cliente se enoja porque vienes a verlos sin información o, peor, te acusan de usarlos, explícales que no te pagan por visita, sino que la Defensoría Penal quiere asegurarse de que todos sus clientes estén bien, y es por eso que vienes.

2. El cliente libre con medidas cautelares y/o libre

Si el cliente está libre o tiene cautelares que cumplir, pide que venga a visitarte a la oficina durante tus horas de trabajo, dentro de dos semanas. Dale una lista de diligencias que debería hacer antes de la próxima entrevista, incluyendo conseguir los números de teléfono

de sus testigos. Anota en tu calendario su nombre para acordarte de llamarlo si no aparece dentro de dos semanas.

Para los que tienen cautelares por cumplir, asegúrate que saben dónde y con qué frecuencia deben hacerlo. Por ejemplo, usa un bloc con fichas como la que sigue:

DEFENSORÍA PENAL PÚBLICA

NOMBRE DEL DEFENSOR
Oficina: ALAMEDA 1449, PISO 8, fono: 4396800
Dirección del Tribunal: Huérfanos 0347

A) Día de atención: lunes y miércoles de 15:00 a 17:00 hrs.

B) Fecha de próxima audiencia: _____

C) El plazo de investigación expira: _____

D) Tiene que ir a firmar:

Ministerio Público vez por semana
(Agustinas 0347)

Tribunal vez por semana
(Huérfanos 0347)

Otros deberes: _____

Llame si tiene preguntas.



3. La familia del cliente

En general no tendrás tiempo de hablar con los familiares que se presentan a la audiencia antes de ella. Pero si han tomado el tiempo de venir, esto señala un nivel de preocupación por el cliente y que están involucrados en su vida. Ellos pueden ser una fuente muy rica de información sobre él y, si tienes unos minutos antes de la audiencia, deberías hablar con ellos.

Durante esta conversación, preséntate como el abogado de su pariente, dándoles tu tarjeta de presentación. En general, vas a querer controlar la dirección de la conversación haciendo preguntas. Pregunta qué está pasando en la vida de tu cliente. ¿Cuáles son sus problemas?, ¿tiene antecedentes?, ¿fueron testigos de los hechos?, etc. Si lo fueron, en general es mejor no hablar sobre los hechos en el tribunal, cítalos a la oficina.

Los parientes van a querer información, particularmente qué va pasar con el cliente. Responde a sus preguntas de manera general, pero con palabras claras y sin lenguaje legal. No predigas lo que pasará en la audiencia, sé cauto al respecto.

Si es conveniente, puedes presentar la familia al tribunal para que el juez sepa que los parientes están involucrados en su vida, lo cual puede ser útil durante la discusión sobre la prisión preventiva y las medidas cautelares. Es más fácil para el juez liberar a una persona si sabe que hay un pariente que ayudará al detenido. Esta estrategia tiene sus problemas: a veces los parientes piensan que lo mejor para el cliente sería estar privado de libertad,

o sea, tienes que asegurarte de conocer los deseos y la postura de los parientes antes de presentarlos al tribunal.

Recuerda: es tu deber ético no divulgar información privilegiada o confidencial a nadie, incluyendo los parientes del cliente. Si es necesario y los parientes siguen pidiendo la información que no puedes discutir, sé franco y explica tu deber ético en este ámbito. Si el cliente quiere decírselos, que lo haga él y no tú.

Después de la audiencia, los familiares van a querer hablar contigo. Hay algunos familiares (igual que algunos clientes) que requieren más tiempo de lo que tienes en ese minuto. Sé paciente y cortés, indicándoles que pueden pedir una entrevista en tu oficina durante tus horas de trabajo. Esto postergará un poco sus angustias y, quizás, solucionarán ellos mismos lo que les preocupa antes de la próxima reunión.

Recuerda que la opinión de los familiares tendrá un efecto en la opinión que tenga el cliente de ti. Además, los familiares le dirán qué hiciste después de la audiencia (si él no estaba presente), y se fijarán en cómo interactúas con el fiscal y el juez. Comportate de la misma manera que si estuviera el cliente.

Ser demasiado familiar con el juez o el fiscal puede dar la impresión errónea de que tú eres parte del mecanismo o sistema que condena a la gente, y hay que evitar esa asociación. Obviamente, es beneficioso para los clientes que tengas una buena relación con el juez y el fiscal, pero sé cauto en cómo lo exhibes. No hables sobre otros clientes o cuentas historias sobre ellos o casos frente a los familiares del cliente, porque pensarán que si hablas de ese modo sobre algunos, puedes hablar así acerca de su pariente.

I. Posibles dilemas éticos en la audiencia de control de detención

a. El sistema repetitivo

Una de las metas de la audiencia es que el cliente evite la prisión preventiva, pero la realidad es que no siempre tendrás éxito. En un sistema repetitivo donde enfrenas al mismo juez, habrá una serie de dilemas éticos. De un lado, uno quiere mantener la credibilidad y si uno argumenta fuertemente que todos deberían estar libres, el juez estimará que no tienes discreción y, a la larga, dará menos valor a tus "opiniones" o argumentos.

Por el otro lado, si se favorece a algunos clientes sobre otros, no solamente estás substituyendo tu juicio por el del juez (lo cual no es tu rol), sino que estás abandonando la defensa para los que no favoreces.

En un balance. ¿La solución? Hay muchas soluciones posibles, pero todas comprenden tres puntos: **1.** uno tiene el deber de presentar los mejores argumentos posibles por la libertad, si los hay; **2.** no poner los intereses de un cliente sobre los de otros; y, **3.** no perder credibilidad ante el tribunal construyendo argumentos sin fundamento o con hipérbole. Se debe preparar el mejor argumento razonable y calibrado, basado en hechos, para cada cliente.

A veces no tendrás mucho que decir a su favor, y será obvio que el juez no lo dejará libre. En tal situación, explícale a tu cliente que en tu opinión profesional no ganarán el argumento, pero harás el esfuerzo.

Tu estrategia para cada cliente mejorará con el tiempo y la experiencia, porque tendrás una mejor idea de los factores que influyen al juez y las posiciones típicas del fiscal. Si sabes que el juez tiende a mantener en prisión preventiva a las personas acusadas de robo por sorpresa o con violencia, por ejemplo, pero no a las de robo en lugar no habitado, podrás usar esa información durante la entrevista con el cliente para explicarle cómo, normalmente, se resuelven los casos según tu experiencia. Como se destacará más adelante, es importante no dar falsas expectativas a tu cliente.

Dicho todo esto, nunca dejes de proponer los argumentos que tengas.

b. La palabra del cliente y la transparencia con el tribunal

La segunda situación que presenta problemas para defensores en las audiencias de control de detención, es cuando el cliente da información que no es posible verificar en el momento, o peor, falsa, y la repites al tribunal. Por ejemplo, cuando un defensor representa al tribunal que su cliente no tiene antecedentes criminales, lo que justifica que lo dejen libre, sólo para que el fiscal diga que sí los tiene. Más allá de la vergüenza de haber honestamente repetido lo que te dijo tu cliente y estar equivocado, perderás credibilidad ante el juez.

Uno tiene que ser cauto en lo que uno representa como “hecho” al tribunal, si no has tenido tiempo de verificarlo. Unas sugerencias:

- Siempre es mejor escuchar lo que tiene que decir el fiscal antes de hacer intervenciones. En general, el fiscal dirá todos los argumentos que tiene sobre los antecedentes del cliente, y podrás calibrar tu respuesta dependiendo de si vale la pena responder.
- Una manera de proteger tu prestigio y credibilidad es, sutilmente, señalar que lo que viene no te consta: “Mi cliente me ha informado que trabaja como mecánico en el garaje de Don Pepe y tiene un sueldo fijo. Él y su señora tienen tres hijas de cinco, siete y diez años; ella lo necesita en la casa, especialmente porque la Señora Martínez no trabaja”.

c. Las salidas alternativas

Las salidas alternativas en general, son de gran beneficio para los clientes como individuos, pero sistémicamente pueden crear incentivos perversos para los clientes inocentes o con buenas defensas, quienes estarán tentados de tomar una solución concreta y, en general, más leve de la que tendrían si fueran a perder durante un juicio. A los clientes, en general, no les gusta la incertidumbre de un juicio.

Las salidas alternativas también causan incentivos perversos en los abogados: si un defensor toma demasiadas salidas alternativas, los fiscales tendrán la tentación de subir el “precio” de una de ellas, o bajar sus estándares de lo que constituye un caso que debiera ser lle-

vado a juicio, asumiendo que el caso se resolverá. Del lado de los defensores, el incentivo perverso es de aconsejar que los clientes tomen salidas alternativas, porque la pena no será tan alta y existirá, en definitiva, menos trabajo para la defensa.

Analicemos los beneficios del antiguo artículo 395 como ejemplo. De un lado, era excelente para los clientes culpables, porque permitía solucionar su caso fácilmente en comparación a lo que les pasaría si hubieran ido a un juicio y perdieran. Pero el problema con la regla, si se puede llamar un problema, es que todos tus clientes tenían el incentivo de aceptar responsabilidad, sin pensar en si son inocentes, si tienen una defensa legítima, o que el fiscal no podrá establecer su participación. Podría generar una serie de casos que no serán peleados y, con el tiempo, las policías podrán actuar sin supervisión por el sistema.

Aunque esta es una decisión filosófica, es importante demarcar una firme línea personal y filosófica para que el sistema no se convierta en una máquina, en vez de un proceso de justicia. Lo que pasa si uno siempre acepta el “precio” de la salida alternativa, es que el fiscal va a querer subir el precio de ese proceso. Pero si la solución justa del caso es no ser enjuiciado o la absolución de los cargos, ésa es la que se busca. Esto será mejor para todos los clientes a la larga, porque el “precio” de la salida alternativa se mantendrá constante.

Entonces, hay un dilema porque no es aconsejable aceptar demasiadas salidas alternativas, pero éstas benefician a muchos de los clientes. La tensión se materializa concretamente cuando un cliente quiere tomar una salida alternativa, mientras que tú opinas que debería pelear el caso.

Es un problema complejo, porque de un lado, es el cliente quien sufrirá la pena si no es absuelto o no se le rebaja la pena, no tú. Pero tu trabajo es defender a los imputados y asegurar que la justicia se cumpla, especialmente que una persona inocente no sea condenada. Y como fue señalado, tienes un interés en que el fiscal no suba el precio de las salidas alternativas.

En general, si tienes un cliente que quiere aceptar responsabilidad y entiende las consecuencias de su decisión, no podrás impedirlo. Pero sí es importante explicarle sus opciones. Hay personas que están dispuestas a correr el riesgo de cumplir una sentencia un poco más alta, simplemente, para tener la oportunidad de ser absuelto en el juicio oral. También es importante demostrarle a tu cliente que no le tienes miedo al juicio oral⁹, y que has analizado las posibles penas que le podría imponer el juez si fuera condenado, obviamente, sin dar falsas expectativas.

9. Anecdóticamente, hay defensores que resuelven sus casos con resoluciones alternativas, más que otros. Se puede especular que algunos defensores reciben mejores ofertas que otros y sus clientes se benefician de ese don. Pero la versión problemática es cuando hay temor de ir al juicio oral e inconscientemente se recomiendan resoluciones alternativas con más frecuencia de lo que se debería. Es importante analizarse uno mismo para asegurar que no estamos substituyendo nuestras ideas por las de nuestros clientes.



Capítulo VI

La investigación de la
defensa y el desarrollo
de la teoría del caso

Capítulo VI

La investigación de la defensa y el desarrollo de la teoría del caso

1. Introducción

Una buena investigación de los hechos y de la ley aplicable, son indispensables para cumplir con los estándares de una defensa adecuada. Es como la construcción de una casa: la investigación de los hechos y de las normas son la base sobre la cual se construye el resto.

Aunque los fiscales tienen la obligación de ser objetivos en su investigación, parte del trabajo de la defensa es asegurar que fue un trabajo bien hecho, y si no lo fue, demostrar el otro lado de la historia. Sin una investigación, no podrás controvertir los hechos que presenta el fiscal.

Es importante que estas diligencias estén completas lo antes posibles y, a más tardar, antes del cierre de la investigación del fiscal. Hay varias razones de por qué tiene que hacerse mucho más temprano de lo que se está acostumbrando actualmente. Por ejemplo, si no has completado la investigación, es imposible preparar una teoría del caso, la cual necesitas para guiar tu preparación estratégica del mismo, incluyendo si corresponde pedir el cierre de la investigación, si le conviene a tu cliente negociar una salida alternativa, o ir a un juicio oral.

Es básico el deber de investigar los hechos del caso, la pregunta es cómo. La siguiente lista contiene las diligencias que tendrás que cumplir, preferiblemente antes del cierre de la investigación, pero definitivamente semanas antes de la audiencia de preparación del juicio oral.

Diligencias antes del cierre de la investigación

1. Investigar y desarrollar los hechos.
2. Investigar temas jurídicos.
3. Crear una lista de diligencias.
4. Desarrollar la teoría del caso.
5. Desarrollar el tema del caso.
6. Evaluar la mejor resolución para el caso.
7. Fijar los plazos para las diligencias.

2. La investigación y el desarrollo de los hechos

Hay varias etapas en una investigación y no todas las investigaciones procederán en el mismo orden. Lo importante es generar una lista de las diligencias necesarias en los días o la semana después del control de la detención y, periódicamente, revisar la lista para asegurarte que se cumplirá antes del cierre de la investigación. La investigación incluye:

a. Recolectar la evidencia que puede desaparecer. Si hay evidencia que quieres presentar que desaparecerá, piensa en una manera de preservarla para usarla durante el juicio. Por ejemplo, si hay una legítima defensa, asegúrate de tener una constancia de las marcas físicas de tu cliente que demostrarían que se estaba protegiendo (moretones en la cara, lesiones en los brazos, etcétera).

b. Leer y analizar los antecedentes de la carpeta del fiscal. Debes conocer los hechos del caso mejor que el fiscal y partir por conocer lo que sabe él. Lee las declaraciones y haz una lista de las pistas que sugieren esas declaraciones. Por ejemplo, si una persona menciona otro testigo, anota en tu lista de diligencias entrevistar a la persona mencionada.

c. Revisa la evidencia física o fotográfica en posesión del fiscal. Es importante ver las fotos del sitio del suceso, la evidencia física, escuchar las grabaciones importantes, etc. Necesitas saber cuál es la evidencia que tienes que enfrentar, y también ver la evidencia que te puede dar ideas para otros ángulos del caso.



d. Conversa con el cliente. Una conversación sobre los hechos es más útil cuando conoces los cargos, los antecedentes que tiene el fiscal, y los elementos que tiene que comprobar para condenar a tu cliente. Explícale lo que sabes sobre el caso. Comienza una conversación sobre los hechos, haciendo preguntas abiertas para explorar posibles defensas. Por ejemplo, ¿cómo comenzó la pelea?, ¿quién la comenzó?

Esto no significa “crear” una defensa o ayudar a que el cliente cree una. Es importante estar alerta de no participar en la creación de defensas que no existen.

e. Visita el sitio del suceso. No se puede enfatizar suficientemente lo importante que es este paso. La preparación de una defensa sin haber visto el sitio está incompleta, porque éste te dará el contexto de la situación que enfrentaban los testigos y tu cliente. Posiblemente abrirá líneas de contraexamen con los testigos. Como se discutirá más adelante, será importante para tu credibilidad durante el juicio oral y te ayudará con los contraexámenes porque los testigos no se podrán aprovechar de ti.

1. Haz un diagrama del sitio. Esto te ayudará a recordar el área.

2. Toma fotos. Las fotografías son útiles, especialmente durante el contraexamen. Si un testigo dice que el sitio era así, las fotos te ayudarán a comprobar que no lo es.

3. Reconstruye la escena. Basado en lo que sabes de tu cliente y los testigos, trata de reconstruir la escena. ¿Son lógicas las historias dado el sitio? Este paso no necesariamente será para uso en el juicio oral, pero es útil para la preparación personal del defensor.



4. Entrevista a los vecinos. No puedes depender de que los policías hayan entrevistado a todos los testigos. Es posible que alguien haya visto o escuchado algo relevante. El tiempo no ayuda a la memoria y, en general, la gente va a querer hablar sobre los hechos cuando el caso esté fresco en su mente. Después pierden el interés y no quieren involucrarse en el caso, o sea, es mejor entrevistarlos lo antes posible.



f. Piensa en qué peritos necesitarás. Piensa en la estrategia del fiscal, ¿necesitará peritos para establecer parte de su caso? Aunque no planees usar un perito en el juicio, consulta uno si necesitas ayuda para preparar el contraexamen. También puedes usar un perito para revisar el peritaje del perito del fiscal. Tu perito puede guiarte en tomar decisiones sobre si deberías pedir una reexamen de la evidencia.

g. Piensa en los argumentos para la pena. ¿Qué testigos necesitarás para establecer argumentos acerca de la pena?

h. Entrevista a los testigos de la defensa. Hay instrucciones acerca de este tema y, obviamente, tienen que ser respetados.

Al principio de la entrevista, dile quién eres y a quién representas, dándole una tarjeta de presentación. Es importante traer a otra persona contigo, quien servirá como testigo de la conversación, si llega a ser necesario.

Los testigos tendrán la tendencia a hablar sobre los hechos de una manera general, y el trabajo del defensor es saber toda la información pertinente que tiene el testigo. Haz preguntas abiertas o abiertas con límite, pidiendo detalles. Usa un tono de voz conversacional, sin confrontar o debatir con el testigo.

Si la declaración del testigo le sirviera al cliente, pide que venga a declarar al juicio. Si notas una preocupación en ir a declarar, intenta identificar la preocupación subyacente para poder resolverla. Por ejemplo, muchos testigos no quieren involucrarse por miedo, temor de perder el trabajo, problemas personales, etcétera. Ya identificado el problema, podrás facilitar el proceso de que venga a declarar.

En lo posible, convéncelo de venir a declarar voluntariamente. A veces los argumentos que ponen al testigo en la situación de tu cliente son provechosos para convencerlos: “Si usted estuviera en la posición de mi cliente”. Si se rehúsa a venir voluntariamente, no te olvides que el tribunal te puede otorgar una orden, y deberías pedirla cuando el testigo es indispensable para la defensa.

i. Entrevista a los testigos del fiscal. Entendiendo que el Ministerio Público ha tomado la posición de que los defensores no deberían tener acceso a los testigos, pero igual es importante intentar entrevistar a los testigos presenciales de los hechos y a las víctimas. Una manera de hacerlo es pedir que el fiscal te notifique cuando vaya a entrevistar a testigos para que puedas asistir a la entrevista. Si tienes una buena relación con el fiscal, avísale que hablarás con el testigo para evitar problemas. Otra solución es pedirle al juez que tu perito entreviste al testigo, según el procedimiento del artículo 320¹⁰. De todos modos, entrevistar a testigos no está prohibido por el Código y no es ilegal; solamente hay que pensar en maneras de acceder a los testigos, intentando evitar problemas con el Ministerio Público.

10. Sugerencia de Pelayo Vial, Jefe de Estudios de la Región del Bio Bio.

j. Usando el sentido común, ¿es razonable la historia de los testigos del fiscal? Revisalo mentalmente, porque si no es razonable, tiene que haber otra explicación y nuestro trabajo es encontrarla.

k. ¿Hay diligencias que necesito pedir con anticipación?

Recuerda que puedes pedir diligencias al fiscal (ver Art. 183). Es importante ser cauto en este ámbito, porque lo que no quieres es que tu diligencia genere más evidencia contra el cliente.

El fiscal no siempre acogerá la petición, pero si es una diligencia razonable, que hubiera aportado información que los jueces hubieran querido, es importante señalarlo durante la audiencia de preparación del juicio oral y el juicio oral. Por ejemplo, en los contrainterrogatorios, uno puede usar a los policías como testigos del hecho que la diligencia no se hizo y que el fiscal no le pidió que se hiciera.

3. La investigación jurídica

Obviamente, la defensa tiene que estar fundada en principios jurídicos y, parte de la preparación de la defensa, es explorar si hay preguntas jurídicas que impactarán la solución del caso. Las normas penales crean diversas categorías de comportamientos, pero la pregunta será qué categorías son relevantes dados los hechos del caso. ¿Cuáles son los argumentos sobre de Derecho Penal que podrás construir?

a. ¿Cuáles son los elementos de los cargos imputados y las posibles defensas?

Empieza con lo que tendrá que comprobar el fiscal para establecer que hubo un delito. Jurídicamente, ¿qué necesitas para establecer una legítima defensa?

b. Dados los hechos, ¿hay puntos jurídicamente relevantes?

Establece dónde están los límites de la norma y verifica si el comportamiento del que se acusa al cliente cabe dentro de ese marco. Por ejemplo, la víctima tiene lesiones, pero no perdió tiempo de trabajo. ¿Son lesiones menos graves o leves?, ¿dónde está la línea entre esos dos cargos?

c. ¿Hay jurisprudencia acerca de las preguntas legales?

Siguiendo con el ejemplo, legalmente ¿cuál es la diferencia entre lesiones menos graves y leves?, ¿ha fallado la Corte Suprema al respecto?

d. Revisa Lexis/Nexis y la base de datos de la Defensoría

e. ¿Alguien de la Defensoría ha tenido un caso similar?

Tus colegas son una gran fuente de información. El correo electrónico es un medio fácil para pedir información. Al mandar una pregunta jurídica, es importante incluir un resumen de los hechos del caso para que la pregunta esté en un marco útil para el que la responderá.

4. El desarrollo de la teoría del caso

La teoría de la defensa es la razón o la historia –basada en los hechos, las normas y el sentido de lo que es justo– de por qué el tribunal debería absolver o reducir la pena a tu cliente. La teoría del caso no es un término jurídico –robo por sorpresa en vez de robo con violencia, por ejemplo– sino una manera de presentar los hechos de tal forma que la conclusión lógica de aquella sea la absolución o la recalificación. Los hechos son la base de la teoría sobre la cual puedes construir tus argumentos jurídicos.

Existe la tentación de pensar que no es tan necesario tener una teoría del caso en un sistema donde no hay jurado, sino un tribunal integrado por tres jueces. Se preguntarán por qué es importante poder crear una historia que une los hechos con la jurisprudencia en el sistema chileno.

La preparación de una teoría del caso tiene múltiples propósitos, más allá de persuadir al tribunal. Es una potente herramienta para guiar y organizar tus labores durante todas las etapas del caso, desde la investigación hasta el juicio oral, y te forzará a mirar el caso objetivamente para confrontar sus puntos débiles. Más allá de razones de preparación y organización, es útil porque te forzará a pensar en que persuadirá al tribunal y preparar una teoría que vincule los hechos con las normas.

Para crear una teoría del caso:

1. Analiza los hechos y la ley para determinar cuál es la historia coherente de por qué tu cliente no es culpable, o por qué se merece una condena menor. ¿Quiénes serán los testigos?, ¿qué dirán?, ¿cuáles son sus motivos y motivaciones?, ¿cuáles son las emociones básicas o jurídicas que quiero provocar en los jueces?, ¿cuáles son los argumentos legales?

2. Pon tus ideas en papel. Haz un inventario de la evidencia, clasificándola en “buenos” y “malos” hechos, preguntas para las cuales todavía no tienes respuesta y los hechos que razonablemente esperarías dado lo que sabes. Usa la técnica de la lluvia de ideas o “brainstorming” donde anotas todos los hechos que se te ocurren, sin limitarte o pensar en si es una idea que podrás usar.

3. Escribe un resumen de la teoría del caso, de uno o dos párrafos, para asegurarte de que has pensado en todo. Este resumen debería contener algunas frases que relacionan los hechos con las normas jurídicas, y que sostengan por qué el juez debería fallar a tu favor. Si no puedes hacer este ejercicio, generalmente será muy difícil presentar esa teoría con convicción durante un juicio oral, y es mejor saber esto lo antes posible.

4. Cuándo. Desarrolla una teoría o teorías tentativas lo antes posible en el caso y revisalas periódicamente para incorporar la nueva información que recibas. Después de la acusación conocerás la teoría del fiscal, lo que ayudará a solidificar la tuya.

5. El desarrollo del tema del caso

El tema del caso es la versión condensada de la teoría del caso. Es una frase de dos o tres palabras que resume el caso, y la idea que quieres que los jueces piensen al momento de fallar. La creación del tema es importante para las destrezas de litigación oral durante el juicio oral.



Capítulo VII

Las ofertas del fiscal
y las salidas alternativas

Capítulo VII

Las ofertas del fiscal y las salidas alternativas

1. Introducción

Física y lógicamente, sería imposible que todos los casos se resolvieran con un juicio oral o con un procedimiento simplificado. Los jueces, defensores y fiscales siempre estarían en un juicio oral. Además, los legisladores determinaron que hay situaciones donde el resultado idóneo de un caso se obtiene aplicando una salida alternativa, o un simplificado con reconocimiento de responsabilidad, y no sólo con una pena de privación de libertad.

Para un defensor, una salida alternativa a un juicio oral o un simplificado es, por un lado, bienvenido y, por otro, problemático. Obviamente es bienvenido cuando el cliente puede tener un mejor resultado que si fuera a juicio.

El problema se presenta cuando un cliente opta por una salida alternativa, cuando debería ir a un juicio oral, específicamente en un caso donde es inocente de los cargos, pero está expuesto a una pena alta o privativa de libertad, lo que le implica un fuerte incentivo de tomar una resolución alternativa. De hecho, hay personas que se han autoincriminado siendo inocentes y es importante que un defensor trate que eso no pase.

Los defensores también tienen que mantener un estricto estándar ético en esta área porque el sistema produce algunos incentivos perversos que vale la pena mencionar. El propósito es tenerlos en mente para asegurarnos de no caer en estos problemas. Por ejemplo, cuando un abogado tiene un gran volumen de casos o es pagado por caso, tendrá un alto incentivo de negociar una salida alternativa porque toma menos tiempo que preparar un juicio. También, si un defensor ha tenido malas experiencias en los juicios orales, les tiene miedo o no le gustan, naturalmente, se inclinará hacia las salidas alternativas.

UNA GUÍA PRÁCTICA PARA DEFENSORES PENALES

Estos no son malos incentivos, si objetivamente los clientes obtienen mejores resultados: el problema se presenta cuando los imputados deberían ejercer su derecho a un juicio oral. Reconocer que los abogados son humanos y que estos incentivos existen, es un paso importante para luego diseñar mecanismos que los eviten.

2. La evaluación de los méritos del caso y las resoluciones alternativas

Una evaluación objetiva de los méritos de tu caso es indispensable para determinar cuál es su mejor resolución. En general, el proceso de evaluar el caso será analizar la evidencia, pensando en sus fortalezas y debilidades. Luego pensarás en las posibles conclusiones a las que podría arribar el tribunal, estimando una probabilidad aproximada para cada conclusión. Los factores a evaluar son los cargos, los posibles resultados del juicio oral, las posibles penas que se podrían imponer, y quiénes integrarán el tribunal.

Si un caso es peleado, o si hay varios resultados jurídicos, tendrás un rango de posibles penas y el análisis será más complejo que si se trata simplemente de una absolución o condena. Además, será imposible asignar con exactitud la probabilidad de un resultado y esto afectará tu habilidad de determinar una posible sentencia. Dicho eso, el proceso de analizar el caso de este modo es útil, porque te ayudará a determinar si una salida alternativa le convendría a tu cliente y a prepararte para la conversación que tendrás con él.

¿Qué ocurre si no tienes toda la información sobre el caso? En general, nunca vas a tener toda la información sobre un caso; existirán situaciones donde no sabrás todo lo que conoce el fiscal y viceversa. Dicho eso, en general, llegarás a un mejor análisis mientras más información tengas.

Una evaluación de cuáles son las posibilidades de absolución, versus condena y de una pena menor de lo que pide el fiscal, te ayudará a decidir si es una buena oferta. Si tienes buenas posibilidades de absolución, la oferta tiene que ser mejor para que la consideres.

3. Cómo conversar acerca de las salidas alternativas con tu cliente

Durante el transcurso de un caso, el tema de las salidas alternativas surgirá más de una vez y es útil sembrar la idea temprano en el caso, si piensas que irá en esa dirección. Es importante explicar cuáles son las posibles alternativas a un juicio para la resolución del caso.

Como se discutió anteriormente, algunos casos serán solucionados durante el control de la detención. Pero tendrás que negociar el caso a más tardar antes de la audiencia de preparación del juicio oral.

En casos donde el fiscal no te ha hecho una propuesta, tienes que explorar con tus colegas y tu jefe si deberías comenzar una conversación con él. Luego, habla con tu cliente para determinar si una salida le interesaría. Obviamente, no quieres negociar una resolución para el cliente sin saber si la aceptaría, porque perderás credibilidad ante el fiscal si te hace una buena oferta, y tu cliente no la toma.

Ten esta conversación durante la etapa de investigación. En general, si quieres negociar una resolución, será más fácil llegar a un acuerdo antes de que el fiscal haya acusado a tu cliente, porque tendrá menos presión de sus superiores, y habrá invertido menos tiempo en el caso, lo cual significa que le ahorrarías tiempo y trabajo.

Después de la acusación, y en las semanas previas a la audiencia de preparación del juicio oral, deberías revisar el tema de una resolución con tu cliente. Este es el momento en que el fiscal pensará en resolver el caso y, quizás, te ofrecerá una salida.

4. Cuándo conversar acerca de las salidas alternativas con el fiscal

Es un elemento básico del arte de la negociación que, en general, no quieras iniciar tú el proceso de negociación, por temor a que el fiscal piense que tu caso tiene debilidades y necesitas de una salida alternativa. La segunda "regla" es que, si las hay, no quieres que piense que estás desesperado por una salida, porque el precio de ella simplemente subirá. Directamente, es mejor esperar que el fiscal comience la conversación sobre una salida alternativa, pero eso no significa que no puedes sutilmente animarlo a que comiencen a explorar el tema.

En algunos casos, tendrás que iniciar tú la negociación. En general, trata de tener esta conversación en un contexto en que estén hablando sobre otros casos, o sobre cuánto trabajo tienes, para que la necesidad de negociar una salida alternativa no sea obvia. Si sabes que el fiscal está ocupado o tiene muchos juicios en las próximas semanas, menciona a este cliente de manera genérica, "¿qué vamos a hacer con el Sr. Pérez?".

Cuando comiencen las negociaciones más seriamente, siempre mantén la actitud de que si no llegan a un acuerdo, no es el fin del mundo porque siempre tienes al juez quien, en general, tomará una posición diferente a la del fiscal. Trata de ser amistoso, no muy serio y natural. Cuando lleguen al punto de discutir la sustancia del caso, concéntrate en crear soluciones concretas que el fiscal podrá sustentar ante su jefe y la víctima y que, aún así, sirven al cliente. Destaca los buenos hechos y la evidencia, los problemas que enfrentará el fiscal, y cuánto tiempo ahorrará con una salida alternativa, no solamente él, sino que el sistema en general, y la protección que ello genera a nivel emocional para la víctima.

5. Cómo explicar la oferta a tu cliente

En general, si tu cliente te tiene confianza, seguirá tus sugerencias. No es extraño que cuando expliques las opciones con igual fuerza, el cliente opte por la primera y, cuando expliques la segunda, se incline por la segunda. El cliente te pedirá que lo guíes.

Cuando el fiscal ha hecho una oferta, tienes la obligación de presentarla al cliente aunque pienses que no la debería tomar. Para explicar la oferta, es importante darle toda la información relevante sobre las consecuencias de aceptarla. Por ejemplo, tiene que saber en qué consiste la pena o multa, cuáles son los efectos en sus antecedentes criminales, por cuánto tiempo estará bajo la supervisión del tribunal o del fiscal, el tipo de condiciones que deberá cumplir y el efecto de su cumplimiento o incumplimiento, etc. Tienes que explicar qué pasará en el evento de que tu cliente sea acusado de otro delito durante el período de su condena en libertad, o de la suspensión condicional, enfatizando que lo pueden detener si tiene problemas durante este período.

Aunque no es común, algunos clientes prefieren completar sus condenas privados de libertad porque no tienen confianza en que podrán cumplir los requisitos que les impondrá el juez, o no tienen el dinero para pagar la multa, si les ofrecen eso. Es importante tener una conversación franca con el cliente acerca de si podrá cumplir los requisitos y sus alternativas si estima que no podrá.

Por ejemplo, no todos podrán pagar la multa en el tiempo requerido, no importa cuánto traten de hacerlo. Esta conversación es particularmente importante con clientes que tienen problemas de adicción a las drogas o al alcohol, por ejemplo. Si tienes a un cliente en esta situación, averigua si quisiera cumplir la multa con privación efectiva de libertad. A veces es mejor que el cliente pase un poco de tiempo en la cárcel, en vez de salir con una resolución alternativa, sólo para fracasar.

En los casos donde la mejor solución es más o menos obvia, explicarás todas sus opciones y el cliente intuitivamente sabrá cuál es la mejor solución sin que tengas que opinar. Cuando la mejor solución es menos obvia para el cliente, tendrás que explicarle sus opciones, los beneficios y los puntos débiles de cada una para que se dé cuenta de cuál es la mejor.

En situaciones donde hay peligro de que el cliente se perjudique si no acepta una salida alternativa, y quieres convencerlo de que la acepte, tienes que asegurarte que has analizado el caso correctamente, y que no hay otro factor que tu cliente está considerando y que desconozcas.

Si estás seguro de que la resolución es la mejor para el cliente, es importante enfatizar que lo defenderás en un juicio si es lo que quiere, pero explícale por qué piensas que la resolución sería mejor. A veces es mejor dejar la conversación y revisar el tema en otra ocasión, dándole tiempo de asimilar lo que han conversado.

En algunos casos, será imposible saber si la salida alternativa es la mejor solución, especialmente cuando el caso para la defensa es excelente, pero no se puede garantizar una absolución. Cuando tengas dificultad en determinar si tomar la salida alternativa o ir a un juicio, deberías decirle honestamente al cliente que lo ves de los dos lados, enfatizando que la decisión es de él, no tuya.

Pero ese no es el fin de la conversación. Tienes que ayudarlo a explorar posibles soluciones, analizando la fuerza de la evidencia del fiscal y la suya, para llegar a una decisión con la cual esté conforme. En situaciones donde no puedes predecir el resultado, es importante ser conservador, pero realista, en tu análisis de sus posibilidades de absolución, o de una pena más baja que la oferta del fiscal. No quieres empujar al cliente a tomar una decisión: tu trabajo es asegurarte de que está tomando una decisión informada. No quieres estar en la posición de que el cliente diga, después de saber el resultado, que no lo hubiera hecho si no fuera por tu insistencia, y se arrepiente de haberte escuchado. Si él “paga” por las consecuencias de una decisión, donde personas razonables tomarían diversas alternativas, es importante que él tome la decisión.

Parte de tu conversación sobre la oferta del fiscal, requiere que le expliques el juicio oral (o el simplificado) como una de sus opciones, usando lenguaje fácil de entender. Explicarás el proceso, quiénes estarán presentes, qué es lo que los jueces estarán decidiendo, cuál será tu rol y el de él. También tendrás que estimar cuáles son las posibles consecuencias de un juicio oral, incluyendo las posibles penas y lo que sabes basado en tu experiencia con ese panel de jueces. Si no has tenido un caso similar al de tu cliente frente a ese panel, pregúntale a alguien que lo haya tenido para tener una impresión más realista de las posibilidades. Durante esta explicación es importante destacar al cliente que lo defenderás durante este proceso, si es eso lo que desea.

Antes de tomar una decisión, es esencial que entienda todos sus derechos durante el juicio, especialmente el de guardar silencio y el de declarar a su favor, y que al tomar una salida alternativa, estará renunciando a esos derechos.

Estas conversaciones con tu cliente tomarán tiempo y es importante comenzarlas cuando puedas explicarlas con suficiente tiempo. Si lo haces demasiado rápido la primera vez, corres el riesgo de que no lo entienda bien, se forme una opinión sin una buena deliberación, y después tendrás que corregir malos entendidos, lo que es difícil.

No te frustres si tu cliente inicialmente no te entiende. Antes de preocuparte, asegúrate que estás explicando sus opciones en términos que no son legales. Si estás usando términos legales –“si vamos a un abreviado, esto es lo que va pasar”– reformula tu explicación en términos que te pueda entender.

Si es necesario, explícale sus opciones en una hoja de papel, dibujando las varias opciones y los posibles resultados de cada una. Si no entiende, pregúntale qué es lo que no entiende y responde directamente a su preocupación.

Al final de la entrevista, tu cliente deberá saber:

1. Todas sus alternativas y las posibles consecuencias de cada una.
2. Cuáles son sus derechos y a cuáles renunciará si toma una salida alternativa.
3. Si no quiere una salida alternativa, que lo defenderás en el juicio.

6. Cliente que quiere cooperar sustancialmente

La cooperación durante el período de investigación por parte de tu cliente es un ámbito difícil, porque si el fiscal está muy interesado en determinada información, es porque tiene una deficiencia en su caso. De un lado, si el cliente aporta información, se le puede rebajar la pena, pero por otro, si mantiene silencio, es posible que el fiscal nunca encuentre información suficiente para condenarlo. Al decidir si recomendar o no esta ruta, es importante tener un buen conocimiento de la información que tiene el fiscal, y qué tan difícil es conseguir la que le falta, para determinar si vale la pena cooperar con él.

Es importante que el cliente sepa que es una opción. En algunos casos, especialmente cuando el cliente es parte de una conspiración donde él juega un rol menor, tendrás que hablar sobre la atenuante de cooperación sustancial en el esclarecimiento de los hechos, o de cooperación eficaz en materia de drogas. Aunque no sea filosóficamente de nuestro gusto que los clientes ayuden a los fiscales, la norma existe y es algo que nuestros clientes tienen el derecho de considerar. Si hay coimputados involucrados, quizás significará declarar contra ellos, lo que necesariamente requerirá anunciar una defensa incompatible.

En general, el fiscal tendrá la expectativa de que el imputado le aporte información que él no puede conseguir de otro modo, y solamente si está seguro que tu cliente no le mentará. Si el cliente decide tomar esta ruta, es importante subrayar las consecuencias de mentirle al fiscal, específicamente que el fiscal podría remover la oferta y podría usar esto en su contra en el juicio oral, y posiblemente el cliente será castigado con una pena mayor a la esperada.



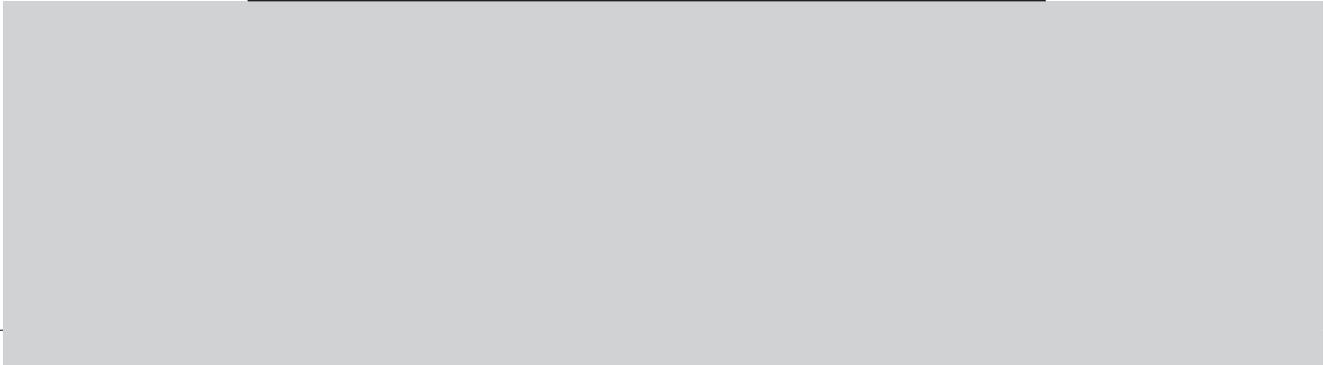
7. Después de aceptar una salida alternativa

Es importante que tu cliente sepa sus deberes antes de salir del tribunal, porque no quieres verlo de vuelta en el sistema, simplemente porque no supo qué tenía que hacer para completar el acuerdo o su pena. Confirma que entiende sus deberes. Resume los componentes de su pena y cómo contactarte si tiene problemas. Por ejemplo, puedes usar este modelo como guía:

DEFENSORÍA PENAL PÚBLICA RESUMEN DE DEBERES

- Cuota mensual de _____ pagar en Banco Estado, cuenta corriente del tribunal número 123-456-789-10, antes del _____ del mes.
- Firmar _____ por semana en el Ministerio Público, Hasta el _____ de _____ de 20____. (Agustinas 347)
- Avisar cambio de domicilio al Ministerio Público. (Agustinas 347)
- Suspensión condicional por _____ meses.
- Otros deberes _____

Llamar a Andrea DeShazo al fono (02)43168 00 si tiene problemas.



Capítulo VIII

El cierre de la investigación
y el sobreseimiento
definitivo

Capítulo VIII

El cierre de la investigación y el sobreseimiento definitivo



1. El cierre de la investigación

El cliente tiene derecho a un juicio dentro de un plazo razonable, por lo que el Código ha implementado un mecanismo para que la defensa pueda forzar al fiscal a acusar, si planea hacerlo. Uno de los propósitos de la regla es reducir la incertidumbre de tener una investigación abierta, durante la cual el buen nombre del cliente es cuestionado. Pero, como el cliente puede renunciar a su derecho a un juicio oral, también puede decidir no ejercer su derecho a demandar el cierre de la investigación, especialmente cuando esa demanda sólo resultará en una acusación en su contra.

El vencimiento del plazo de investigación impuesto por el juez en la audiencia de formalización, tiene una serie de consecuencias. Conforme al artículo 234, el juez fijará el plazo para el cierre de la investigación, el que necesariamente tiene que ser dentro de dos años, que es el máximo plazo posible. Si el fiscal no reformula la investigación o acusa antes del cierre de la investigación, en general no podrá cambiar su tesis acerca de los hechos y, si decide proceder, tendrá que hacerlo con los hechos presentados en la audiencia de formalización, dado el principio de congruencia entre la investigación y la acusación (ver Art. 259).

Esto, necesariamente, crea el incentivo de esperar hasta que se venza el plazo impuesto por el juez para decidir cómo proceder. Si se llama la atención sobre el caso antes de la expiración del plazo, es posible que el fiscal se fije más en él de lo que quieres y se percate de errores que puede corregir.

Cuando se vence el plazo, el cliente tiene la opción de pedir el cierre de la investigación, según el procedimiento contemplado en el artículo 247, decisión que debiera tomar previa consulta a su abogado. En la audiencia de cierre, el fiscal comunicará su decisión de cerrar la investigación y tendrá 10 diez días para deducir acusación, si no cierra, o no acusa dentro del plazo, el juez “decretará el sobreseimiento definitivo del caso” (Art. 247). O sea, si el cliente pide el cierre, podemos estar enfrente de dos escenarios: que el fiscal desista y el caso se termine, o que acuse dentro de diez días.

Obviamente es mejor para el cliente que el fiscal decida no hacer nada, y uno debería explorar los incentivos del fiscal para predecir cuál será su reacción al pedir el cierre. En general, si el fiscal no ha cerrado la investigación, puede significar que tiene demasiado trabajo y no ha tenido el tiempo de acusar al cliente, que el caso no le importa tanto como otros y está postergando la decisión de acusar, o que no planea acusar. En general, siempre que el cliente no esté preso y que las medidas cautelares no estén causándole problemas, el defensor no querrá forzar la mano del fiscal si estima que acusará. Se debe evitar pedir el cierre sólo para que el fiscal se acuerde del cliente y lo acuse.

Comúnmente, mientras más tiempo pase, el fiscal tendrá menos interés en el caso porque habrán otros más importantes, inmediatos y serios, y si el cliente no ha tenido problemas en el intertanto, parecerá como si se estuviera tomando venganza acusándolo por un delito que pasó hace mucho tiempo, y que no le importó lo suficiente como para cumplir los plazos impuestos por el juez. Si su volumen de casos con plazos vencidos aumenta, tendrá el incentivo sistémico, o de su jefe, de resolver algunos de ellos porque son “malas” estadísticas para el fiscal. Ese es el momento en que tendrá interés en resolver los casos, con ofertas mucho mejores que bajo otras circunstancias. El fiscal tendrá los mismos problemas de carga de trabajo, sin importar si tu cliente está libre o no, y trabajará en los casos que demanden su atención, los casos serios, o cuando un cliente ha exigido su juicio oral.

Para los clientes que están privados de libertad, obviamente es problemático que el sistema se “olvide” de ellos. En situaciones donde necesitan su juicio pronto, por cualquier razón, tienes que asegurarte que su caso esté presente en la mente del fiscal. Pide inmediatamente el cierre de la investigación.

Si anticipas que habrá una manera de resolver el caso mediante una salida alternativa y tienes una buena relación con el fiscal, llámalo para decirle que pedirás el cierre, lo cual debiera ocasionar una reacción. A veces los fiscales te pedirán más tiempo para resolver el caso, pero en mi experiencia, es mejor decir que solicitarás la audiencia para tal día y que lo hablen antes de ella, porque si no fijas una fecha, la posibilidad de resolver el caso disminuye, ya que nada está forzando al fiscal a darte una oferta.

En general, por razones de eficiencia, es mejor pedir los cierres en grupos. Por ejemplo, si pedirás siete cierres, fíjalos para el mismo día, lo que además aumenta las posibilidades de resolver algunos de los casos antes de la audiencia.

2. El sobreseimiento definitivo

En casos donde se debiera dictar un sobreseimiento definitivo, no esperes el cierre de la investigación o que el fiscal acuse. Es importante pedir la audiencia para discutir el sobreseimiento lo más pronto posible.



Capítulo IX

La organización de
las causas antes del
juicio oral

Capítulo IX

La organización de las causas antes del juicio oral



1. Introducción

Con el número de clientes que tenemos, sin duda nos vamos a sentir como bomberos, apagando un incendio tras otro. Si sumamos todas las horas que estamos en los tribunales, visitando a nuestros clientes encarcelados cada dos semanas, devolviendo las llamadas de sus parientes, y llenando formularios administrativos, parecería que no hay un minuto en el día para investigar un caso, desarrollar una teoría del caso y prepararse para el juicio oral. También está la tentación de pensar que los casos se van a resolver por sí mismos, de manera tal que si uno invierte demasiado tiempo en uno, sólo para que el fiscal te ofrezca una salida alternativa, has “malgastado” el tiempo porque lo podrías haber usado en otro caso.

Es obvio que el trabajo de un defensor público es exigente. Pero eso no nos libera del deber de estar preparados para todos nuestros casos. Afortunadamente, hay maneras para mejorar la organización de nuestras causas y la preparación de cada caso, y disminuir la sensación de estar siempre corriendo.

El propósito de este capítulo es dar sugerencias prácticas para organizar tus casos y, así, evitar el no estar preparado de manera óptima para cada juicio oral. El presente capítulo se basa en varios principios discutidos en capítulos anteriores, pero que resultan importantes de destacar en un acápite separado.

Primero, mientras mejor preparado estés, mayores son las probabilidades de obtener una solución idónea al caso, sea por medio de una salida alternativa, o en un juicio oral.

Segundo, aunque muchos casos se resuelven con una salida alternativa, es importante preparar un caso como si esto no fuera a ocurrir, porque si el fiscal te hace una oferta de último momento que no es razonable, no deberías tener la tentación de tomarla sólo porque no estás preparado para ir al juicio. Para preparar cada caso, es un buen hábito desarrollar una rutina, teniendo claras las etapas durante las cuales las diligencias de la defensa deberían desarrollarse.

Tercero, no todos los casos son iguales –unos son más complejos; para otros la solución será más obvia; la pena más alta; el cliente más complicado, etc.–, pudiéndose usar esas diferencias para organizar el tiempo y el trabajo.



2. Las etapas de trabajo

Es conveniente hacer una lista de todas las diligencias que tienes que hacer para cada caso, organizadas por etapa. Anteriormente se abordó con más profundidad, en la etapa de la preparación del caso, en la sección respectiva, pero a modo de recopilación:

A. Después del control de detención

1. Resumir los hechos en la carpeta.
2. Para los privados de libertad, calcular la mitad de la pena privativa de libertad según los cargos.
3. Hacer una lista de las diligencias necesarias para investigar el caso.
4. Pensar en posibles defensas incompatibles en casos con múltiples clientes.

B. Antes del cierre de la investigación

1. Investigar el caso y empezar todas las diligencias necesarias.
2. Entrevistar a los testigos.
3. Desarrollar la teoría y tema del caso.
4. Decidir, en conjunto con tu cliente, qué hacer si expira el plazo de la investigación.
5. Decidir, en conjunto con tu cliente, si explorarás una salida alternativa.

C. Antes de la audiencia de preparación del juicio oral

1. Explorar posibles salidas alternativas.
2. Preparar el esqueleto de tu clausura.
3. Preparar el esqueleto de los contraexámenes.
4. Preparar tu lista de testigos y evidencia.
5. Preparar tus argumentos para exclusión de la evidencia del fiscal.



D. Antes del juicio oral

1. Preparar a tu cliente para el juicio oral.
2. Preparar tu apertura y exámenes directos.
3. Finalizar la preparación de tu clausura y tus contraexámenes.
4. Practicar tu apertura, clausura y tus exámenes.
5. Volver a entrevistar a tus testigos.

Como está destacado en los cuadros anteriores, es importante hacer las diligencias de investigación lo antes posible, preferentemente antes que el fiscal y, a más tardar, antes de la audiencia de preparación del juicio oral. En general, va a ser más fácil hablar con testigos y ver el sitio del suceso si lo haces justo después de que hayan ocurrido los hechos. También es más fácil resolver un caso con una resolución alternativa antes de que el fiscal invierta tiempo, dinero e involucre su ego en el caso.

Además, si una investigación sólo va a demostrar que tu cliente es un peor malhechor de lo que todos pensaban, y merece más pena de la que pensó el fiscal inicialmente, vas a querer resolver el caso lo antes posible, sobre todo antes de que el fiscal se dé cuenta de lo que has averiguado. Más allá de consideraciones prácticas, el propio artículo 336 del Código Procesal Penal así lo requiere.

3. Herramientas para organizarse

Hay varias formas de organizar las labores de la defensa y la expuesta a continuación es sólo una forma de hacerlo. Lo esencial es organizar el trabajo de manera tal que cada cliente reciba una defensa adecuada, y uno pueda mantener un balance entre el trabajo y la vida familiar, que no agote al cabo de uno o dos años de trabajo. Crea una rutina y mantenla.

Una lista de todas tus causas. Para asegurar que ningún caso se te escape y que todos estén avanzando, es útil tener una lista de todas tus causas en una hoja. Con una mirada a la lista podrás ver el nombre del cliente, la etapa del caso y la próxima fecha importante. Idealmente, la lista debería estar en orden cronológico, indicando el plazo que expirará antes.

Por ejemplo:

Nombre	¿Libre?	Cierre de la investigación	Preparación del juicio oral	Juicio oral	Mitad de pena
Zavala	L	11 de noviembre			
Sánchez	L	15 de noviembre			
Paz	PP	19 de noviembre			6 de julio
Pérez	MC	1 de diciembre			
Arraya	PP	3 de diciembre			1 de mayo
García	MC	5 de diciembre			
Rodríguez	L	15 de diciembre			
Arrana	PP		15 de noviembre		5 de agosto
Tillería	PP		25 de noviembre		13 de abril
Vespucio	PP			20 de noviembre	5 de enero
Gama	MC			15 de diciembre	

Si vas a mantener la lista tú mismo, incorpora todos tus nuevos casos inmediatamente después del control de detención y actualízala una vez a la semana, preferiblemente el mismo día cada semana, para no olvidarte de hacerlo. Es más fácil mantener la lista si lo haces periódicamente, que si lo haces esporádicamente.

Un calendario. Hay muchos tipos de calendarios y uno tiene que escoger el que más le conviene. En general, escoge aquel donde puedas ver todas las diligencias que necesitas hacer, mes por mes, día por día; es ideal para saber lo que viene en los próximos días y las próximas semanas.

Una lista de trabajo y los plazos para hacerlo. Después de analizar tu lista de casos y tu calendario, mantén una lista de las diligencias que tienes que efectuar, en orden de prioridad, y el plazo que fijas para realizarla. Es más fácil tener esa lista en tu calendario, lo que te forzará a verla todos los días.

Actividades inmediatamente después del control de detención. Después de un control de detención, en general, vamos a querer dedicar nuestro tiempo a la próxima crisis. Si inviertes un poco de tiempo inmediatamente después de esa audiencia para crear una lista de diligencias para el caso, a la larga ese caso no se convertirá en tu próxima crisis. Lo importante es preparar un resumen del caso inmediatamente después de la audiencia de control de detención. Al hacer un buen resumen, no tendrás que releer las declaraciones cada vez que trabajes en él.

El vencimiento de plazo de investigación. El cierre de la investigación ocasiona una serie de decisiones y eventos. Esta es una oportunidad para resolver el caso, explicándole al fiscal por qué debería desistir de acusar al cliente, etcétera. En otras situaciones, será mejor para tu cliente, particularmente si está libre, que se venza el plazo sin ninguna acción de tu parte. De todas formas, debes a lo menos hablar con tu cliente antes de la expiración del plazo.

Usa la función de calendario automático para que te avise con un mes y dos semanas de anticipación de la expiración del plazo de la investigación. Si le conviene a tu cliente no pedir el cierre de la investigación, conversa esta opción con él y registra lo acordado. Si vas a pedir el cierre de la investigación, comienza las diligencias antes de la expiración. Como se discutió más profundamente, también es posible hablar con el fiscal antes del cierre de investigación para tratar de resolver el caso.

Visitas a la cárcel. Es un hecho que tenemos que visitar a nuestros clientes cada 15 días. Mirando el lado bueno de la instrucción nacional en la materia, las visitas periódicas ahorran tiempo a la larga. ¿Cómo? Es mucho más fácil preparar a un cliente para un juicio oral de a poco, revisando el material varias veces, en un tiempo más corto, que tratar de explicarle todo lo que necesita saber de una sola vez. Nadie puede absorber esa cantidad de información en una sesión. Si inviertes suficiente tiempo al principio en explicarle a tu cliente qué está pasando, qué vas a hacer por él, etcétera, podrás tener sesiones más cortas durante el tiempo que el caso no esté activo.

Cuántas veces tengas que ir a la cárcel dependerá de cuántos clientes tienes en prisión preventiva. Si son pocos, podrás ir una vez cada dos semanas, visitando a todos de una vez. Si has invertido el tiempo en explicarles las etapas del proceso, la entrevista puede ser muy corta: saludar al cliente, asegurarse que no ha tenido problemas en la cárcel o con los gendarmes, decirle que no hay avances, pero el plazo de la investigación va vencer el día X, y que hablarás con él en dos semanas más. Eso es todo.

Obviamente, si hay un avance o cambio en el caso, la entrevista va a tomar más tiempo. Por ejemplo, si tienes que conversar sobre una resolución alternativa o preparar a tu cliente para un juicio oral, vas a tener que dedicar el tiempo suficiente para que entienda lo que está pasando y esté conforme con la decisión.

Consolida tus audiencias. Es más eficiente si puedes representar a varios clientes en una sesión, que ir a los tribunales múltiples veces. Por ejemplo, el tribunal puede tener más de una audiencia de preparación del juicio oral en una tarde. Propón al juez, si puedes y es factible, que en una audiencia se vean varios de tus casos. Si tienes un conflicto con la fecha que propone el juez, infórmalo y proponle una fecha alternativa. Subraya de manera cortés la importancia de usar de forma eficiente el tiempo para todas las partes.

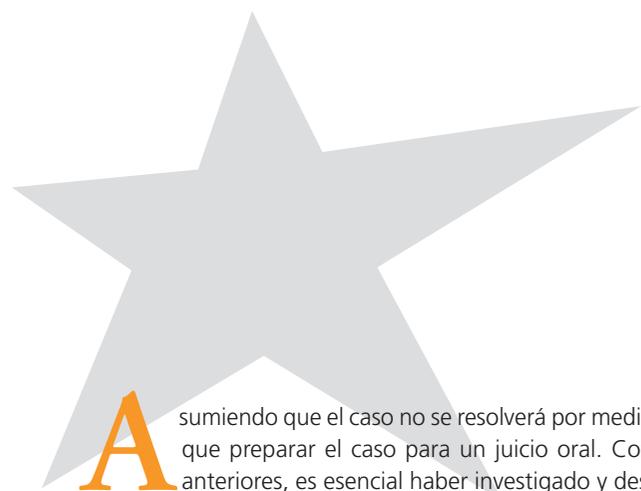


Capítulo X

Litigación después de la
acusación

Capítulo X

Litigación después de la acusación



Asumiendo que el caso no se resolverá por medio de una salida alternativa, tendrás que preparar el caso para un juicio oral. Como fue expuesto en los capítulos anteriores, es esencial haber investigado y desarrollado una teoría del caso para asegurar el haber pensado y explorado posibles salidas alternativas.

El presente capítulo se enfoca en los aspectos centrales de la preparación de un caso para un juicio oral. Notarán que en todos los temas se asume que el abogado completó la fase de investigación del caso y el desarrollo de la teoría del mismo. Esto destaca la filosofía de que un defensor debe tener un buen y profundo manejo de los hechos del caso, especialmente en casos serios y complicados, para poder evaluar objetivamente las posibilidades de una absolución, o una rebaja de pena que justificaría no explorar una salida alternativa.

Aunque sea un poco contra intuitivo, es mejor comenzar la preparación del caso para el juicio oral pensando en el fin del caso, no en el principio. Si uno visualiza el alegato de clausura ideal, catalogando los hechos que serán importantes para sostener y fundar los argumentos jurídicos, se pueden comenzar a construir interrogatorios y contrainterrogatorios que presenten los hechos necesarios para la clausura. Dicho de otra manera, si uno no sabe los argumentos finales del caso, es muy difícil preparar exámenes de una manera completa, sistemática y eficiente.

Los siguientes temas exploran las habilidades específicas que serán usadas durante el juicio: el alegato de apertura, el examen directo o interrogatorio, el contraexamen y el alegato de clausura, enfocándose en cómo diseñar un examen o alegato eficaz. Aunque son discutidos en el orden cronológico de un juicio oral, la preparación debería hacerse en el siguiente orden: alegato de clausura, contrainterrogatorios, exámenes directos y el alegato de apertura.

1. La audiencia de preparación del juicio oral

Habrás tomado la mayoría de las decisiones importantes antes de entrar a la audiencia de preparación del juicio oral. Sabrás si tu cliente tomará o no una resolución alternativa al juicio oral, cuál será tu estrategia en el juicio oral, la teoría del caso estará desarrollada, igual que tu lista de testigos, tendrás una buena idea de lo que aportarán en el juicio, un esqueleto de tu clausura y tus contrainterrogatorios. También habrás pensado en la prueba del fiscal y preparado todos los posibles argumentos para la exclusión de la prueba que no le favorece al cliente y, finalmente, habrás pensado en tu estrategia para la audiencia.

Todos estos preparativos requieren tiempo y esfuerzo. Significan por lo menos unas cuantas reuniones con tu cliente, una conversación con el fiscal si tratas de resolver el caso, y una buena preparación del mismo. Es importante no esperar hasta la noche antes de la audiencia; anticipa el trabajo y comienza los preparativos durante la investigación.

A. El propósito de la audiencia y las normas

La sugerencia de que gran parte del trabajo esté completo antes de la audiencia de preparación, es a veces difícil de aceptar, especialmente porque el Código indica que habrán entre quince y sesenta días entre la audiencia de preparación y el juicio oral (ver Art. 281). Sin embargo, el origen de la audiencia y su propósito son básicos para entender por qué es tan importante prepararse de antemano.

La audiencia de preparación de juicio oral chileno es una combinación de varios procesos que se ven en otros sistemas penales. Por ejemplo, en los Estados Unidos, hay tres procesos que son similares a lo que se trata durante la audiencia de preparación del juicio oral. Es una combinación de los procesos que se llaman: **1.** “discovery”, o el intercambio de información entre las partes; **2.** “motions to suppress”, o las peticiones para la exclusión de prueba ilícita y sus frutos; y **3.** “motions in limine”, o las peticiones para la exclusión de evidencia por no conformarse con los códigos que rigen, sea normas constitucionales, penales, procesales penales, o del código de evidencia.

Para poder preparar estas peticiones e intercambiar información, las partes necesariamente tienen que haber investigado los hechos, y evaluado los méritos de los posibles argumentos antes del comienzo de cada audiencia o, en el caso de “discovery”, del intercambio de información. En el caso de los “motions in limine”, estos debates surgen horas o pocos días antes del comienzo del juicio oral, lo que requiere que el abogado esté completamente listo, desde el punto de vista estratégico, para el juicio antes de entrar a la audiencia.

Los requisitos de la audiencia de preparación para el juicio oral chileno también requieren que el abogado esté completamente listo. Durante esa audiencia, las partes tendrán que estar preparadas para:

1. El control de la acusación y ofertas de prueba del fiscal (artículos 259,263, 268 y 270).
2. Excepciones de previo y especial pronunciamiento (artículos 264 y 271).
3. Llamados a conciliación en el caso de haberse interpuesto acciones civiles (artículo 273).
4. Discusiones acerca de acusaciones o imputados múltiples (artículo 274).
5. La exclusión de prueba, sea del fiscal o de la defensa, lo que supone intercambiar un resumen de su prueba anticipadamente (artículo 276).
6. Discusiones sobre convenciones probatorias (artículo 275).
7. Debates acerca de si habrá un nuevo plazo para la audiencia de preparación, en situaciones donde la defensa no pudo presentar su evidencia por razones que no le son imputables (artículo 278).

B. Estrategia para la audiencia de preparación del juicio oral

En las semanas antes de la audiencia, habrá mucho trabajo, lo cual puede ser organizado con anticipación usando la lista de los temas importantes de la audiencia como guía. Vale la pena tener una lista de diligencias de preparación para la audiencia, con las fechas en que quieres completar el trabajo. Si estás trabajando en equipo, genera fechas de entrega con un margen de tiempo incluido, en caso que se retrasen.

Por ejemplo,

✓	Completar la investigación.
✓	Evaluación de la acusación y de los argumentos de defensa.
✓	Conversar con perito y finalizar su informe pericial, y preparar argumentos acerca de su pertinencia para asegurar que no será excluido del juicio oral.
✓	Revisión de los antecedentes del fiscal y las declaraciones de los testigos.

✓	Preparar esqueletos de la clausura y los contraexámenes de los testigos, para determinar si hay información que falta. Decidir si se expondrán los argumentos de defensa verbalmente, por escrito, o se reservarán para el juicio oral.
✓	Evaluar objetivamente el caso y las posibles salidas alternativas que podrían proponer, y conversarlas con tus colegas o jefe.
✓	Reunión con cliente para discutir el juicio oral y las posibles salidas alternativas.
✓	Hablar con el fiscal si es prudente iniciar negociaciones de una salida alternativa.
✓	Preparación de lista de los testigos, evidencia física y peritos de la defensa, y las razones por las cuales deberían ser admitidas como prueba en el juicio oral.
✓	Preparar argumentos para la exclusión de prueba fiscal.
✓	Pensar en información o diligencias que pediste que el fiscal no cumplió, y posibles argumentos para requerirlo. Anticipar debates sobre alargar el plazo para presentar nueva prueba.
✓	Pensar en posibles convenciones probatorias que propondrías o aceptarías.

C. El control de la acusación y solicitudes para información adicional

Al revisar la acusación por si contiene errores, se debe comprobar si existe congruencia entre los hechos contenidos en la formalización y los de la acusación (ver Art. 259), y asegurarse de que el fiscal resumió correctamente los elementos del delito.

Obviamente, si los hechos no constituyen un delito, operó la prescripción, o procede el sobreseimiento definitivo, se debería haber solicitado éste (ver Art. 250) Pero, para los otros errores que contenga la acusación, se tiene que considerar si tácticamente es mejor anunciarlos durante la audiencia de preparación, o en el juicio oral. Éste es un tema que debiera conversarse con otros colegas, porque es una decisión seria y trascendental.

La utilidad de la norma contenida en el artículo 259 (relacionada con los Arts. 227 y 228), es que establece un mecanismo adicional para obtener información del fiscal. Muchas veces, los fiscales harán un resumen de los hechos sobre los cuales un testigo declarará y, desde un punto de vista táctico, querrá hacerlo de la forma más genérica posible. Si hay mecanismos para requerir que el fiscal te dé más información, utilízalos para descubrir lo más que puedas, para preparar tus contraexámenes, cuidando de no hacer preguntas que conlleven un alto riesgo de rendir más pruebas contra el cliente. En otras palabras, si estás seguro que la información que pides tiene una alta posibilidad de ayudar el caso del cliente, pídelo.

Hay varios mecanismos que puedes usar para pedir la información del fiscal. Por ejemplo, el artículo 259 contempla la obligación que tiene el fiscal de indicar “los puntos sobre los que habrán de recaer” las declaraciones de sus testigos. Esto significa que puedes y debes pedir más detalles de lo que el fiscal expone. Esta norma, en combinación con los artículos 227 y 228 y el deber del fiscal de ser objetivo, refuerzan el argumento de que el defensor debiera tener una versión completa de toda la información que maneja el acusador. El artículo 272 permite que cada parte formule “las solicitudes, observaciones y planteamientos que estimare relevantes con relación a las pruebas ofrecidas”, con el fin de argumentar sobre la exclusión de prueba contenida en el artículo 276.

Si estimas que no tienes toda la información que necesitas, pide al juez de garantía que ordene al fiscal entregar toda la información a su disposición, y que represente al tribunal que ha entregado todo. Si te entrega nueva información, pide que el fiscal precise cuándo la obtuvo y una ampliación de la audiencia para que puedas revisarla, como está contemplado en el artículo 278.

Si has tenido problemas en el pasado con ese fiscal sorprendiéndote con información nueva en el juicio oral, indica que la defensa impedirá la inclusión de cualquier nueva prueba en el juicio oral o, si es un error grave, pedirán la nulidad del juicio. Aunque no haya mecanismo formal de exclusión de prueba anticipadamente, es más potente poder argumentar, en el juicio oral, cuando te hayan sorprendido con información nueva que durante la audiencia de preparación específicamente pediste que te dieran toda la información pertinente, que notificaste al fiscal que ibas a impedir la incorporación de prueba sorpresiva, que el fiscal no te avisó antes del juicio oral de la nueva información, etc. El punto es que el tribunal sepa que precaviste el problema, trataste de solucionarlo con anticipación y que igual el fiscal te ha puesto en apuros.

En casos donde el fiscal no ha accedido a tus solicitudes de que tus peritos tengan acceso a la evidencia, o a entrevistar o evaluar testigos, es importante informarle al juez y pedir que las diligencias se cumplan. Por ejemplo, en casos donde piensas que el peritaje del fiscal es deficiente y que tu perito estaría más preparado para el juicio oral, pide acceso a la evidencia, a lo cual el juez tiene que acceder (ver Art. 320).

D. Preparación de la evidencia que propondrás y los argumentos para su admisibilidad

La defensa no tiene las mismas obligaciones que un fiscal en referencia a la evidencia: no tiene que ser objetivo y no tiene que dejar ni dar una constancia de todas sus diligencias. O sea, si hay un testigo que entrevistaste y que no aporta a la defensa del cliente, no tienes el deber de informar al fiscal.

Para prepararse para esta fase de la audiencia, prepara la lista de tus testigos y la prueba que planeas introducir. Luego, prepara un breve resumen sobre qué declarará el testigo. Anticipa que el fiscal objete la admisibilidad del testigo o de la prueba y cuáles serán sus argumentos. Finalmente, prepara la respuesta que darás para justificar la evidencia.

El Código Procesal Penal no delinea exactamente cuánta información debe entregar un defensor cuando hace su oferta de prueba; solamente dice que el juez evaluará la oferta (ver Art. 276). Esto significa que la defensa tiene que presentar suficiente información para que la prueba no sea excluida, porque la pertinencia no es obvia, pero no más de lo requerido por el Código. Se debe lograr un equilibrio para evitar la exclusión por impertinencia y no entregar demasiada información al fiscal. Si el fiscal o el juez cuestionan la pertinencia de un testigo o su información, y es un debate que estratégicamente no puedes perder, ésta no es una ocasión para guardarte los argumentos. Explica exactamente por qué el testigo o la prueba son importantes, poniéndolo en el contexto de la acusación del fiscal.

Por ejemplo, tomemos el caso del vecino que vio la pelea desde la ventana de su cocina. Si la práctica del tribunal es de anunciar de manera genérica el contenido del testimonio del testigo, debe hacerse como sigue:

“El Sr. Ríos vive en frente del lugar de los acontecimientos y percibió los hechos en este caso. Él declarará que la pelea no ocurrió como dice la víctima. También presento las fotos 1 a 15, que son de la ventana desde la cual el Sr. Ríos vio los eventos”.

Si en la audiencia una parte cuestiona la pertinencia del testigo o de las fotos, no es momento de guardarse los argumentos, porque si pierdes, no podrás usar el testigo y no hay una manera de apelar la decisión antes del juicio oral.

“En este caso, la supuesta víctima dice que mi cliente comenzó una pelea con él, que mi cliente lo echó al piso y por causa de esas acciones se lastimó. Afortunadamente, un vecino, el Sr. Ríos, vio esta pelea y va a explicar exactamente lo que pasó. Él vio la pelea de comienzo a fin desde la ventana de su cocina, lo cual está corroborado por las fotos que tiene en sus manos, su Señoría. El Sr. Ríos detallará que la pelea no ocurrió como dice la fiscalía, sino que fue el Sr. González quien la comenzó, no mi cliente, y que el Sr. González simplemente se cayó durante el forcejeo. El Sr. Ríos no conoce a mi cliente, aunque sí ha visto al coimputado y al Sr. González, quienes viven en el barrio, y sabe que el Sr. González ha sido detenido previamente. En conclusión, el testigo es pertinente, es la única persona que vio la pelea y es imparcial a los resultados”.

Es importante preparar estos argumentos de antemano, porque uno pierde mucha credibilidad si no puede explicar por qué el testigo es relevante y necesario. Si el juez sabe que en general tienes buenos fundamentos para tus peticiones, podrás decir menos para persuadirlo, mientras que si rutinariamente no tienes buenas respuestas, el juez te cuestionará más y demandará un nivel más alto de detalle.

F. La exclusión de la prueba del fiscal

Parte de la razón por la cual es tan importante revisar nuevamente, con una mirada fresca, los antecedentes del fiscal, es que te ayudará a pensar en argumentos acerca de la exclusión de evidencia. El primer paso es determinar si uno quiere excluir la prueba, lo que en

general es una decisión fácil. El segundo paso es contemplar si se quiere excluir al testigo completamente o sólo porciones de su testimonio. En el caso de un documento, ¿todo o una porción? Luego se piensa en por qué debiera ser excluido.

Ya desarrollada la lista de pruebas fiscales que argumentarás debieran ser excluidas, organízalas para maximizar las posibilidades de que el juez acoja tus argumentos. Para determinar el orden en que presentarás tus argumentos, piensa en las inclinaciones del juez de garantía y la psicología de excluir evidencia. Si sabes que el juez ha tomado la posición de aceptar la mayoría de la prueba del fiscal, piensa en razones de eficiencia que podrían convencerlo. Por ejemplo, si el fiscal tiene cinco testigos que al parecer dicen la misma cosa y quieres eliminar a uno en particular (pero los otros cuatro no te importan), prepara argumentos para excluir al quinto como “puramente dilatorio”.

Organiza tus solicitudes en un orden lógico para ganar la mayoría de tus argumentos. Es como entrar a negociar un salario; piensa en los componentes que realmente son importantes y en los que quizás no importa ceder un poco, para exponer las solicitudes en el orden que dé las posibilidades máximas de obtener las exclusiones que requieres.

Una orden de exclusión de evidencia no tiene mucho valor si el fiscal o los policías no respetan la orden del juez. Por ejemplo, si el juez excluyó la mención de la confesión del cliente, y durante el juicio oral un policía declara que el cliente confesó que era él, la orden de exclusión no vale nada. Si el juez de garantía determina que cierta evidencia será excluida, pide que el juez respalde su orden, requiriendo que todos los testigos relevantes sean informados que bajo ninguna circunstancias pueden mencionar la información excluida en el juicio oral.

Anecdóticamente, ha surgido el problema de que el juez de garantía decide que la solicitud planteada por el defensor debiera ser resuelta por el tribunal oral, y luego ese tribunal no asume el debate, alegando que debió decidirse en la audiencia de preparación del juicio oral. Este es un problema procesal grave, y se tiene que pensar en mecanismos para asegurar que alguien, no importa quién, tome una decisión.

G. La prueba ilícita

Hay libros completos acerca de la prueba ilícita y las normas que regulan su admisibilidad en el juicio oral, y el propósito de este libro no es resumirlos.

Durante el desarrollo de un caso, el defensor debiera pensar en cómo el fiscal obtuvo la evidencia que tiene, y analizar si el método de obtención de la información es legal o si coincide con lo que nosotros, como sociedad, pensamos que es correcto (el debido proceso). Si no lo fue, se tiene que determinar qué evidencia es producto de esa ilegalidad, para luego pedir su exclusión, si es estratégicamente conveniente.

Por ejemplo, tomemos las declaraciones de un pariente consanguíneo del imputado a los policías. El pariente no fue avisado que tenía el derecho a no declarar

en contra de nuestro cliente y habla con el fiscal. Ahora que es informado de su derecho, decide que invocará su derecho a no declarar en el juicio oral, y el fiscal tratará de introducir la primera declaración usando al policía como testigo. Esta es una situación donde se debería pensar en argumentos para su exclusión en base a que la evidencia fue obtenida improcedentemente, contra los derechos que asisten a los parientes.

Cuando pidas la exclusión, no te limites a la evidencia física o los dichos de tu cliente, sino que incluye en tu solicitud la de evidencia que no es verbal –los gestos o actuaciones del cliente, por ejemplo– y los frutos de la evidencia excluida. Por ejemplo, si la confesión generó nuevos testigos o pruebas, uno debiera tratar de excluirlos también.

Si hay antecedentes de que el fiscal obtuvo su evidencia con diligencias que fueron declaradas nulas o “con inobservancia de las garantías fundamentales”, el juez no tiene otra opción que excluir la evidencia (ver art. 276 inc. 3 “El juez excluirá las pruebas....”). O sea, si la detención fue declarada ilegal durante el control de detención, por ejemplo, no debería haber debate sobre la exclusión de los frutos de esa detención, simplemente deberían ser excluidos.

H. Exclusión de prueba basada en el Código Procesal Penal

Como se verá más adelante en el capítulo sobre las objeciones, hay más de diez argumentos para excluir evidencia que pueden ser usados para excluir a testigos, o porciones del testimonio de un testigo. Por ejemplo, en la declaración de la víctima ante el fiscal, él dice cinco cosas, una de las cuales es impertinente. Pide la exclusión de ese pedazo y solicita que el fiscal instruya al testigo de que no debe hablar sobre ese punto.

Para asegurarse de haber pensado en todos los posibles argumentos, analiza la evidencia, trozo por trozo, como un cirujano tratando de eliminar el máximo número de cosas malas. Sé creativo al pensar en maneras para excluir. La siguiente es solamente un área donde hay buenos argumentos.

- **La policía**

Una de las áreas problemáticas para los defensores es que los policías declaran sobre las cosas que les dijo la víctima, implicando que el testigo es creíble. El problema es que no necesariamente hay constancia de esa conversación, aunque debería haberla (ver Art. 228). Entonces, si la persona que habló con la policía no declara en el juicio oral, la defensa no tiene manera de controvertir la versión que presenta el policía, o de contrainterrogar a esa persona para determinar si lo que le dijo al policía era la verdad. La admisión de estas declaraciones sin la presencia del testigo, infringe las garantías fundamentales de poder confrontar a la persona. Se debe pedir la exclusión de declaraciones hechas fuera del tribunal de terceros a los policías, sin importar si hay constancia de esa conversación.

I. La reunión con el cliente

Aunque el cliente no participará activamente durante la audiencia, es importante explicarle el propósito de la audiencia, y darle un breve resumen de lo que harás para que se sienta incluido. En las semanas antes de la audiencia, es importante tener una conversación franca de cómo se ve el caso para decidir si deberían explorar salidas alternativas, y para que él se pueda comenzar a preparar psicológicamente para el juicio, no solamente para declarar, sino para estar en una situación donde todos se están centrando en exponer las cosas que supuestamente hizo, lo cual puede ser un proceso humillante y estresante.

El cliente tiene que saber que no podrás resolver el caso después de la audiencia de preparación. Si hay una oferta del fiscal, hay que asegurarse de que conoce las consecuencias de no tomarla (la pena si pierde en el juicio oral), y que el juicio es lo que quiere.

En esta etapa, también se debiera tomar la decisión de si el cliente declarará en el juicio oral. Si lo va a hacer, debe comenzar a preparar su presentación para que la puedan revisar juntos. Él necesitará tiempo para prepararse para el juicio.

J. Convenciones probatorias

Una convención probatoria es un acuerdo entre las partes acerca de un hecho o hechos, lo que reduce los costos asociados con el juicio oral, porque no se tiene que citar a un testigo para proporcionar la información en él. Muchas veces un fiscal propondrá una convención acerca de los contenidos de los informes periciales, con la esperanza de que aceptes, lo que disminuirá su carga y reducirá el costo del peritaje.

Lo lógico es no aceptar estos acuerdos porque infringen el derecho del cliente a contraexaminar testigos y peritos. Sólo se debería tomar la propuesta si el cliente gana algo, y reducir los costos del juicio oral no es algo que directamente beneficia al cliente. Sin embargo, hay situaciones donde una convención probatoria no impactará las garantías del cliente o, mejor, ayudarán a su causa.

La realidad es que un resumen de los hechos que es escrito tiene mucho menos impacto que escucharla de un testigo. Uno tiene que tener en mente que la convención probatoria es una manera de sanear la evidencia para disminuir su impacto negativo.

Por ejemplo, si al eliminar la presencia de un perito o un testigo, el fiscal omite de su resumen, para la convención, alguna evidencia dañina a tu cliente. Si sabes que tienes pocas posibilidades de controvertir la evidencia, va a ser peor que los jueces la conozcan a través del testigo o perito. En estas situaciones, por ejemplo, uno debería aceptar la oferta, sin corregir al fiscal, porque no hay nada que perder y mucho que ganar. Pero si no ganas algo, no vale la pena llegar a un acuerdo.

2. El juicio oral



A. El origen del juicio oral y el derecho a contrainterrogar a testigos

Las diligencias y labores del defensor culminan durante el juicio oral, y la esperanza es que todo el trabajo y preparación rinda el objetivo deseado. El Código regula el lado procesal del juicio oral y, dado que hay tantas normas formales de las cuales el defensor tiene que estar pendiente, es fácil que las partes se enfoquen en los detalles procesales del juicio oral. Aunque es sumamente importante manejar bien las normas procesales del juicio –algunas de las cuales serán discutidas más adelante– siempre se debiera analizar éste en un contexto más amplio que solamente las normas procesales que lo regulan.

Para sacar el mayor provecho de las normas procesales, deben ponerse en un contexto filosófico e histórico. Una visión más elevada es vital para preparar argumentos de por qué el tribunal debería acoger los que plantea la defensa. Si las peticiones de la defensa son explicadas en el contexto de la filosofía del juicio oral, debería ser más fácil para los jueces entender por qué deberían acoger el argumento.

“El derecho de confrontar a sus acusadores es un concepto que data de los tiempos romanos”¹¹. En Inglaterra y los Estados Unidos, se privilegió el derecho de contrainterrogar a testigos. También se desarrolló la doctrina de que la prueba en contra del imputado no puede ser admitida en el juicio si no es fiable (y hay mecanismos para regular este ámbito), o si el imputado no tuvo la oportunidad de contraexaminar la fuente (la persona) que generó la prueba¹². Entonces, excepto en algunos casos puntuales, si un testigo presta una declara-

11. Ver *Crawford v. Washington*, 541 U.S. 36 (2004) (citando *Coy v. Iowa*, 487 U.S. 1012, 1015 (1988)); Hermann & Speer, Facing the Accuser: Ancient and Medieval Precursors of the Confrontation Clause, 34 Va. J. Int'l L. 481 (1994).

12. Ver *Crawford v. Washington*, 541 U.S. 36 (2004) (citando *Coy v. Iowa*, 487 U.S. 1012, 1015 (1988)); Hermann & Speer, Facing the Accuser: Ancient and Medieval Precursors of the Confrontation Clause, 34 Va. J. Int'l L. 481 (1994).

ración ante la policía y luego no llega a testificar en el juicio oral, el fiscal no podrá usar esa declaración, porque el imputado no tuvo la oportunidad de contraexaminar al testigo.

La razón de ser de esta regla es que existe el peligro que un testigo mienta o haga una falsa denuncia, lo cual puede servir como base de una acusación, sin que el Estado tenga suficiente información o herramientas para cuestionar la versión de los hechos. Si el acusado no tiene la oportunidad de atacar la declaración previa del testigo con el uso del contrainterrogatorio, existe el riesgo de que la falsedad no se descubra. Sin mecanismos que aseguren el derecho a contraexaminar, los enemigos podrían manipular el sistema para su beneficio.

B. La preparación para el juicio oral

La preparación para el juicio oral es clave para un buen rendimiento durante el juicio, y una buena preparación requiere tiempo.

Una simple lectura del Código indica que es un procedimiento complejo, de varias fases, que requiere un profundo conocimiento de las normas que lo regulan. Pero más allá de las normas, una buena destreza durante el juicio oral requiere de otras habilidades menos tangibles, entre ellas una buena presentación oral, intuición, habilidad de analizar riesgos, no tener temor a los desafíos, poder procesar múltiples diligencias a la vez y anticipar eventos que surgirán.

Por ejemplo, durante la presentación de un testigo, el defensor tendrá que estar pendiente no solamente de la información aportada por él, sino también en el efecto que tiene su información sobre los jueces, cómo se está relacionando con el fiscal, si el cliente tiene una reacción o pregunta, asimilación de nueva información, entre otras actividades, y todo a la vez.

Dado que hay tanto por hacer durante el juicio oral y no todos somos litigantes naturales, a la larga, el éxito del defensor y la defensa dependerá más de la preparación, que de las habilidades naturales.

El desenlace y el resultado final del juicio oral nunca son predecibles, porque siempre habrá algo nuevo. Esto significa que la preparación para el juicio oral significa no solamente estar preparado para lo que uno piensa que pasará durante el transcurso del juicio, sino también anticipar escenarios alternativos y prepararse también para ellos. Si uno está preparado para todas las posibilidades, estará en una mejor posición para capitalizar las nuevas oportunidades que surgen en el juicio oral, y disminuir el impacto negativo de nueva información.

La preparación para el juicio oral debe ser metódica, para asegurarse de haber pensado en las alternativas posibles. Cada uno puede desarrollar su propia lista de diligencias, y la que sigue es una sugerencia que asume que las actividades a realizar para la audiencia de

preparación del juicio oral (ver en este Capítulo, parte I) están completas:

✓	Reunión con cliente para discutir el juicio oral, tomar una decisión final acerca de si va a declarar y practicar la forma de su declaración, si la hará.
✓	Modificar los materiales generados para la audiencia de preparación del juicio oral para el juicio, específicamente preparar el esqueleto de los interrogatorios.
✓	Finalizar preparaciones para la presentación del perito de la defensa y prepararlo para su declaración.
✓	Confirmar la comparecencia de tus testigos, prepararlos para el juicio y calmarlos si es necesario.
✓	Los contraexámenes. Releer y revisar los antecedentes del fiscal, las declaraciones de los testigos y los esqueletos de los contraexámenes preparados antes de la audiencia. Modificarlos si es necesario. Traspasarlos para que sean más fáciles de leer durante el juicio oral. Luego, para los testigos clave, practicar los contraexámenes oralmente en privado o con un colega.
✓	Revisar el esqueleto de la clausura y modificarla si es necesario.
✓	Preparar y practicar el alegato de apertura.
✓	Anticipar los argumentos que habrá sobre la evidencia, y si tendrás que resucitar argumentos planeados durante la audiencia de preparación del juicio oral para asegurar preparación de un recurso.
✓	Anticipar posibles objeciones a la evidencia que tiene el fiscal. Piensa en qué situaciones objetarás y en cuáles no vale la pena.
✓	Finalmente, visualizar el juicio de principio a fin. ¿Cómo comenzarás y terminarás?, ¿qué tono asumirás para el juicio y para cada testigo en particular?

a. Reunión o reuniones con el cliente

Como fue discutido, es importante invertir el tiempo necesario durante el transcurso del caso para explicar el juicio oral, sus consecuencias y el rol que jugará el cliente, para no tener que explicarlo todo de una vez a pocos días del juicio. Lo ideal es haberlo hecho lentamente durante la investigación y antes de la audiencia de preparación, para que la carga de trabajo antes del juicio sea menor y el defensor se pueda concentrar en estar preparado para el juicio.

Como fue detallado, habrán discutido si declarará durante el juicio. Si decide declarar, tendrá que prepararse con tu asistencia (ver sobre entrevista con el cliente el Capítulo II) y discutir cuándo durante el juicio oral debería hacerlo.



También es importante que el cliente entienda su rol y cuide su apariencia durante el juicio. Por ejemplo, explica que los jueces se fijarán en cómo está vestido y cómo saluda al tribunal al principio de la audiencia. Es importante que el cliente esté lo más presentable posible. Si son tímidos o no siempre han sido gentiles con los jueces, intenta explicar por qué es importante decir buenos días y demostrar respeto.

Prepáralos para la situación en la que habrá testigos que van a declarar en su contra, lo que significa que dirán cosas que el cliente no va querer escuchar. Explica que los jueces lo estarán observando durante la audiencia, y que sus reacciones y expresiones tendrán un impacto en el tribunal.

También conversa sobre lo que harás tú durante el juicio oral y cómo él te puede ayudar. Es importante que sepa que tiene derecho a hablar contigo durante el juicio, menos cuando está declarando, y que te debiera decir si algo está pasando que no pudiste ver, o que te diga si tiene información que puede ayudar a interrogar a los testigos.

Si el cliente sabe escribir, avísale que necesitas que anote lo que dicen los testigos. Por varias razones, es útil darles un cuaderno para que anoten lo que están diciendo los testigos, o si hay un área que no quedó clara. Primero, el cliente se sentirá como parte del equipo de la defensa, y también le dará la impresión a los jueces de que está interesado en su futuro. Segundo, aunque el cliente no es abogado y el nivel de educación no es el mismo, dos pares de ojos y oídos son mejores que uno, y los clientes a veces pueden tomar muy buenas notas, lo que es útil para la preparación final de la clausura.

b. Preparar los interrogatorios y preparar a los testigos de la defensa para el juicio oral

Como se discutirá más adelante, la preparación de los testigos de la defensa es vital para ayudarlos a estar más calmados.

c. Finalizar y practicar los conainterrogatorios

d. Revisar el esqueleto de la clausura

Prepara el esqueleto de la clausura en un formato que te permita anotar información, o hechos adicionales directamente al documento durante el juicio oral. Esto se hace durante las pausas en el juicio, o al fin de cada día para no olvidarse de la información presentada.

e. Preparar el alegato de apertura

f. Anticipación de debates sobre la evidencia

Analiza el estado de la evidencia que será admitida durante el juicio oral y cómo responder a la exclusión de prueba propuesta.

Si necesitas presentar un argumento acerca de la exclusión para preparar el recurso de nulidad del juicio, prepara el argumento y decide cuándo presentarlo.

A veces, alguna de tus pruebas será excluida durante la audiencia de preparación del juicio oral, porque su pertinencia no es inmediatamente discernible, pero su relevancia es más clara durante el transcurso del juicio oral. Prepara un plan para crear la necesidad de que se admita en el juicio la prueba excluida durante los conainterrogatorios o exámenes directos y luego, si es posible, intenta reabrir el debate sobre la materia excluida. Otro mecanismo es usar la norma de la prueba sobre prueba contenida en el artículo 336, inciso segundo.

Si el juez de garantía no acogió los argumentos para la exclusión de alguna prueba fiscal, piensa en maneras de lograr la no valoración de la misma por el tribunal, con el uso de objeciones en el juicio oral.

g. La visualización del juicio oral

Es una táctica empleada por deportistas y actores, entre otros, para prepararse para el desempeño del trabajo. El principio de visualizarse realizando las tareas es útil, porque puede señalar dónde están las debilidades del caso para poder corregirlas antes del juicio. También es bueno para la confianza, lo que no está de más durante el juicio.

C. El juicio oral

a. El orden del juicio oral

El Título III del Código Procesal Penal detalla las normas que regulan el juicio, la recepción de la prueba, y el registro del caso. Una porción del Párrafo 9 de ese Título específicamente delinea el orden en que se desarrollará el juicio oral. Aunque la mayoría del enfoque será en los procedimientos explicados en el Código, se tiene que mantener en mente que este esquema básico, en su aplicación, debiera cumplir con los derechos constitucionales, el derecho a guardar silencio, a ser presumido inocente, y el debido proceso. O sea, es posible que en abstracto una norma cumpla con los requerimientos constitucionales, pero no en su aplicación, y parte de la labor de la defensa es presentar esos argumentos para preservar las garantías del cliente.

Teóricamente, el juicio debiera comenzar con un resumen de las acusaciones contenidas en el auto de apertura. Después de que el cliente haya sido advertido que debe prestar atención y que los testigos hayan abandonado la sala, el tribunal otorgará la palabra al fiscal, seguido por el querellante, para que expongan sus acusaciones (ver Art. 325).

Luego, el presidente de la sala informará a tu cliente que tiene varios derechos, entre ellos el de “formular los planteamientos y alegaciones que considerare oportunos”, y allí el defensor podrá exponer sus argumentos en lo que comúnmente se llama “el alegato de apertura” (ver Art. 326).

Después de los alegatos de apertura, el cliente podrá declarar antes de la presentación de la prueba del fiscal y durante el transcurso de la audiencia “podrá solicitar ser oído, con el fin de aclarar o complementar sus dichos” (ver Art. 326 inc. 4¹³).

En el evento que el cliente decida declarar, puede manifestar “libremente lo que creyere conveniente respecto de la o de las acusaciones formuladas” (ver Art. 326). Luego, puede ser interrogado por el fiscal, el querellante y el defensor, seguido de preguntas del tribunal “destinadas a aclarar sus dichos” (ver Art. 326).

El artículo 328 detalla el “orden de recepción de las pruebas”, permitiendo que cada parte presente sus pruebas en el orden que determine, pero el tribunal escuchará primero la prueba del fiscal, después la del querellante y, finalmente, la de la defensa.

13. Algunos tribunales han tomado la posición de que el cliente tiene que declarar antes de la presentación del caso por parte del Ministerio Público. Este manual no opina si el argumento es correcto o no, porque otra parte de los tribunales que sostiene que el acusado puede declarar cuando lo estime pertinente, y que determinar la oportunidad sería una decisión estratégica de la defensa.

b. La admisibilidad y el valor de la prueba

El Código Procesal Penal contiene algunas normas que regulan la admisibilidad de la prueba durante el juicio oral. Estas normas, de manera general, tienen el propósito de asegurar que la prueba presentada durante el juicio oral tenga la garantía de ser fiable, y que la fiscalía cumple con su carga probatoria mediante hechos substanciales, no con especulación o rumores. Dado que el Código otorga algunos mecanismos para salvaguardar la fiabilidad de la evidencia, el reto de la defensa es asegurarse que las normas sean aplicadas, de tal manera que el cliente sea juzgado con evidencia competente y fiable y, en lo posible, que el resto de la prueba sea excluida. Estos argumentos son acerca de la admisibilidad de la prueba.

Ya tomada la decisión que la evidencia será admitida, se debe analizar cuánto valor otorgarle. Hay un rango de cuánto valor uno debiera dar a la prueba y la defensa debe construir un esquema para guiar a los jueces en su evaluación (ver artículo 297).

Por ejemplo, la declaración de una persona imparcial que vio un acontecimiento generalmente será más valiosa (y fiable) que la declaración de una persona que no vio el acontecimiento y solamente recibió un relato de los hechos. Un juego de niños comprueba este punto: piensen en el juego de “teléfono”, donde una frase es repetida varias veces y produce un factor de distorsión.

Los mecanismos para guiar a los jueces en relación con cuánto valor brindar a una prueba, son similares a los establecidos para excluir la prueba, pero más sutiles. Primero, un excelente manejo de las normas que regulan la evidencia es indispensable. Segundo, las objeciones y la justificación para las mismas, cumplen la función doble de intentar excluir evidencia, y presentar una opinión del valor que el tribunal debiera otorgar a determinadas pruebas. Tercero, el contraexamen. Un gran propósito del contraexamen es demostrar que la prueba, que inicialmente parece sólida, tiene defectos que deberían causar una duda acerca de su fiabilidad. Finalmente, el alegato de clausura es la mejor oportunidad para analizar la prueba recibida y catalogarla para los jueces, en términos de cuáles debieran valorizar y cuáles debieran descartar como defectuosa.

c. Dónde sentarse y el lenguaje corporal durante el juicio

Los jueces estarán pendientes de cómo te relaciones con tu cliente y, consciente o inconscientemente, formarán opiniones acerca de él y su culpabilidad, basado en cómo interactúa contigo y cómo tú lo tratas. Es importante que siempre trates al cliente con respeto, el mismo respeto que mostrarías a una persona que te hubiera pagado mucho dinero para defenderlo. Aunque es importante demostrar que te llevas bien con el cliente y que valoras sus opiniones, también es importante no ser demasiado amistoso o hacer chistes, porque puede dar la impresión de que has perdido la objetividad sobre el caso. Se recomienda un tratamiento respetuoso, profesional, pero lo suficientemente cercano para que los jueces noten que crees en tu cliente.

Consulta con tu cliente durante el juicio. Recuerda, en algunos casos ellos tendrán más información que tú. Por ejemplo, cuando declaran los carabineros, pregúntale si los reconoce y si el policía dice algo que no es correcto. A veces el cliente puede dar excelentes datos para el contraexamen. También, los jueces se darán cuenta de que respetas a tu cliente. Dicho eso, uno tiene que ser cauto. Obviamente, si la defensa pudiese verse perjudicada por la impresión de que el cliente sabe demasiado acerca del caso, no hables o consultes con él.

Por ejemplo, en un caso de violación donde el argumento de la defensa es que fue una relación consensuada, es importante consultar con el cliente durante el testimonio de la víctima porque no hay un debate sobre si él estaba presente o no, el debate es acerca del hecho mismo. Finalmente, consulta también con el cliente antes de terminar el conainterrogatorio para asegurarse de que éste no haya pensado en una línea de preguntas que sean de beneficio, mientras tú realizabas el contraexamen. Antes de terminar, pregúntale al oído si te faltó algo antes de anunciar que no tienes más preguntas.

Si hay más de un abogado en el juicio oral (o más de un cliente), antes del juicio oral piensa en como se sentarán durante él. Si hay un cliente y dos abogados, considera tener el cliente entre los abogados. Esto da la apariencia de que lo que dice y piensa es relevante. También soluciona el problema de que los dos abogados tienden a hablar entre sí y no se comunican con el cliente, lo que da la impresión de que están hablando acerca de una persona invisible o un tercero. Si hay más de un cliente, trata de sentarte al medio para que puedas conversar con los dos si lo necesitas.



Capítulo XI

Litigación durante
el juicio oral

Capítulo XI

Litigación durante el juicio oral

ALEGATO DE APERTURA

1. Introducción

Aunque exista la presunción de inocencia y, supuestamente, quien tomará la decisión acerca de la culpabilidad del cliente debería esperar hasta el fin del caso para formar su opinión sobre los hechos, la realidad es que los jueces, igual que los miembros del jurado, se forman una impresión del caso en los primeros instantes del juicio y es difícil cambiar sus posturas. Esto significa que la defensa, quien en general presentará su prueba después del fiscal, tiene el desafío de persuadir al tribunal de esperar antes de formarse una opinión sobre el caso.

El Código le da la opción de presentar un alegato de apertura a la defensa. En algunos casos existirá la tentación de no hacer una presentación, especialmente cuando la defensa estratégicamente no quiere evidenciar algún antecedente, porque el fiscal ha cometido un error, o está por equivocarse, o no quiere que se percate de algún problema.

En general, no es aconsejable renunciar al alegato de apertura, simplemente porque esos primeros minutos son los más valiosos para persuadir al tribunal. El alegato de apertura es el primer y mejor momento para persuadir al tribunal de que la historia no es como la presenta la fiscalía, sino que la justicia, los hechos, y la ley sostienen la teoría de la defensa y que debería acoger las peticiones del cliente. Uno puede aprender a ser cauto en su ale-

gato de apertura sin perder el poder persuasivo. Pero abandonar el alegato, especialmente porque el tribunal esperará oír algo, generalmente no es aconsejable.

El alegato de apertura no tiene que ser largo, pero sí debe comunicar los hechos o testigos que la defensa estime importantes, y establecer un esqueleto para analizar la prueba que se rendirá, sin mostrar todas las cartas. En caso que el fiscal ya conozca la defensa, es mejor dar una clara y buena explicación de la teoría de la defensa.

Si la defensa se basa en un error que espera que ocurra, es importante hacer un alegato que no mencione o señale el error, pero que se concentre en otros aspectos importantes del caso, para que el fiscal no se dé cuenta del problema. Por ejemplo, en un caso donde argumentarás que el fiscal no puede demostrar una cadena de custodia adecuada para las drogas o especies necesarias para una condena, el alegato se enfocará en otros temas controvertidos del caso.

En general, si sabes que el cliente declarará, se puede sacar provecho de este hecho, anunciándolo. Lo importante en esta área es explicar los temas que discutirá el cliente, pero no necesariamente decir lo que éste dirá. Lo importante es que el tribunal escuche lo que tiene que decir directamente de él, para que no aparezca que le estás poniendo palabras en su boca.

Con ese propósito, hay que exponer un esqueleto del caso organizado para que los jueces puedan visualizarlo desde el punto de vista de la defensa. El orden del alegato no necesariamente será cronológico o por testigo, sino en el orden que más persuadirá al tribunal.

Un alegato es más difícil para la defensa que para un fiscal, quien simplemente presenta la información que tiene, para demostrar que hay hechos suficientes para comprobar su caso. La defensa, al contrario, tiene que presentar un esqueleto y suficiente información para guiar a los jueces, sin darle un mapa al fiscal de cómo mejorar o reparar su caso. Es un balance entre quedarse callado en ciertas situaciones, y de presentar un alegato detallado en otras.

Sólo toma unos cuantos casos darse cuenta que el alegato de apertura es muy difícil, especialmente porque no hay reglas que funcionen para todas las causas. Mucho dependerá de los hechos, la composición del tribunal, cuánto sabe el fiscal acerca de su propio caso, y cuánta información maneja la defensa. Este capítulo intenta discutir principios generales, seguido por situaciones frecuentes que se presentan.

Es importante considerar, en esta materia, lo dicho sobre la estructura de los argumentos, que es útil para la construcción de los alegatos de apertura y clausura. Adicionalmente, los comentarios que siguen debieran ser considerados en su contexto, ya que no habrá una solución para todos los casos, ni una estrategia que funcione para todas las causas. Usa estas sugerencias como un punto de partida.

2. Principios generales

Es más fácil preparar un buen alegato de apertura cuando hay una defensa activa, con buenos hechos, buenas declaraciones previas de los testigos, y con un cliente sin antecedentes, que es creíble. La realidad es que la mayoría de los casos no son de esa clase, lo cual significa que la preparación de la apertura en casos difíciles requiere más criterio para decidir qué estrategia adoptar.

Este capítulo cubrirá información para los casos donde hay una excelente defensa, así como los casos que parecen un poco perdidos. Hay principios generales que son aplicables en todas las aperturas:

A. Estructura básica

1. Siempre comienza fuertemente con la conclusión que quieres que el tribunal adopte, presentada en forma de una predicción de lo que los hechos mostrarán. Presenta la teoría del caso sin demora y, ciertamente, en los primeros minutos del alegato.

Por ejemplo, si la teoría es que la víctima de un robo identificó mal al cliente como el responsable en una rueda de reconocimiento sugestiva, uno podría comenzar con:

“Al final de este caso, la defensa pedirá que el tribunal absuelva al Sr. Sánchez porque él no es responsable por el asalto a la Sra. Gómez. Desgraciadamente, no es inusual que los testigos identifiquen como su asaltante a la persona incorrecta cuando lo hacen en base a una selección de fotos sugestivas, semanas después de los hechos. No es que sean malos testigos o malas personas, sino que el proceso de identificación, bajo esas circunstancias, tiene un margen considerable de error. El caso del Sr. Sánchez desafortunadamente es uno de ellos. Después de conocer la prueba de la fiscalía, concluirán que se cometió un error en el reconocimiento, y por ello se requiere la absolución”.

2. Cerca del comienzo de la apertura, presenta al cliente al tribunal. Si es necesario o si él no se ha identificado, prepáralo para que sepa cuándo pararse para darle los “Buenos días” al tribunal. Humanízalo, dando un relato de quién es, su familia, dónde vive, su nivel de educación, y cómo llegó a estar en su situación.

3. Luego presenta un esqueleto con los pasos lógicos y hechos suficientes para que los jueces puedan ver cómo llegar a tu conclusión. Esta fase requiere balancear el interés de presentar suficientes detalles para que los jueces tengan un buen esqueleto, sin mostrar demasiadas cartas para que el fiscal no mejore su presentación para responder a tu teoría.

Una técnica para señalar las deficiencias sin telegrafiarlas específicamente, es pedir que el tribunal preste atención particular, o que evalúe con cuidado ciertas pruebas o testigos, explicando qué deberían observar durante esas presentaciones.

Por ejemplo, “La Sra. Gómez les contará sobre su identificación de mi cliente el 15 de enero. Les pido que cuando escuchen esa información presten atención particular a las circunstancias bajo las cuales la realiza. Escuchen la descripción que la Sra. Gómez logra hacer, a menos de una hora después de ocurridos los hechos –un hombre, de porte mediano, pelo negro y corto, pantalones oscuros y sweater azul–. Escuchen también la información presentada acerca del estrés que ella sintió en el momento de los acontecimientos”.

4. Si el cliente tiene antecedentes criminales recientes, evalúa si es necesario mencionarlos. Si no lo es, no digas nada. Si piensas que sería mejor que los asuma a través de tu mención, no los señales en los primeros minutos del alegato, que es el momento de presentar puntos positivos y fuertes para el cliente. Menciónalos de pasada y sin énfasis, en el medio o cerca del fin de la presentación, encerrándolos entre puntos positivos.

5. Al fin de la apertura, resume la teoría de la defensa y la petición que harán al final del caso.

B. Los puntos relevantes

1. No cabe duda que el orden de los contenidos importa; ensaya órdenes diferentes para determinar cuál es más efectivo. El orden de los contenidos del alegato variará dependiendo de la estrategia y algunos escenarios se discutirán más adelante.

2. Aunque hayas pasado meses pensando en el caso, los jueces no tendrán el mismo nivel de contacto con el caso, o empatía con el cliente que tú. Asegúrate de exponer un relato sobre los hechos para poner al juez al día. Una buena manera de pensar en este ejercicio es contemplar qué es lo que le dirías a tu jefe, o a un amigo sobre el caso para que tuviera suficiente información para evaluarlo.

3. Piensa si al tribunal le gustará el argumento que propones. Por ejemplo, si está claro que el cliente fue un malhechor, pero hay una duda jurídica sobre qué tan malo fue su comportamiento, entiende que los jueces no tendrán mucha simpatía. Y aunque sea obvio que debieran recalificar el delito, piensa en maneras de hacer que el acoger el argumento sea más atractivo: tu cliente es fundamentalmente una buena persona, una condena por el delito menos grave serviría igual a los propósitos subyacentes de la norma, etcétera.

4. Es importante evaluar estratégicamente qué hechos mencionar durante la apertura y cuáles guardar para los interrogatorios. La regla general es mencionarlos en el momento de más alto impacto, y cuando el fiscal menos pueda reparar el daño.

5. En lo posible, responde al alegato del fiscal. Si omite información obvia que es buena para el cliente, explota ese error táctico.

Por ejemplo, “Convenientemente, el fiscal no les ha contado la historia completa. Dice que la Sra. Gómez identificó con certeza a su asaltante, diciendo que era mi cliente, pero lo que no les dijo el Sr. fiscal, y que es muy importante, es que la Sra.

Gómez no identificó a mi cliente el día de los hechos. Sí, (pausa) el día de los hechos, mi cliente, quien trabaja en la zona de los acontecimientos, fue presentado a la Sra. Gómez y ella dijo que no pensaba que era él. Más aún, cuando hizo su identificación siete días más tarde, dijo que “no estaba segura, pero pensaba que era él”.

6. Si el fiscal tiene una ventaja procesal, la apertura es una oportunidad de mencionarlo para que los jueces sepan cuáles son los desafíos que ha confrontado la defensa y para ponerlos en la posición de evaluar objetivamente la evidencia. La idea es recordarle diplomáticamente al tribunal su deber de presumir al cliente inocente y de no aceptar ciegamente la evidencia de la fiscalía.

Por ejemplo, “El fiscal les pedirá que acepten el testimonio de la Sra. Gómez como la base de una condena. No hay ningún otro testigo o prueba. El problema es que no hay una constancia de las conversaciones entre la Sra. Gómez, los policías y el fiscal el 15 de enero, la fecha de los hechos. O sea, nadie puede evaluar qué fue lo que pasó, cuál fue la descripción que ella dio inicialmente. Aunque hubiera sido muy simple grabar las conversaciones, o pedir que un defensor estuviera presente en ellas, aquí no se hizo. Esto implica que el tribunal tiene que examinar muy cuidadosamente la identificación y, si hay cualquier posibilidad de que ella no es correcta, se tiene que absolver. Después de conocer la prueba, quedará claro que, usando un criterio objetivo, hay una duda razonable de que la identificación sea idónea”.

C. Situaciones de común ocurrencia

1. Pedir absolución y calificación de atenuantes al mismo tiempo

Desafortunadamente, los defensores a veces están en una situación que nadie envidia: tener que pensar qué prueba será necesaria en el evento que el tribunal condene al cliente. Es desconcertante e incongruente para el tribunal contemplar el argumento que el cliente no cometió el delito, pero que si determinan que lo hizo, hay una serie de razones por las cuales merece una condena reducida. La duda lógica es que, si el defensor está tan confiado en que no fue su cliente, no tiene sentido presentar información pertinente a la determinación de la pena. Anecdóticamente, también los defensores tienden a creer que si argumentan ambas posibilidades, los jueces tendrán la tentación de llegar a una solución intermedia en vez de absolver.

Es todo un desafío; por un lado, sería un incumplimiento de los deberes del defensor no presentar información para reducir la pena, pero si uno la presenta, disminuye la potencia del caso para la absolución.

En situaciones en que la ruta para obtener una absolución, necesariamente significa abandonar argumentos para configurar atenuantes, se tiene que conversar con el cliente

sobre la decisión. Siempre hay un riesgo de condena y él pagará con más tiempo en la cárcel. Por ejemplo, en una situación donde el cliente declaró ante la policía, pero te dice que confesó falsamente, él tendrá que decidir entre argumentar para la absolución, explicando por qué confesó falsamente, o aceptar que fue él para configurar la atenuante de colaboración sustancial.

Si no es inconsistente argumentar ambos puntos, sé abierto con el tribunal sobre el dilema. Explica que el cliente no es culpable y al hacer argumentos respecto a la pena, de ninguna manera estás indicando que no es inocente. Si es posible, pide que los alegatos y la presentación de la prueba sobre modificatorias de responsabilidad sean postergados hasta la audiencia de determinación de pena, si la llegara a haber, citando el artículo 343 y el debido proceso.

2. El cliente declarará aceptando responsabilidad de sus actuaciones para acreditar atenuantes

Si el cliente planea declarar con el propósito de recalificar el delito, o de configurar una o más atenuantes, es importante destacar el hecho de que declarará durante el alegato de apertura. Una manera de enfatizar que el cliente realmente está aportando al caso, es enunciar los derechos a los que está renunciando y los riesgos que está corriendo para presentar su historia.

Durante un alegato de apertura en que sabes que el cliente declarará, es importante ser cauto y no detallar exactamente lo que dirá por dos razones. Primero, si el cliente dice exactamente lo que dijiste que diría, su testimonio podrá tener la apariencia de que lo calzó a lo que expusiste, o peor, que fue “preparado” por ti. Segundo, si resumes mal lo que dirá y él te contradice, perderá credibilidad frente al tribunal, porque asumirán que el cliente te mintió a ti o a ellos. Por esas razones, es importante resumir las áreas del testimonio del cliente y no necesariamente los detalles.

Por ejemplo, “Mi cliente no tiene nada que ocultar y me ha informado que utilizará su derecho a declarar en su defensa. Aunque podría mantener silencio y esperar que el fiscal cumpla con su carga de la prueba, el Sr. Sánchez quiere contar lo que pasó la noche del 3 de julio. Él les explicará dónde estaba, qué se dijeron, cómo empezó la pelea y exactamente qué hizo. También escucharán al Carabinero Toro, quien verificará lo que exactamente dijo el Sr. Sánchez esa noche. El Sr. Sánchez dará la oportunidad de evaluar su credibilidad y, al final de este juicio, les pediré que recalifiquen el delito a lesiones graves y no homicidio frustrado, y que le otorguen la atenuante de colaboración sustancial al esclarecimiento de los hechos”.

3. Discusiones y casos donde la víctima da una versión y el acusado otra

En situaciones donde hay múltiples testigos con diferentes versiones, informa a los jueces que el caso del fiscal no está tan ordenado como él relata. Destaca algunas de las contradicciones entre las versiones de los testigos para establecer que no hay una versión clara de los eventos, y explica por qué esto significa que el cliente no es el responsable.

Cuando se trata de la palabra del cliente contra la de la víctima, quién es el imputado y quién es la víctima impactará la valoración de la credibilidad de ellos. Dado este fenómeno, establece quién es tu cliente y por qué no tiene una razón para mentir lo antes posible y hasta antes de relatar un esquema básico de su versión. En el relato, no des demasiados detalles para que el cliente pueda contar su historia con sus propias palabras. Esto también es estratégicamente mejor, porque el fiscal no podrá preparar a la víctima para responder a esos detalles y no tendrá una esqueleto para contrainterrogar al cliente. Si los conoces, identifica los atributos de la víctima e introduce la noción de que la víctima tiene razones para no ser completamente transparente, usando los hechos del caso.

Si no quieres que el fiscal sepa cuál es tu teoría, enfoca la atención de los jueces en las razones de por qué la víctima no está relatando lo que ocurrió, esto se verá claramente durante su contrainterrogatorio.

4. No hay buenos hechos en el caso

Muchos manuales de litigación discuten cómo organizar buenos hechos y normas, pero dedican poco espacio para hablar sobre la situación que enfrentamos muchas veces como defensores: el caso que parece perdido.

El arte de neutralizar malos hechos mejora con el tiempo, y es importante no perder la esperanza. Hay algunas tácticas para esos casos difíciles:

a. Recalca a los jueces que la carga de la prueba la tiene el fiscal y por qué no tiene evidencia para sostener su teoría. La investigación de los policías y el fiscal es un buen blanco de ataque. Avísales, sin necesariamente anunciar los defectos específicos, que la historia no es como dice el fiscal y que hay defectos en la investigación que exigen la absolución. Para darle sustancia, señala cuáles testigos serán los importantes y que su testimonio debiese ser examinado cuidadosamente.

b. A veces es conveniente dirigir el caso a establecer atenuantes, en vez de una absolución. Sácale provecho a este argumento señalando todos los derechos que tiene un imputado en el nuevo sistema, y que tu cliente libremente asume responsabilidad por sus acciones y, a cambio, pedirá que acojan sus argumentos sobre las circunstancias modificatorias de responsabilidad. Pide que, cada vez que el fiscal alargue el procedimiento con preguntas innecesarias a sus testigos, recuerden que tu cliente está aceptando los hechos. Como se verá más adelante, también se puede cumplir este propósito con las objeciones durante las presentaciones de los testigos de la fiscalía.

5. Tengo dos posibles teorías del caso

En algunos casos sin esperanzas, estás esperando que una oportunidad se presente, que uno de los testigos se contradiga, que el fiscal se olvide de algo importante, que a los jueces les desagrade un testigo, etcétera. O quizás tienes dos estrategias en mente y quieres ver cómo se desarrollan los hechos, para determinar en qué dirección apuntar. Obviamente, sería ridículo decir esto durante un alegato.

En esas situaciones, prepara un alegato que se enfoque menos en los hechos y más en que el trabajo del fiscal fue deficiente, y en humanizar al cliente, evitando comprometerse en una rendición de los hechos. El arte en esta situación es dar la impresión de que estás presentando información o hechos, sin comprometerte con una teoría o excluyendo otras.

6. El alegato de apertura en casos con condiciones favorables a la defensa

Aunque no ocurre con la frecuencia que quisiéramos, en casos óptimos tendrás muchas posibles versiones para el alegato de apertura y solamente es cuestión de determinar cuál opción es la mejor. Si la defensa es clara y definida, con hechos que favorecen al cliente, con fuertes argumentos jurídicos y morales por la absolución, no malgastes los primeros minutos de la atención de los jueces. Resume la teoría del caso y el por qué deberían absolver, recalificar el delito, o acoger las atenuantes, relatando la historia de lo que pasó. Experimenta con el orden de los contenidos para determinar cuál es el mejor. Al final del alegato, los jueces deberían tener una imagen mental que favorece al cliente.

No debieran presentarse todos los buenos hechos en la apertura para poder anunciarlos estratégicamente durante el juicio. El punto es mantener la atención del tribunal y, si conocen todos los hechos al principio, no habrá “sorpresas” buenas durante el juicio. Igualmente, es importante dar la sensación de que el caso de la defensa mejora con cada testigo y cobra un impulso positivo.

EL EXAMEN DIRECTO

1. Introducción

Como defensores penales, en general, tenemos menos oportunidades de hacer exámenes directos que contrainterrogatorios, lo que causa, a la larga, que estemos más confortados usando los mecanismos de control que aporta el contrainterrogatorio, que las preguntas abiertas utilizadas durante el interrogatorio. Sin embargo, es una habilidad sumamente importante, especialmente cuando el cliente ha tomado la decisión de declarar en el juicio oral.

El examen directo es básicamente la presentación de un testigo al tribunal con el uso de preguntas que no sugieren la respuesta, lo que comúnmente se llama preguntas abiertas (ver Art. 330). Las preguntas abiertas piden información sobre los hechos y, en general, comienzan con: ¿quién?, ¿dónde?, ¿cuándo?, ¿cómo?, ¿cuántos?, ¿qué?, describa, cuéntenos.

Esto parece relativamente fácil, pero en realidad es más difícil de lo que parece. ¿Cuántas veces has hecho una pregunta abierta, anticipando que el testigo te contestará sobre una materia, sólo para oír información que no esperabas? El problema es que las reacciones del testigo en el juicio oral no son predecibles, y las preguntas abiertas dan menos control sobre el testigo que las sugestivas.

Los testigos que no acostumbran a testificar ante un tribunal, en general, están nerviosos o asustados. Esto significa que querrán terminar la experiencia lo más pronto posible y piensan que, si contestan las preguntas con menos detalles, se irán a la casa más rápidamente. También a veces, con los nervios, se olvidan de los detalles. Otro factor que influye es que no todos los testigos pueden contar una historia coherente y saltarán de tema en tema, lo cual puede ser confuso para el oyente. Finalmente, no es poco frecuente que un testigo tenga información muy pertinente al caso, pero no lo menciona porque a su juicio no es pertinente, le da vergüenza decirlo, etc.

Con estos desafíos, el trabajo central del abogado que presenta un testigo es: **1.** investigar muy bien y de antemano lo que responderá el testigo a las preguntas, **2.** durante el juicio oral, dirigir la presentación de los hechos que conoce el testigo en el orden que maximice el impacto de la información, y la cantidad de información que los jueces puedan absorber; y **3.** usar preguntas simples y claras para que el testigo siempre sepa en qué dirección quieres que vaya. El defensor debe usar la teoría del caso para guiar estas labores.

La meta del examen directo es que el testigo describa los hechos, de tal manera que los oyentes puedan literalmente ver lo que “vio”, “sintió” o “apreció”. El trabajo del abogado es transportar a los jueces a la escena, usando al testigo como narrador de la historia. El desafío es que los testigos no siempre son buenos narradores.

El propósito de este tema es describir los factores que el defensor debería considerar en el diseño de un examen directo efectivo, la preparación del examen directo y cómo preparar a sus testigos y al cliente para declarar ante el tribunal, enfocándose en ayudarlos a no estar tan nerviosos durante el juicio. También se tratará el tema del testigo que aporta a tu teoría del caso, pero que es hostil.

2. La defensa y el orden de testigos

La defensa tiene derecho a determinar en qué orden presentar a sus testigos, y esta decisión dependerá del caso y cuántos testigos hay. En general, el principio es que el oyente se acordará más del primer y del último testigo, lo que significa que uno debiera comenzar con uno fuerte e interesante y terminar de la misma forma. Si el cliente declara primero, termina con un testigo, preferiblemente neutral, que sostenga tu teoría del caso.

También es importante rellenar la defensa en un orden lógico, para crear la sensación de que el caso mejora con cada testigo y que cada nuevo testigo aporta nuevos hechos.

Si tienes varios testigos que dicen lo mismo, considera presentar solamente uno o dos de los mejores para evitar aburrir al tribunal, obviamente, asegurándote que podrás introducir todos los hechos que necesitas para la clausura con los testigos que elegiste.

3. Factores importantes a considerar en el diseño del examen directo

El propósito del examen directo o interrogatorio, es presentar los hechos que fundamentan y sostienen la teoría del caso, destacando al testigo, su habilidad de percibir y recordar, su credibilidad y honestidad. La meta es que los jueces puedan visualizar los hechos de la manera descrita por el testigo y que determinen que el testigo, igual que los contenidos de su declaración, es fiable y creíble.

Aunque no estemos de acuerdo con que debería ser así, la realidad es que las personas evalúan el mérito de lo declarado por un testigo no solamente en base a sus dichos, sino también por factores externos a la declaración misma, por lo que quién lo dice, importa.

Factores como la apariencia, edad, profesión, acento, nivel de educación, inteligencia, habilidad para expresarse, vocabulario, y la relación del testigo con las partes influirán el valor que los jueces darán al testimonio de éste. Reconocer esta simple realidad es importante porque te ayudará a preparar y presentar un examen directo calibrado para fortalecer la credibilidad del testigo, considerando quién es.

Otro factor que se debe considerar es la personalidad del testigo y cómo deberías interactuar con él durante el interrogatorio. Es obvio que no todos los testigos son iguales, lo que significa que tienes que calibrar el examen directo para que funcione para el testigo. Es por eso que es indispensable hablar con el testigo de antemano para conocer qué tipo de persona es, y tomarlo en cuenta en el diseño del interrogatorio.

Por ejemplo, si hay materias sobre las cuales el testigo se siente muy comfortable conversando, quizás son buenos temas para comenzar el interrogatorio, abordando después las áreas más polémicas. O si el testigo usa un vocabulario básico, es más eficiente diseñar las preguntas con el mismo nivel de vocabulario del testigo, evitando términos legales, para que pueda entenderte mejor y, para que la diferencia entre él y el resto de la gente en el tribunal, se minimice.

4. Los contenidos de un buen examen directo

El artículo 298 requiere que los testigos que tienen el deber de concurrir al juicio oral declaren "la verdad sobre lo que se le preguntare y de no ocultar hechos, circunstancias o elementos acerca del contenido de su declaración" (ver Art. 298). El testigo tiene que dar "razón circunstanciada de los hechos sobre los cuales declarare, expresando si los hubiere presenciado, si los dedujere de antecedentes que le fueron conocidos o si los hubiere oído referir a otras personas" (ver Art. 309). O sea, desde el punto de vista normativo, el testigo no debiera ocultar hechos en su declaración, tiene que dar la historia completa, y tiene que fundamentar sus dichos.



El propósito de que el testigo fundamente sus declaraciones, obviamente, es que los jueces puedan evaluar cuánto valor asignar a su declaración. Esta norma es sumamente importante no sólo para el abogado interrogador sino, como se verá más adelante, también para el conainterrogador.

Aunque no existiera la norma, una declaración bien fundada será más persuasiva que una con fundamentos débiles o sin éstos. Entonces, el diseño del interrogatorio requiere la solicitud de información acerca de cómo el testigo sabe lo que dice, para luego poder argumentar que la declaración tiene mérito porque está bien fundada.

Sabiendo que el fundamento debería ser de interés para los jueces, cada examen debería contener por lo menos: **1.** la presentación del testigo al tribunal; **2.** una explicación de la relación del testigo con los hechos del caso; **3.** los hechos que fundamentan por qué los jueces deberían valorar su testimonio; y, **4.** una clara exposición de los hechos que maneja el testigo.

Tomemos un ejemplo concreto para desarrollar estas ideas:

“Tienes un caso donde hay múltiples personas involucradas en una pelea, en que la víctima sufrió lesiones menos graves, producto de una caída por la que se pegó en la cabeza con el suelo. Un vecino, el Sr. Ríos, vio la pelea desde su cocina y está preparado para declarar que tu cliente no comenzó la pelea, sino que fue la víctima. Dice que la víctima le pegó a tu cliente y hubo un forcejeo durante el cual el coimputado se involucró, y tu cliente se alejó. Durante la pelea, la víctima se tropezó y se cayó. El vecino no conoce a tu cliente, pero dice que la víctima y el coimputado son del barrio y que la víctima ha sido detenida anteriormente.

El testigo tiene 40 años, es mecánico, padre de familia y tiene tres hijos. Vive en el barrio desde hace 25 años y no tiene antecedentes penales.

a. La presentación del testigo al tribunal

Cuéntenos, ¿de dónde es usted?
¿Hace cuánto vive usted en el barrio?
¿A qué se dedica usted?
¿Se especializa en una marca de autos en particular?
¿Cuántos años lleva con el taller?
¿Qué habilidades son importantes en su trabajo?
Etcétera.

b. La relación del testigo a los hechos

¿El 15 de enero, entre las 15 y las 16 horas, dónde se encontraba usted?

c. Los fundamentos de su declaración. Es normal que alguien que está ponderando el valor de una prueba, quiera saber cómo es que el testigo sabe la información que está presentando y qué tan fiables son sus percepciones. Por ejemplo, un tribunal le dará más valor a la declaración de una persona que estaba cerca del sitio del suceso, que tuvo una buena oportunidad de ver los acontecimientos, que tiene buena memoria para detalles, que tiene buena capacidad de observación, que puede describir lo que vio, etcétera.

Sabiendo que es importante destacar que el testigo tiene un buen fundamento para su declaración, que le consta, es importante solicitar esa información, para que el tribunal entienda que es información que debería valorar.

Por ejemplo:

Punto: Establecer que la ventana de donde vio la riña queda cerca de la calle y no hubo nada que interfiera su vista de la calle.

Cómo:

¿Esa tarde qué vio?
¿Dice que vio la pelea, desde dónde la vio?
¿Qué tan lejos queda la calle de la ventana de su cocina?
¿Qué tan grande es la ventana de su cocina?
Físicamente, ¿hay algo cerca de la ventana que impida que se vea hacia la calle?
Cuándo mira por la ventana, ¿qué tan cerca de la ventana está usted?
Cuándo mira desde la ventana, ¿está parado o sentado?

Conclusión: Los jueces deberían tener una foto en sus mentes de cómo es la cocina y la ventana desde la cual el testigo vio los hechos.

Desde su ventana, ¿qué se puede ver?
Si yo pasara frente a su casa, ¿qué porcentaje de mi cuerpo vería?
¿Esto ocurrió de día, cómo estaba el tiempo ese día?
Entre la ventana de su cocina y la calle, ¿hay algo que dificulte la visual?
¿Hay árboles o arbustos frente a su casa que bloquean la vista?
¿Había alguien entre usted y las personas involucradas en la pelea?

Conclusión: Se puede ver todo desde la cocina.

¿Usa lentes o tiene problemas de vista?

d. Los hechos que conoce el testigo. Una persona que presenta una descripción detallada es, en general, más creíble que una que no aporta los detalles. Si sabes que el testigo tiene información detallada, asegúrate de darle el tiempo y la oportunidad de demostrar su valor como testigo. O sea, si te da una descripción superficial al principio, pide más detalles. Es como presentar un cuadro: asegúrate que el testigo rellene todos los detalles de la pintura para que los jueces puedan visualizarlo.

Por ejemplo:

¿Qué pasó ese día soleado cuando usted miró por la ventana de su cocina?
¿Cuántas personas vio?
¿En qué posición estaba mi cliente?
¿Dónde estaban las otras personas?
¿Qué tenía puesto mi cliente?
¿Lo había visto antes?
¿Vio quién comenzó la pelea?
¿Quién?
¿Está seguro que vio la pelea desde el principio?
¿Cómo lo sabe?

e. Qué hacer si el testigo omite información. A veces los testigos no saben a qué te refieres con tu pregunta, o se les olvida mencionar información que estimas útil. En esas situaciones, trata de hacer preguntas con suficientes detalles para que sepan en qué dirección quieres que vaya. Si eso no funciona, haz la misma pregunta de otra manera o pregunta algo como: “¿Sólo vio eso?”, lo que implica que hay otra cosa.

f. Anticipar las debilidades. Hay diferentes escuelas de pensamiento en esta área. Algunos piensan que al admitir una debilidad que conoce el fiscal, el abogado y el testigo sólo están llamando más atención al hecho, que si uno lo dejara para que el fiscal lo obtenga durante su conainterrogatorio.

Por otro lado, si es tan obvio un punto que se sabe que al fiscal no se le escapará, no se quiere correr el riesgo de que los jueces piensen que se intentaba ocultar la información, lo cual causará que el defensor y el testigo pierdan credibilidad.

No hay una solución que funcione en todos los casos y uno tiene que usar su criterio. Lo importante es analizar la situación antes del juicio oral para determinar si incorporar la información durante el interrogatorio.

Si decides que es importante discutir el tema para que el testigo pueda dar su explicación con anticipación al contraexamen, no debes llamar demasiada atención al punto. Hay dos maneras para introducir la información disminuyendo su impacto. Tomando en cuenta que el oyente está más atento al principio y al final del interrogatorio, entrega la información en el medio del mismo entre dos áreas más fuertes para ti. Segundo, no enfatices la información haciendo muchas preguntas al respecto; usa un tono de voz y ritmo de preguntas neutral y normal. La idea es repasar la información lo más rápido posible y seguir hacia un tema que les interese a los jueces.

g. Los antecedentes de tu cliente y el interrogatorio. La pregunta típica es si uno debería hablar sobre los antecedentes criminales del cliente durante su declaración.

La lógica de los defensores en los Estados Unidos, por ejemplo, es de cubrirlo rápidamente durante el examen directo sólo porque la información puede ser chocante para un jurado, y la defensa quiere que la información emane del cliente para dar la sensación de que asume los errores de su pasado. La idea es que el cliente lo mencione casi al final del interrogatorio, y después de haber explicado los hechos que sostienen su defensa, pero antes de terminar con unos buenos puntos. La lógica es introducir el hecho entre otros más interesantes y no alargar el tema.

En Chile quizás la lógica es diferente, porque los jueces conocerán los antecedentes criminales del cliente antes de que testifique. Al discutir el antecedente con anticipación a las preguntas del fiscal, se llama más la atención al hecho, que si se toma una actitud más neutral, especialmente si el antecedente es antiguo o por un delito menor.

En estos casos es mejor preparar bien al cliente para que pueda responder las preguntas difíciles acerca de su pasado cuando el fiscal se lo plantee. Es importante señalarle al cliente que no hay mucho que pueda hacer sobre el pasado por lo que es más creíble que asuma la responsabilidad por sus actos pasados, y reenfocar al fiscal en el presente. Ya se discutirá, en más detalle, cómo preparar al cliente para que declare durante el juicio oral.

h. Inconsistencias en el testimonio del testigo. No es inusual que los testigos (y tu cliente) cambien un poco su testimonio, que olviden datos, omitan información relevante, o que se contradigan en el juicio oral. A veces este fenómeno tiene una explicación inocente y es mejor que los jueces entiendan que el testigo simplemente se equivocó.

En situaciones donde puedes anticipar un problema, haz las preguntas difíciles antes del juicio oral para saber qué responderá el testigo.

Por ejemplo: tienes a un cliente que declarará en el juicio oral de manera inconsistente con lo que dijo ante la policía. Te dice que él sentía mucha presión por parte

de la policía durante esa entrevista y dijo lo que pensó que la policía quería, para que lo dejaran tranquilo. La explicación de por qué ha cambiado su testimonio es importante solicitarla durante el interrogatorio, porque es obvio que el fiscal tratará de desacreditarlo con su declaración previa. Preguntas como las siguientes serían apropiadas:

Punto: La declaración del juicio oral es la verdad.

Subpunto: Establecer que las circunstancias en que se prestó la declaración previa le causaron temor o estrés:

¿Declaró ante la policía en este caso? Describa, por favor, su entorno físico durante esa declaración

¿Cuántas personas estaban presentes cuando declaró?

¿Qué tan grande era el cuarto donde lo tenían los cuatro policías?

¿Dónde estaban ellos en relación a la puerta del cuarto?

¿Cómo estaba la puerta, abierta o cerrada?

¿Cuántos de los policías lo interrogaron?

¿En qué orden lo interrogaron?

¿Cuánto tiempo duró la interrogación por los cuatro al mismo tiempo?

¿Le dieron algo de comer durante esas cinco horas?

¿De beber?

¿Lo dejaron ir al baño? etc.

Subpunto: Comenzó diciendo lo que está declarando en el juicio oral, pero después de cuatro horas y media no daba más y les dijo lo que querían escuchar:

¿Cuál fue la primera pregunta de los policías?

La primera vez que le preguntaron dónde estaba entre las 12 y las 4 de la mañana, ¿qué les respondió?

¿Y cuál fue la reacción de los cuatro policías a su respuesta de que estaba en su casa, en su cama, con su esposa?

¿Qué se decían entre ellos?

¿Qué le preguntaron después?

¿Cuántas veces le preguntaron lo mismo?

¿Qué más le preguntaban?

¿Y qué les respondía?

Repetir. . .

¿Cuánto tiempo repitieron la rutina de hacerle la misma pregunta y usted respondía que estaba en su cama, en su casa?

¿Y después de cuatro horas y media, cómo se sentía?

¿Qué hora de la noche era?

A esas alturas, ¿cuánto tiempo llevaba sin dormir?

¿Sin comer? ¿Sin ir al baño?

¿Y qué pasó?

Subpunto: Darle la oportunidad de explicar por qué se confesó si no fue él. (No hagas estas preguntas sin saber que tu cliente podrá responderlas bien).

¿Por qué les dijo que era usted, si no lo fue?

¿Cómo podemos estar seguros de que nos está diciendo la verdad hoy?

5. El orden de presentación de los contenidos del interrogatorio

No hay una fórmula que funcione en todos los casos para determinar en qué orden presentar la información. Parte del arte del examen directo es decidirlo.

Analiza qué orden tendrá el mayor impacto, recordando que los jueces no conocerán los hechos del caso tan bien como tú y necesitarás poner al testigo en contexto. Los jueces asumirán que, si estás presentando al testigo, él tiene información pertinente al juicio y debes demostrar en los primeros minutos del interrogatorio, por qué es importante y vale la pena escucharlo.

Al respecto, hay algunos principios generales:

A. Un examen organizado cronológicamente no es necesariamente el más efectivo. Dependerá de los hechos y de la personalidad del testigo.

B. Los jueces, como el resto de los seres humanos, tienen un límite para absorber información cuando es presentada oralmente. El comienzo y el final del interrogatorio son momentos clave en que tendrás su máxima atención. Aprovecha esos momentos cubriendo información pertinente y de alto impacto. No malgastes ese tiempo en un área que toma demasiado tiempo para llegar al grano. Es mejor presentar un punto importante, y luego regresar a conversar sobre los otros puntos que quizás son cronológicamente anteriores.

C. Como la información es presentada oralmente, es importante repetirla, porque a veces llega tan rápidamente que el oyente no tiene tiempo para absorberla. Una técnica de repetición es incorporar sutilmente la nueva información (que sirve a tu caso) en algunas de tus próximas preguntas. Usa las mismas palabras que usó el testigo para causar un efecto de eco. Esta táctica es muy útil, pero usada en demasía puede causar la pérdida de su efecto, porque todos los hechos repetidos tendrán el mismo nivel de importancia en vez de destacar unos sobre otros.

D. Si estás presentando a un testigo que vio, escuchó, o de algún modo percibió los hechos, es importante establecer que tuvo una buena oportunidad de percibir los hechos, antes de discutir lo que vio.

E. Si estás presentando al testigo para aportar detalles sobre los hechos que percibió, asegúrate de que el tribunal tenga una visión clara de cómo se desarrollaron los hechos. Si el testigo olvida detalles o es vago (y sabes que tiene la información que estás solicitando), pídele más detalles.

6. Los peritos

En general, el examen directo de un perito será más fácil que el de un testigo, porque el perito sabrá lo que te interesa y se encargará de dar una “charla” sobre el tema. El tribunal estará interesado en recibir información de un experto en su área, especialmente, si percibe que la persona tiene buenas credenciales y que puede ayudarlos con las decisiones difíciles que tendrán que tomar.

Una persona es un perito en virtud de su educación o experiencia, o una combinación de ambas. En general, mientras más técnica sea el área de experticia (lo más lejos del ámbito de información que manejan los jueces), más considerarán al perito para que los guíe a una decisión. Por ejemplo, en el área psicológica, un abogado corre el riesgo de que los jueces no consideren al perito como un experto, y pueden sustituir sus propias impresiones a las del perito. El riesgo es menor cuando se trata de un médico, o de alguien que tiene información o experiencia técnica que ellos no poseen. Gran parte del trabajo del defensor es predecir la reacción de los jueces frente al perito, para luego explicar y demostrar por qué es importante que lo escuchen y adopten sus opiniones.

El contenido del examen y el orden de presentación son importantes, por lo que se tiene que trabajar con el perito para diseñar la presentación más eficiente. No dejes que el perito solamente hable de lo que se le ocurra. Planéalo de antemano. Aunque el perito es el experto en el área en cuestión, el abogado es el experto en cómo presentar esa información de la manera más efectiva.

A. Los contenidos del examen

Reconociendo que la educación y la experiencia de un profesional son sumamente importantes para su credibilidad, es importante repasar en detalle si tienen excelentes credenciales. También debes demostrar que la opinión de tu perito es consistente con una comunidad de expertos, que hay una metodología para llegar a sus conclusiones, y que esa metodología es aceptada en la comunidad en que desempeña su labor. Además, es importante establecer que el trabajo del perito (su área de experticia) es legítimo y no parte de un grupo de charlatanes que se autodesignan peritos, así como que está al día de los últimos desarrollos en su campo, habiendo revisado la literatura e investigaciones actuales que son relevantes al tema.

En resumen, el examen directo consistirá, aunque no necesariamente en este orden, en: **1.** explicar la pertinencia de la opinión del perito; **2.** acreditar al perito como experto en su campo; **3.** acreditar que el área de su experiencia es científica o digna de tener peritos; **4.** explicar la metodología empleada para llegar a su conclusión o conclusiones; **5.** indicar que la metodología es aceptable entre sus colegas de profesión; y **6.** cuáles son sus opiniones.

Si estás empleando un perito para controvertir o enfrentar al del fiscal, es importante que tu perito también comente sobre: **1.** la metodología empleada por el perito del fiscal, si no fue la correcta; **2.** cómo pudo haber llegado a la conclusión incorrecta; y **3.** la literatura

en su área que resalta las deficiencias de lógica del otro perito.

Finalmente, si tú no entiendes cómo el perito llegó a su conclusión, en general, puedes asumir que los jueces tampoco lo hicieron. En esta situación, se tiene que trabajar con el perito para que pueda explicar los conceptos técnicos en un lenguaje simple, para que puedan entender aquellos que no tienen su misma experiencia. Tienes que ayudarlo a “traducir” el lenguaje técnico al cotidiano.

a. La acreditación del perito y su campo de estudio. No cabe duda que el tribunal les dará más valor a las opiniones de un perito destacado en su área, sea por experiencia o educación. Es importante que no sólo hable sobre sus credenciales, sino que también sobre su área de experticia para que el tribunal sepa que es realmente una ciencia.

b. La metodología para llegar a su conclusión y la aceptación de ella en su campo. Parte de la legitimidad de un área científica es que hay una metodología establecida para contestar interrogantes. Pide que el perito explique la metodología que usó, por qué la usó, y qué tan aceptable es usarla en su campo. Si hay otras metodologías, como la usada por el perito de la fiscalía, pídele que explique por qué no usó las otras y por qué es mejor emplear la que eligió él.

c. Sus conclusiones. Que enumere sus conclusiones de manera tal que los jueces las puedan anotar como si fueran a usarlas para un fallo. Habla con el perito para que anuncie sus conclusiones en un orden lógico.

d. La metodología del perito de la fiscalía, ¿por qué es deficiente? y cuál es el respaldo para su opinión. Si tu perito opina que las conclusiones del perito de la fiscalía son deficientes, será más creíble si se puede referir a literatura o nuevos estudios que respaldan su comentario.

e. Usa ejemplos hipotéticos. Si cubriste áreas con el perito de la fiscalía en que sentiste que ganaste unos puntos, repasa estas áreas con tu perito mediante el uso de preguntas hipotéticas, lo que creará un eco del contraexamen.

Por ejemplo, si tu argumento es que el perito del fiscal llegó a una conclusión considerando solamente dos de cuatro factores, le podrías preguntar a tu perito qué opinaría de una conclusión basada en dos de cuatro factores. El eco resonará en los jueces, especialmente si tu perito puede usar investigaciones en su campo para demostrar que la comunidad piensa que, dos factores, no son suficientes para emitir una opinión profesional.

B. El orden de los contenidos

En general, se emplean las mismas reglas expuestas para los testigos, por lo que tampoco hay un orden que funcione en todos los casos. Lo importante es asegurar que los jueces escucharán a tu perito y tomarán en cuenta lo que dice. Si piensas que las credenciales de

tu perito llamarán la atención, comienza con ese tema. Si se trata de un peritaje psicológico, que es un área donde los jueces se sentirán quizás más cómodos dependiendo de sus experiencias, tienes que establecer con el perito que el sentido común no es suficiente para explicar los hechos y que lo necesitan a él para hacerlo.

Si el peritaje involucra mucha información técnica o científica, quizás es mejor comenzar con sus credenciales para asegurar que los jueces estén escuchando al perito.

7. El testigo hostil

Aunque no es una situación ideal, a veces encontrarás a un vecino o tercero que vio los hechos, pero no quiere participar en el juicio oral, sea por miedo, o para no involucrarse en el proceso. En situaciones donde el testigo es vital para la defensa, siendo la diferencia entre absolución y condena, tienes que asumir que posiblemente será hostil durante el interrogatorio.

En esta situación trata que el interrogatorio sea lo más normal posible, haciendo preguntas claras, fáciles y razonables para enfatizar que es el testigo quien no esta cooperando. Si el testigo trata de evadir el dar una respuesta, dice que no se acuerda y es difícil, hay varias tácticas que puedes usar.

- Primero, persiste, no te rindas.
- Asegúrate de que los jueces sepan que el testigo tiene información pertinente al juicio, pero que no está cooperando.

Por ejemplo,

- ¿Se acuerda del 11 de noviembre, cuando yo y un fotógrafo fuimos a su barrio?
- ¿Se recuerda que estábamos en la esquina tomando fotos cuando usted vino a hablar conmigo?
- ¿Qué me dijo cuando yo me presenté y le di mi tarjeta de presentación?
- ¿Qué me dijo acerca de la pelea que había presenciado?
- ¿Está diciendo aquí que no me conoce?
- ¿Está diciendo aquí que nunca ha hablado conmigo?

- Persiste en hacer preguntas para poder usar a la persona que presenció tu conversación con el testigo para rellenar la información, en este caso el fotógrafo. Luego presenta al fotógrafo como testigo.
- Pide que los jueces usen la facultad del artículo 292 de exigirle al testigo que responda a las preguntas como corresponde, según el artículo 298.
- Si los jueces no te ayudan, deja una constancia de lo que hubiera dicho el testigo si los jueces hubieran acogido tu petición.

Por ejemplo, “Sus señorías, quiero dejar constancia para el registro de que si aco-

gieran mi petición, el testigo confirmaría que vino a hablar conmigo y el fotógrafo mientras recorriamos la escena, que le di mi tarjeta de presentación, que habló conmigo voluntariamente, que me explicó que mi cliente no fue el que comenzó la pelea, sino que fue la víctima, que me contó que la víctima se cayó y que no fue empujada por mi cliente como acusa el fiscal. Pido que usen la facultad del artículo 292 y pidan que el testigo confirme este resumen de su testimonio previo”¹⁴.

8. Técnicas avanzadas

Lo más importante es que los jueces se hagan el dibujo mental que quieres que tengan. El interrogador puede usar su voz, el ritmo de las preguntas, y el nivel de detalle para producir el efecto deseado.

9. Títulos o guías para los jueces y el testigo

La defensa tiene el reto de presentar a sus testigos a continuación de los de la fiscalía por lo que los jueces estarán un poco fatigados, especialmente si el fiscal presentó varios testigos. Aunque no es diplomático decirlo, uno tiene que pensar en tácticas para mantener la atención del panel durante la presentación. Piensa en cómo lo haría un docente, enseñando después de almuerzo o un viernes por la tarde, justo antes de un fin de semana largo.

Una táctica para mantener el interés del tribunal e indicar que se trata de un buen momento para prestar atención, es mediante el uso de “títulos”.

Por ejemplo, con un perito:

Quisiera que le contara al tribunal sobre sus estudios, especialmente aquellos que realizó en Europa.
Cuéntenos, ¿en qué universidad se tituló usted?

Otro ejemplo,

Hablemos sobre la reputación del Sr. Pérez en su barrio.
¿Hace cuánto tiempo lo conoce?

14. En los Estados Unidos, el proceso de resumir la información que hubiera presentado si no fuera por la decisión del tribunal, se llama una oferta de prueba – an “offer of proof”. La lógica es que el tribunal debería saber lo que está excluyendo antes de tomar su decisión y, si no hay un registro en qué consistía la prueba, es difícil que una corte pueda determinar si hubo un error procesal y la gravedad de ese error. Estas ofertas se usan cautamente pues es vital ser muy claro sobre los hechos que presentaría y tener un excelente respaldo. Una parte también puede pedir una oferta de prueba del otro. La idea es que uno no puede evaluar si debería objetar o pedir la exclusión total de la prueba, si no sabe en qué consiste.

10. La rapidez de los acontecimientos

A veces queremos crear la sensación de que los hechos ocurrieron lentamente, que el testigo tuvo suficiente tiempo para mirar, contemplar, absorber y recordar lo que vio o escuchó. Una manera de enfatizar que el testigo tuvo amplia oportunidad de observar es alargar el tiempo de la conversación sobre los hechos, tocando y desarrollando detalladamente subpunto por subpunto, haciendo una pausa entre cada uno.

Es como ser el cineasta y mostrar un video de los acontecimientos. Si quieres crear la sensación de que todo pasó volando, las imágenes vienen rápidamente, una tras otra, con poco tiempo para evaluarlas independientemente. Para hacerlo parecer lento, se puede usar el mismo número de imágenes, pero haz una pausa en cada imagen, para evaluar y detallarla, antes de pasar a la próxima.

11. Fijar distancias y medidas

No todos los testigos tienen la misma capacidad de medir las cosas en metros o kilos. No es raro que un testigo diga "el auto andaba súper rápido", sin saber cómo dar más información. Como defensor, si te interesa que elabore qué tan rápido iba, ayuda al testigo con el uso de una analogía o comparación que demuestre su habilidad para percibir. También es importante que las distancias que está indicando el testigo queden registradas, y la única manera de hacerlo es pedir que haya una estimación de la distancia indicada por el testigo.

Por ejemplo, el testigo dice que "el tipo que robó la cartera era alto, no bajo como su cliente".

P: ¿Qué tan alto era?

R: No le sabría decir con exactitud, no soy buena para medir las cosas.

P: Nos contó que la persona que robó la cartera pasó al lado suyo, ¿qué tan alto era en comparación a usted?

R: (El testigo demuestra con las manos)...Como así.

P: Solicito que el registro consigne que el testigo está mostrando aproximadamente 40 centímetros.

P: ¿Cuánto mide usted?

P: Entonces, si usted mide un metro cincuenta y nos mostró cuarenta centímetros, ¿Entonces es una persona muy alta, de un metro noventa?

12. La preparación de los testigos

No se puede enfatizar suficientemente qué parte indispensable de un buen interrogatorio es una buena preparación previa del testigo. Algunos piensan que no es ético hablar con los

testigos de antemano porque tienen miedo que los fiscales los acusen de haber fabricado evidencia o coaccionado al testigo si lo “preparan” para declarar.

Quizás la palabra “preparar” a un testigo para el juicio oral tiene una mala connotación por lo que es cuestión de encontrar una nueva palabra. Pero más allá de eso, es importante entender por qué es importante conversar con los testigos de antemano.

Primero, como abogados, tenemos el deber de ser honestos con el tribunal y no presentar testigos que mienten. ¿Cómo se puede determinar si una persona está mintiendo o le va a mentir al tribunal, si no has hablado con él antes del juicio? Si sabes que está mintiendo, simplemente no lo presentes en el juicio oral.

Segundo, tienes el deber ético de presentar sólo testigos que aportan a la defensa de tu cliente, no los que lo vayan a perjudicar. A veces nuestros clientes están convencidos de que un testigo ayudará su causa, pero al conversar con él, uno determina rápidamente que será contraproducente que testifique. Si no has hablado con el testigo, no sabrás qué tipo de persona es y qué tan creíble será y, en definitiva, si deberías presentarlo al tribunal.

Durante la reunión de preparación:

- Explica qué pasará en el juicio oral, cómo es un tribunal, indica quiénes estarán presentes, quién le hará preguntas.
- Advértele que puede ser un poco estresante hablar frente a mucha gente, pero que si piensa en la situación como una conversación contigo, o con un amigo, será más fácil. Tú vas a estar presente y le harás las mismas preguntas de siempre.
- Explica que le harás las mismas preguntas que le vas a hacer en el juicio, para que pueda sentir cómo va ser en el juicio oral.
- Es importante que entienda que no hay respuestas “correctas” o “incorrectas”. Lo único importante es que diga la verdad. Si siempre dice la verdad, no tendrá ningún problema.
- Repasa las preguntas que le vas a hacer, planteándole las preguntas difíciles sin ser agresivo. Por ejemplo, pregunta ¿por qué? ¿Explíqueme por favor?, etc.
- Haz las preguntas en el orden que planeas para el juicio.
- Explica que en el juicio, después de hablar contigo, el testigo hablará con el fiscal y los jueces.
- Dile que el estilo de preguntas será un poco diferente y que actuarás como el fiscal, para que el testigo sepa cómo es. Explica que cuando esté hablando con el fiscal, todavía está involucrado en una conversación. Si el fiscal no quiere participar en la conversación, no importa, lo importante es que el testigo se mantenga con

mentalidad de tener una conversación. O sea, si tiene más para contar, que lo cuente, pero si respondió completamente a la pregunta, no agregar más.

- Sólo debe contestar la pregunta si la entiende. Si no la entiende, dile que no se preocupe, porque los abogados a veces hacen preguntas confusas y que puede pedir que el abogado le repita la pregunta.
- Si no sabe la respuesta, que lo diga. No es necesario saberlo todo y, bajo ninguna circunstancia, debería inventar una respuesta.
- Explica que si el fiscal o tú preguntan si han conversado anteriormente, obviamente, la respuesta es sí, que han conversado y cuántas veces. No hay nada malo en hablar contigo y, si le preguntan de qué hablaron, que diga la verdad y que tú le advertiste que tenía que decir la verdad.

13. La preparación del cliente para el examen directo

En una medida importante, la preparación del cliente es similar a la de los testigos, pero hay que dedicarle más tiempo. Una sesión de preparación con el cliente no bastará.

Durante estas sesiones, explícale exactamente lo que pasará en el juicio oral. Si está libre, pídele que vaya a ver un juicio oral para que se familiarice con el proceso. Explícale cómo te puede ayudar durante el juicio oral, especialmente si estarás solo en la audiencia (los clientes son muy útiles durante el juicio oral, ponlos a trabajar tomando notas sobre lo que dicen los testigos, para que puedas usar sus notas para finalizar tu clausura).

En las semanas antes del juicio oral deberías simular el interrogatorio cada vez que lo visites. Avísale que practicarán para responder las preguntas del fiscal. Explícale que el fiscal tratará de confundirlo, ponerle palabras en su boca, y que él debe siempre escuchar y entender bien la pregunta antes de responder, sin enojarse con el fiscal, que siempre intente responder a las preguntas, y no ser evasivo.

En estas sesiones no dejes de hacer las preguntas difíciles, porque el fiscal no lo dejará de hacer. Si es un caso importante, y piensas que el cliente necesita más práctica respecto a preguntas sugestivas, pide a un colega que lo conainterrogue.

Explora técnicas para que esté calmado durante el juicio oral. Por ejemplo, un dato que ha ayudado a mis clientes es decirles que piensen en el interrogatorio como si fuera una conversación con un amigo. Le está contando la historia a alguien que está interesado. Cuando hable con el fiscal pídele que mantenga esa actitud.

14. La declaración del cliente y los dilemas éticos

Elegir cuándo declarará el cliente, si lo hará, es difícil porque hay una tensión entre la conveniencia de que declare lo antes posible, y el principio constitucional que indica que no necesita hacerlo antes de que el fiscal termine su presentación, porque se presume inocente. La idea es que el cliente sólo se defienda si es necesario, esto es, si el fiscal ha cumplido su carga de prueba. ¿Por qué hacer que declare si no necesita hacerlo?

Por otro lado, existe el temor de que el tribunal piense que tu cliente está fabricando su testimonio para que concuerde con el de los testigos, de manera que le creerían más si testifica al principio del juicio, que si lo hace al comienzo del caso de la defensa o como último testigo de la defensa.

El problema de sucumbir a este temor es que, la decisión táctica de cuándo testificará el cliente, se puede convertir en una señal o signo directo del defensor al tribunal, acerca de si estimamos que nuestro cliente es creíble.

Si presentamos a los clientes creíbles al principio y los menos creíbles al final, con el tiempo comenzaremos a anunciar nuestra evaluación al tribunal. El peligro es que esta decisión se convierta en letreros: “Éste es inocente” o “Éste es culpable”.

Para evitar lo anterior, es importante resolver cuándo declarará y, en lo posible, aplicar este criterio uniformemente. Si decides que siempre declararán al principio, todos los que van a declarar lo hacen en ese momento. Si lo harán durante el caso de la defensa, todos los hacen en ese momento. Los jueces se acostumbrarán a tu orden y no pensarán en cuál es tu estrategia.

Entre las dos opciones, opino enfáticamente que debiera hacerse durante el caso de la defensa, y no antes del caso del fiscal. ¿Por qué? La presunción de inocencia es un concepto que va contra el sentido común —en general pensamos que si la policía y el fiscal dicen que fue el cliente, tuvo que haber hecho algo— y la defensa debe cultivar y reforzar este derecho con sus acciones y sus palabras. Al presentar al cliente al principio del caso, sin haber escuchado la prueba de la fiscalía, fortalecemos el prejuicio de que nuestro cliente hizo algo malo, y reforzamos la percepción de que los imputados mienten cuando les conviene.

Sin embargo, si como defensores nos plantamos firmemente del lado de la presunción de inocencia, el cliente testificará sólo cuando sea necesario para la defensa y cuando haya que responder a la evidencia del fiscal. Al principio será difícil, pero es importante informar al tribunal por qué el cliente está declarando al final del caso, que se está amparando en su derecho a ser presumido inocente, y sólo hablará siempre y cuando sea necesario refutar la prueba del fiscal. Es mejor que el tribunal entienda que es el abogado el que le está aconsejando declarar más tarde en razón del principio referido, y no que el cliente tiene temor a declarar. El reto es que el tribunal se acostumbre a la práctica de que tus clientes declaran al final del caso.

Obviamente, se tiene que considerar que es el cliente quien tiene el derecho a declarar cuando quiera, lo que significa que puede tomar la decisión de hacerlo antes de rendirse la prueba fiscal, aunque su defensor no esté de acuerdo. Dado este derecho, uno debe explicarle la consecuencia de esperar hasta la rendición de prueba de la defensa para declarar, y dejar que el cliente consienta hacerlo al final. Esta conversación tiene que llevarse a cabo antes del juicio oral.

Adicionalmente, hay otros dilemas éticos que surgen cuando un cliente decide declarar y sabes que va mentir, sea porque te avisó que lo hará o porque te ha señalado que es culpable, de lo cual puedes deducir que mentirá.

Si él decide declarar y te avisa que mentirá, tienes que tratar de convencerlo de no declarar y, en lo posible, demostrar por qué será peor si lo hace. Advértele que no puedes dejar que le mienta al tribunal, y de los pasos que tendrás que tomar para prevenir la comisión de fraude en el juicio oral.

En el juicio se presentan varias opciones, pero todas se centran en tomar acción para que tú no ayudes al cliente en su mentira, pero al mismo tiempo, no divulgues sus confidencias.

EL CASO DEL FISCAL

Aunque no sea obvio, la presentación del caso del punto de vista de la defensa comienza durante la presentación de la evidencia del fiscal. Cuando el fiscal presente sus testigos, la defensa tiene que estar atenta para que el fiscal no introduzca pruebas que son inadmisibles, o haga argumentos que no corresponden. Las objeciones son clave para excluir evidencia o señalar su debilidad.

Otra importante función de la defensa durante esta fase del juicio es la de presentar la teoría de la defensa durante cada contrainterrogatorio, y de preparar argumentos acerca del valor que se debiera otorgar a la prueba del fiscal. Es importante que las preguntas hechas durante los contraexámenes, funden los argumentos que se presentarán más tarde con los testigos de la defensa y durante la clausura. Por ejemplo, si tu teoría es que los hechos ocurrieron como dicen tus testigos, comienza a plantar las semillas de su versión durante los contraexámenes de los testigos de la fiscalía. La siguiente sección detalla estas dos labores.

Las objeciones

1. El propósito de las objeciones

El proceso de interponer objeciones no está explícitamente anunciado en el Código, pero ha surgido en la práctica como el mecanismo para implementar, o dar sustancia a las normas que regulan el tipo de prueba que es admisible durante el juicio oral y, cómo esta prueba debe ser presentada durante el juicio.

En teoría, las objeciones cumplen varias funciones en el juicio oral. Principalmente, se interponen con el fin de prevenir la introducción de información impertinente, ilegalmente obtenida, o de otra forma inadmisibles. El otro propósito principal, desde el punto de vista del defensor, es el de asegurar que el fiscal, o el querellante no testifique en lugar del testigo, con el uso de preguntas sin fundamento en los hechos, o sugiriendo las respuestas, y que la manera en que se realice el juicio esté conforme con las normas contenidas en el Código.

Anecdóticamente, en la práctica, las objeciones son interpuestas después que el interrogador plantea su pregunta y antes que el testigo responda, pero no hay nada en el Código que limite interponer una objeción solamente después de una pregunta.

Al recibir una objeción, el tribunal pedirá su justificación y el interrogador tendrá una oportunidad para responder. Luego, el tribunal decidirá si acogerá la objeción. El interrogador también puede retractarse de su pregunta, reformulándola si decide persistir con esa línea de preguntas.

La habilidad de objetar estratégicamente depende de varios factores: poder identificar las preguntas, respuestas o argumentos objetables; justificar la objeción en un contexto más amplio que solamente el Código, y saber cuándo se debe objetar.

2. ¿Cuándo se debiera objetar?

Lógicamente, no se objetan todas las preguntas técnicamente objetables: hay que ser estratégico al interponer objeciones para maximizar la posibilidad de que la objeción cumpla el objetivo deseado. Por ejemplo, si uno objeta cada vez que un fiscal se equivoca, el tribunal se cansará y comenzará a sentir pena por el fiscal o, peor, lo comenzará a ayudar.

Al tomar la decisión de objetar, el defensor debe balancear varios intereses, los cuales pueden estar en tensión, y debe tener claro cuál es el objetivo de la objeción. Como fue discutido, las principales motivaciones para interponer una objeción son prevenir la presentación de información que uno no quiere que el tribunal reciba como prueba, o para quejarse de la manera en que se introduce esa información.

Más allá de los propósitos de las objeciones, en el análisis de objetar o no, hay que estar pendiente de los efectos colaterales que tiene una objeción.

Por ejemplo, la objeción tendrá el efecto de llamar más atención a la información que está por presentarse, ya que, simplemente por interrumpir el flujo de las preguntas y respuestas habrá una pausa durante la cual el tribunal necesariamente tiene que prestar atención. A veces uno quiere la pausa y otras veces no, y el balance consiste en determinar qué tan importante es la exclusión de la prueba y cuán posible es que el tribunal acoja la objeción.

Habrán situaciones donde se perderá el debate, llamará más atención al tema, pero se tiene que objetar específicamente cuando uno de los derechos del cliente será violado, o donde la objeción pudiera generar una causal para anular el juicio.

En algunas situaciones la objeción puede tener el efecto de que la contraparte simplemente se retracte de su pregunta y la mejora, lo que significa que la prueba entra más claramente que si uno no hubiera objetado. Del otro lado está la posibilidad de que la contraparte esté tan afectada por la objeción que, en vez de reformular su pregunta para que no sea objetable, se desiste y salta a otro tema o, peor, deja de interrogar. Entonces, uno tiene que balancear esas posibilidades cuando decide objetar.

La realidad es que, a veces, una pregunta mal formulada puede tener un efecto positivo y uno tiene que ser cauto al interponer objeciones en esa situación. Por ejemplo, algunos jueces tienen el hábito de hacer preguntas a los testigos que van más allá de simplemente aclarar la declaración. En algunas situaciones, el juez te puede estar ayudando, haciendo preguntas u obteniendo información que beneficia al cliente. Entonces, antes de objetar inmediatamente, pondera tu deseo de que el juez no sea demasiado activo, con la posibilidad de que obtendrá información beneficiosa para la defensa.

En resumen, antes de objetar, uno debiera preguntarse:

- ¿Cuál es mi propósito al objetar?
- ¿Qué tan importante es la información que estoy objetando?
- ¿Es vital que objete para preservar un argumento para un eventual recurso?
- ¿Qué pierdo si no objeto?
- ¿Qué ganaré con la objeción, sin pensar en si el tribunal acoge el argumento?
- ¿Qué perderé si no acogen mi objeción?

3. Tema ético

Aunque no hay una norma que regule este ámbito, es importante interponer sólo las objeciones que puedes justificar legalmente. Con tal que tengas un argumento que pueda justificar la objeción, se puede interponer, obviamente considerando los efectos que tendrá sobre el tribunal.

En un sistema repetitivo, se debe considerar que los jueces se formarán una opinión global acerca de tus objeciones. La realidad es que si uno objeta demasiado, los jueces tenderán a no respetar tanto tus objeciones y te verán como un obstruccionista.

El problema con esta realidad es que, como defensores públicos, no podemos dejar de objetar solamente porque no les agrada a los jueces. Tenemos el deber ético de representar a nuestros clientes lo mejor posible y, si hay una objeción, especialmente una que podría limitar la presentación de información dañina para nuestro cliente, la tenemos que hacer. En otras palabras, uno no debiera dejar de objetar simplemente porque queremos caerles bien a los jueces. De otro lado, se tiene que balancear con el hecho de que uno no quiere perder credibilidad ante el tribunal.

4. Normas que regulan la prueba y la presentación de la misma, que son la base de las objeciones

4.1 Constitución Política

Aunque es fácil olvidarse, la defensa puede interponer objeciones no solamente basadas en el Código Procesal Penal, sino también en los derechos constitucionales y en los tratados internacionales como el debido proceso, el derecho a ser presumido inocente, y el derecho a la defensa, entre otros. Obviamente, el juicio oral tiene que cumplir con estas normas fundamentales, lo que significa que si hay un procedimiento que infringe esas garantías, se puede y debe objetar.

Cuando el tribunal pide una explicación, es importante explicar el propósito de la garantía y cómo la pregunta, respuesta o alegato infringe la garantía. Adicionalmente, se puede argumentar el peligro para el sistema, o el daño que causaría si el tribunal permitiera el procedimiento de tal manera. Sistémicamente, ¿cuál será el mal causado si el tribunal acepta este tipo de prueba?

4.2 Código Procesal Penal

a. Prueba ilícita (artículo 292). En lo posible, es importante señalarle al tribunal que la evidencia que están por escuchar, desde el punto de vista de la defensa, fue ilegalmente obtenida por varias razones. Por ejemplo, es importante que el tribunal sepa que el juicio podría ser anulado por no haberse excluido la evidencia. También es posible que le den menos valor a la prueba, o que el tribunal pierda un poco de confianza en el policía, o al fiscal que realizó la diligencia.

El argumento jurídico es que el tribunal tiene la facultad de limitar alegaciones con aspectos inadmisibles (ver Art. 292) y la prueba que es producto de un acto ilegal, debe ser excluida o no considerada (ver Art. 276 CPP).

Por ejemplo, el fiscal intenta solicitar información sobre la declaración que el cliente le dio a la policía antes de la lectura de sus derechos. La teoría de la defensa es que la declaración fue coaccionada y quiere que el tribunal crea la versión que cuenta el cliente en el juicio oral, no la versión rendida a la policía.

La defensa objeta: “Objeción, la pregunta solicita información que fue ilegalmente obtenida. Esa declaración es producto de una detención ilegal donde mi cliente fue interrogado antes de haber sido informado de sus derechos”.

El propósito detrás de la objeción es doble: uno quiere que el tribunal no sepa lo que se dijo anteriormente y, segundo, que si decide recibir la prueba, le dé menos valor dado el peligro de que haya sido coaccionado.

En general, cuando uno objeta, se debe complementar la objeción, en lo posible, demostrando las deficiencias de la prueba durante las otras fases del juicio oral, especialmente durante los interrogatorios y la clausura. En el ejemplo anterior, si el tribunal no acoge la objeción y el tribunal escucha la declaración previa del cliente a la policía, el defensor debiera demostrar el aspecto coactivo de la interrogación durante los conainterrogatorios de los policías, con el interrogatorio del cliente¹⁵, y la clausura.

b. Prueba no presentada oportunamente (Art. 336 inc. 1°). Este requerimiento es sumamente importante para la defensa, porque va al corazón del nuevo sistema procesal penal y el derecho a un juicio oral. El punto central durante todas las etapas del proceso es asegurarse que el cliente esté informado de los antecedentes que se le imputan y así otorgar una oportunidad suficiente de responder a esas acusaciones. Para asegurarse que este derecho sea protegido, se requiere que el fiscal anuncie su prueba durante la audiencia de preparación del juicio oral.

Si el fiscal desea presentar pruebas no anunciadas oportunamente, tiene que cumplir con los requisitos del artículo 336, según el cual el tribunal tendrá la discreción de admitir la prueba “cuando se justificare no haber sabido de su existencia sino hasta ese momento” (ver Art. 336).

Si durante unos de los interrogatorios el fiscal solicita, o el testigo menciona una prueba que debiera haber sido anunciada previamente, objeta rápidamente. No esperes, interrumpe al testigo e informa al tribunal que está entrando en un área sobre la que no recibiste notificación previa.

Luego, hay varias posibilidades, pero en general el objetivo es demostrar que el fiscal debiera haberte avisado sobre la información (lo supo antes de la audiencia) para pedir su exclusión. Esto se puede hacer sin la presencia del testigo, o pidiendo que el tribunal establezca con el testigo cuándo le dio la información al fiscal.

A veces, no sabrás inmediatamente si la totalidad de la nueva información ayuda, perjudica, o es neutral para el cliente. Antes de argumentar la exclusión de la prueba, pide una pausa para que puedas determinar de qué se trata. En lo posible, intenta que el tribunal no escuche la información (porque si los jueces escuchan la evidencia, les afectará aunque

15. Aquí uno podría invocar el artículo 326 y pedir que el cliente aclare sus dichos, para explicar la situación coactiva en la cual se encontraba.

determinen que tiene que ser excluida, lo que va en contra del concepto de que el juez de garantía debe regular la exclusión de evidencia). No habrá mucho que puedas hacer sobre la información que los jueces ya escucharon. Dependiendo de en qué consista la información, a veces necesitarás más tiempo para preparar una respuesta o investigar la información. Pide un receso del juicio para tal investigación, si es que fuere necesario.

Si los argumentos no son acogidos, destaca detalladamente todas las oportunidades que el testigo tuvo para mencionar la información al fiscal o la policía, para luego argumentar que el tribunal no debiera darle valor a la prueba, porque pudo haber sido manufacturada o creada.

c. Prueba sobre prueba (Art. 336 inc. 2°). Un tema ligado con lo anterior es la doctrina de la prueba sobre prueba, conforme a la cual una parte puede presentar nueva prueba cuando con ocasión de la rendición de una, surge una controversia acerca de su “veracidad, autenticidad o integridad”. No es necesario justificar por qué la prueba sobre prueba no fue ofrecida oportunamente, basta con acreditar que no fue posible “prever su necesidad”.

Por ejemplo, el fiscal tiene el audio de la llamada de emergencia que recibió la policía donde parece que una porción del audio fue borrada. Tú contratas a un perito que confirma que efectivamente así fue. El fiscal decide no usar el audio y no lo anuncia durante la audiencia de preparación del juicio oral. Como la defensa no propone usar el audio, el tema parece estar enterrado, cuando por sorpresa, el audio surge como tema y se solicita escucharlo. Asumiendo que el fiscal puede establecer una justificación (lo que es dudoso) y el tribunal admite el audio, el tribunal debiera permitir el testimonio del perito para declarar acerca de la integridad del audio, como prueba sobre prueba, porque la defensa no puede haber previsto la necesidad del perito.

d. Pertinencia (artículos 272 y 292). La objeción por impertinencia tiene por objeto limitar la presentación de información al tribunal, no de regular cómo se presenta. La objeción se basa en la facultad del tribunal de mantener el orden e “impedir que las alegaciones se desvíen hacia aspectos no pertinentes”.

El Código no contiene una definición de qué es un tema “no pertinente”, lo que significa que uno debe construir un argumento para determinar si una prueba es pertinente o no¹⁶. En general, se evalúa la pertinencia de una prueba en el marco de los hechos del caso y cómo la prueba se relaciona con esos hechos. Por ejemplo, si el fiscal tiene que comprobar tres elementos y trata de introducir información que no se relaciona con esos tres elementos, la información no es pertinente.

16. Por ejemplo, el estándar federal estadounidense para pertinencia es: “evidencia que tiene cualquier tendencia de hacer la existencia de un hecho, de consecuencia en la resolución de la causa, más probable o menos probable de lo que hubiera sido sin la evidencia” (ver Regla Federal de Evidencia 401 que dice: “‘Relevant evidence’ means evidence having any tendency to make the existence of any fact that is of consequence to the determination of the action more probable or less probable than it would be without the evidence”). Este estándar es amplio, pero se tiene que considerar que el análisis de admisibilidad de la evidencia pertinente, es regulada con otras normas, para salvaguardar los derechos constitucionales y la fiabilidad de la prueba presentada (ver Regla Federal de Evidencia 402, 403, 404, entre otras).

La defensa tiene que estar muy pendiente acerca de preguntas que entran en áreas que parecen ser más para deshonrar que establecer lo que supuestamente hizo. Esta es un área donde se deberían interponer objeciones si la información es dañina, especialmente si puede fundar un argumento para la nulidad del juicio.

e. Producirá efectos dilatorios (Arts. 276 y 292). Estos argumentos son interpuestos para limitar o excluir la repetición del mismo testimonio en contra del cliente.

Aunque tácticamente con frecuencia es útil tener más que un testigo de un acontecimiento, porque es raro que coincidan completamente en sus historias, lo cual da posibilidades para contraexaminarlos, hay situaciones donde es mejor que no se repita la misma información.

A veces es aconsejable tratar de eliminar un testimonio duplicado del de otro, argumentando que sólo tendría un efecto dilatorio. Frente a este argumento, el fiscal tendrá que justificar la necesidad del testigo adicional, lo cual te dará un preestreno de su evidencia.

Esta objeción debiera ser usada cautamente, porque en algunas situaciones en que el fiscal sea repetitivo, es mejor para la defensa; el tribunal se enojará con el fiscal por ello y tanta información tendrá el efecto de disminuir el impacto de la evidencia.

f. Preguntas repetitivas (Arts. 276 y 292). El tribunal tiene la facultad de organizar el orden del juicio y, en la práctica, acoge argumentos de que una línea de preguntas es repetitiva. Los fiscales frecuentemente hacen preguntas para que el testigo pueda repetir los hechos en contra del cliente: objetiva, porque la reiteración de la información es dañina, ya que refuerza la información en la mente de los jueces.

g. Declaración sin fundamento o razón circunstanciada (Art. 309). El artículo 309 es un arma fuerte para la defensa, en el sentido que requiere que un testigo dé una “razón circunstanciada” de los hechos sobre los cuales declara.

Este requerimiento va al corazón del tema: su propósito parece ser que el tribunal debiera considerar información que, de algún modo, es lo suficientemente fiable. Si el testigo no informa por qué lo que declara le consta, la prueba no debiera ser admitida.

Se debe notar que el Código anuncia tres maneras para substanciar su declaración, pero las tres no son igual de fiables. La primera es que el testigo puede declarar en base a lo que vio, lo que dedujo basándose en antecedentes que le son conocidos, y lo que escuchó de otras personas.

Las últimas dos maneras de establecer una “razón circunstanciada” contenidas en el Código son sumamente problemáticas, porque la prueba puede fácilmente ser manipulada por terceros que no están presentes en el tribunal. Por ejemplo, si el tribunal no tiene los antecedentes en los cuales el testigo se basa, no puede determinar si el testigo dedujo correctamente la evidencia, o si los antecedentes mismos son fiables. El peligro con la tercera manera de fundar una declaración –lo que dijeron otras personas– es que es difícil determinar si la persona que declara escuchó bien lo que dijo un tercero, y también, es posible que le hayan mentido al testigo y él simplemente esté repitiendo las mentiras del

tercero. Dados estos problemas, en general, un testigo debe testificar en base a lo que vio o percibió, pero una parte no puede usar las declaraciones hechas fuera del tribunal para comprobar la veracidad de esos contenidos, lo que se refiere como la regla "hearsay".

Dado que la realidad es que el Código chileno permite declaraciones fundadas en información que es difícil verificar, es importante resaltar los peligros de esta prueba con el uso de objeciones y el contraexamen.

Por ejemplo, uno puede argumentar que el tribunal no debiera considerar la información presentada por el testigo porque no está bien fundada. O se puede argumentar que antes de que el testigo declare sobre los hechos, dé un fundamento, que explique su "razón circunstanciada".

En un ejemplo fácil, el fiscal le pregunta al testigo: "¿Cuéntenos qué pasó?", antes de establecer que el testigo estaba presente en el lugar de los hechos. Uno podría objetar por falta de una razón circunstanciada.

En general, uno objeta cuando es obvio que el testigo no tiene una fundamentación para decir lo que anticipas que dirá, no le consta. Si se sabe que el fundamento sobre el cual se construirá su declaración es pobre, objeta.

Uno también podría argumentar que esta línea de preguntas son "engañosas", como se verá más adelante.

h. Asume hechos que no están en el registro o el fiscal está testificando. Aunque no hay una norma que explícitamente cubra esta situación, esta objeción se funda en el principio de que los testigos rinden las "pruebas", no los abogados, quienes solamente presentan argumentos. Este principio legal está incorporado en el contexto de la estructura del Código y en la asociación de los abogados con "argumentos" y de los testigos con "declaraciones" o "prueba" (ver Art. 291, 323, 325, 326).

El problema surge frecuentemente durante el interrogatorio de los testigos del fiscal, cuando éste incorpora hechos o información en su pregunta que todavía no se han establecido como prueba con el testimonio del testigo.

Por ejemplo, el testigo está contando qué hicieron la noche de los acontecimientos y todavía no ha mencionado específicamente a dónde fueron. En vez de preguntar, "¿a dónde fueron esa noche?", el fiscal pregunta, "¿y fueron a algún restaurante?".

La pregunta no es estrictamente sugestiva en el sentido que no sugiere una respuesta: el testigo puede decir que sí fueron a un restaurante o que no. El problema con la pregunta, y la razón por la cual es objetable e inapropiada, es que asume el hecho de que fue a un restaurante, lo que no está en evidencia todavía.

En el ejemplo anterior, la pregunta no es tan problemática si el hecho de que fueron a un restaurante no es dañino, o que el fiscal fácilmente podrá presentar que fueron a un

restaurante. El problema se hace grave cuando el fiscal está constantemente introduciendo información de esta forma, de tal manera que pueda “testificar” acerca de información que realmente sí te importa que no venga del fiscal. Es importante romper el hábito de los fiscales de introducir nueva información al juicio con el uso de preguntas abiertas, pero que asumen hechos no presentados por el testigo.

Otra manera de argumentar el mismo concepto es decir que es una pregunta “engañosa”, porque el fiscal está tratando de testificar en lugar del testigo, lo cual es una manera de “engañar” a los jueces y al testigo.

i. Sugestiva (Art. 330). Esta objeción se dirige a la manera como se introduce la prueba al juicio oral, no necesariamente para regular la admisión de la información al registro. Como se discutió anteriormente, la regla básica es que la parte que presenta al testigo no puede hacer preguntas que “sugieren la respuesta”.

j. Engañosa (Art. 330). La pregunta engañosa no está definida en el Código, lo que presenta un área rica para argumentar. Uno puede argumentar que preguntas que presentan información que no ha anunciado el testigo, que presentan información que no tiene base en la realidad¹⁷, que piden que el testigo especule acerca de cosas que no tiene en su experiencia personal, o que no cumple con el artículo 309, son engañosas.

Igualmente, se puede argumentar que las preguntas compuestas (que contienen más de una pregunta) son engañosas (o poco claras), porque si el testigo responde “sí” o “no”, no se puede determinar si se afirma o niega para toda la pregunta.

Ejemplos de preguntas engañosas:

- “¿Cómo se sintió Juan cuando usted le dijo eso?” asumiendo que el fiscal no ha establecido que Juan le contó al testigo lo que sentía, esta pregunta es engañosa porque le está pidiendo al testigo que especule acerca de cómo se sintió, violando con ello el artículo 309. El fiscal tendría que establecer un fundamento para la pregunta: “¿Juan le contestó cuando usted le dijo eso?” Sí. ¿Qué dijo?”.

- El testigo no es experto en el área, “¿y por qué no funcionaba el auto?”. El testigo no sabe, es engañoso hacerlo sentir como si debiera saber.

k. Coactiva (Art. 330). Es indispensable que un abogado no coaccione a un testigo durante un interrogatorio, porque no solamente le va ir mal con el testigo, sino también porque está prohibido por el Código. En general, uno puede contemplar que un fiscal no hará preguntas coactivas a su propio testigo, pero habrá casos donde el testigo no está declarando libremente o se siente coaccionado a declarar, sea por miedo al fiscal o la sensación de que, si cambia de historia, lo acusarán de haber mentado en el juicio oral. Si el fiscal intimida o sugiere que habrá repercusiones con su testimonio en el juicio, objeta.

17. Debiera ser una violación del deber ético hacer una pregunta que sugiere, o implica la existencia de hechos que el abogado no tiene por qué saber que existen.

l. Poco claras. (Art. 330). La estrategia con las preguntas poco claras o vagas, depende mucho del área que está cubriendo el fiscal. Si es un área que prefieres que quede confusa, en general no vale la pena objetar porque el fiscal simplemente reorganizará su pregunta y se enfocará en mejorar el testimonio. En casos donde es importante que quede claro el testimonio del testigo, la objeción es justificada y útil.

m. Narración de la declaración (para testigo que no es perito, Art. 329). Esta objeción no está explícitamente recogida en el Código, pero se deduce que hay una facultad especial para los peritos y los imputados que les permite hacer una declaración inicial, seguida por preguntas de las partes, mientras que no existe esa misma regla para los testigos comunes.

Desde el punto de vista de la defensa, un relato general de los acontecimientos no es beneficioso, porque aporta poco control sobre qué material es expuesto al tribunal. Uno no podrá prevenir la exposición de hechos que quizás son inadmisibles. Y si el testigo lo dice, es difícil que los jueces se olviden de la información, no importa que ellos luego decidan que es inadmisibile. El otro problema es que si el testigo habla de corrido, podrá establecer un esbozo de los hechos más eficientemente que si el fiscal lo tiene que hacer parte por parte.

Si la pregunta es demasiado general o expansiva, objeta. También se puede objetar que una pregunta tan general, puede generar un testimonio impertinente.

n. Convención probatoria (Arts. 275 y 292). Si has decidido aceptar una convención probatoria, el propósito generalmente habrá sido prevenir la exposición in vivo de un testigo que es problemático para la defensa o una porción de su testimonio. Si el fiscal logra presentar la información sobre la cual se basa la convención, se habrá perdido el propósito estratégico para haber entrado en la convención. Objeta, argumentando que el testimonio se duplica con la convención y es repetitivo.

ñ. “Corpus delicti” o que el imputado no sea condenado solamente por su propia declaración (Art. 340 inc. final). Aunque no es una objeción propiamente tal, no se debe olvidar que un imputado no puede ser condenado solamente por sus dichos; tiene que haber prueba independiente a su declaración. En algunos sistemas se ha determinado que el fiscal tiene que presentar suficiente evidencia para cumplir con esta norma antes de que pueda introducir la declaración previa del imputado en el juicio oral.

o. Antecedentes (Art. 335). El fiscal no debiera solicitar ni mencionar información de la referida en el artículo 335, entre ellas la suspensión condicional, un acuerdo reparatorio o un procedimiento abreviado.

p. Declaraciones previas y registros de ellas (Arts. 332 y 334). Habrá situaciones donde el fiscal preferirá lo que dijo el testigo en su declaración ante la fiscalía, en vez de lo que dijo en el juicio oral, aunque el testigo no se esté contradiciendo. Por ejemplo, quizás el testigo fue más vívido o usó una expresión en particular que el fiscal quiere que repita.

Si no hay contradicción, el testigo se acordó del hecho y quedó claro su testimonio en el juicio oral, objeta si el fiscal pretende recurrir a la declaración anterior. Su declaración previa sólo puede ser usada para refrescar la memoria, establecer una contradicción o aclarar puntos (ver Art. 332).

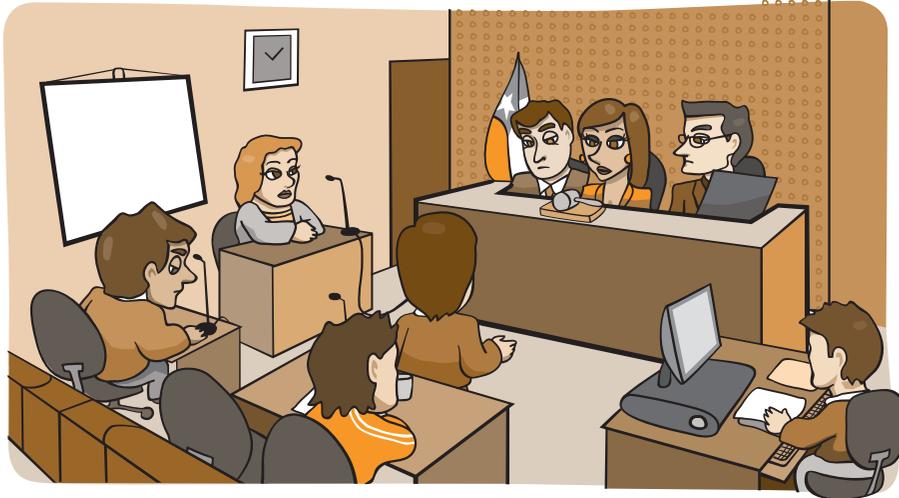
Esto es particularmente importante en el caso de los registros policiales, donde el fiscal podrá intentar usar los documentos generados durante la investigación. Entonces, si el policía recuerda los hechos, no hay confusión o quedó claro, el tribunal no debería dejar que el policía lea su informe.

q. Pregunta hecha por un juez que no tiene el fin de clarificar (Art. 329). El juez tiene derecho a hacer preguntas con el fin de aclarar el testimonio, lo que significa que no debiera hacer preguntas que van más allá del material cubierto en los interrogatorios.

Interponer esta objeción puede ser complicado, especialmente dependiendo de la personalidad del juez. Como se discutió anteriormente, por un lado, el juez puede estar mejorando tu caso y otras veces estará haciendo el trabajo del fiscal.

Lo complicado es que al juez no le va a gustar la objeción. Entonces, es importante estar absolutamente seguro de que el juez está entrando en un área no cubierta en los interrogatorios e interponer la objeción lo más respetuosamente posible. Anecdóticamente, en general los jueces no acogen la objeción, pero sí desisten de hacer más preguntas.

r. El fiscal que aprovecha de comunicarse con el testigo mientras justifica su pregunta. Desafortunadamente, la realidad es que el interrogador tiene el incentivo de dar un discurso para justificar su pregunta una vez objetado, lo cual intencionalmente o no, puede guiar al testigo sobre lo que debería decir. En general, si es flagrante, el tribunal se dará cuenta y disminuirá el valor del testimonio, dado que fue generado por las sugerencias del fiscal. En situaciones flagrantes y repetidas, pide que las objeciones se hagan fuera de la presencia del testigo.



EL CONTRAINTERROGATORIO

Introducción

El derecho del imputado a confrontar y cuestionar a los que lo acusan es fundamental en el nuevo sistema procesal penal. Este derecho se basa en el principio de que la justicia requiere que el imputado tenga la oportunidad de escuchar lo que los testigos dicen en su contra, para luego, por sí o por su representante, cuestionar esas declaraciones. “El contrainterrogatorio en una herramienta usada para descubrir la verdad, no un procedimiento vacío”, *Crawford v. Washington*, 541 U.S. 36 (2004) (J. Renquist, concurring).

Parece muy básico, pero al evaluar un sistema penal donde esa garantía no se privilegia, rápidamente se descubren los posibles peligros en el objetivo de determinar la verdad y la justicia. Dado que hay delitos donde no se necesita la declaración del denunciante para obtener una condena, una persona podría ser condenada en base al testimonio falso (e inverificable) de un testigo, especialmente si el imputado no tiene la posibilidad de confrontar y cuestionar al declarante. Pensando dramáticamente, los testigos podrían usar el sistema penal para lograr fines políticos, económicos u otros.

Observen el siguiente escenario¹⁸: Es un caso político, donde acusan a un notable personero de traición. Un supuesto cómplice lo acusa, implicándolo y denunciándolo ante el gobierno. Luego, durante un juicio oral, la declaración del supuesto cómplice es leída, pero el testigo no se presenta ante el tribunal. En esa situación, el imputado no tiene la oportunidad de examinar la veracidad de la declaración de su supuesto cómplice, y demostrar a los jueces que la declaración ha sido falsificada.

18. Este escenario se basa en el caso de Sir Walter Raleigh en Inglaterra en el año 1603. La descripción del caso se encuentra en *Crawford v. Washington*, 541 U.S. 36 (2004).

¿Y que pasaría si un funcionario no leyera la declaración del cómplice en el juicio oral, sino que el funcionario contara la conversación que tuvo con el testigo en el periodo antes del juicio oral? Esta “solución” mal entiende el derecho a confrontar testigos. El problema no es que una declaración sea leída en un juicio oral, el problema es que el cliente no puede acceder al supuesto cómplice para demostrar que el testimonio es falso. Obviamente, puede tratar de cuestionar al funcionario para demostrar que no hizo las preguntas idóneas, que pudo no haber entendido bien las respuestas del cómplice, pero esto es sumamente difícil sin tener acceso al testigo. De ser condenado, lo sería en base a la palabra de una persona (el funcionario) que no tiene ningún conocimiento personal de los hechos, que no tiene el mismo incentivo que el cliente para examinar la veracidad de la declaración y, tampoco, suficiente información para cuestionar su validez.

Para combatir este problema, las Cortes en Inglaterra y los Fundadores de los Estados Unidos, privilegiaron el derecho de confrontar a los testigos, requiriendo que el declarante, salvo excepciones limitadas, esté presente durante del juicio oral antes que sus declaraciones previas ante funcionarios del gobierno (ex parte), u otros testigos.

El contrainterrogatorio se refiere al proceso de cuestionar a los testigos presentados por la fiscalía, para establecer los puntos de la defensa. El contrainterrogatorio se considera una de las mejores herramientas para cuestionar al testigo. Aunque no está definido en el Código, se entiende como la técnica de usar preguntas “sugestivas” para controlar mejor el testimonio del testigo (ver Art. 330). Un buen contrainterrogatorio, en general, consistirá en una serie de preguntas cortas, sugestivas, que contienen sólo un hecho por pregunta.

La destreza del contrainterrogatorio se convierte en leyenda. Abogados litigantes contarán historias acerca de sus conquistas, destacando los puntos clave de un interrogatorio donde tuvieron ese momento de epifanía y atraparon al testigo en una mentira. Aunque el contrainterrogatorio es excitante, es importante recordar que estas historias pueden dejar la sensación de que es un momento de genialidad durante el juicio oral el que ganó el día, pero la realidad es que la preparación para el contrainterrogatorio es lo que vale.

Los propósitos principales del contrainterrogatorio son:

- Avalar la teoría de la defensa.
- Establecer o destacar hechos necesarios o buenos para la defensa, que son la base de la clausura.
- Disminuir el valor de la evidencia del fiscal.
- Desacreditar a testigos que presentan evidencia contra el cliente.

El reto es cumplir esos propósitos eficientemente, controlando la recepción del testimonio del testigo, en un orden que destaque la teoría de la defensa. Es una destreza complicada, pero lo bueno es que hay herramientas y tácticas para mejorar la realización del trabajo, y que el empeño y la preparación antes del juicio oral cuentan mucho más que la inspiración del momento o el instinto. Finalmente, si uno continúa planificando y preparando

metódicamente sus contrainterrogatorios, con el tiempo y la experiencia, la modalidad de cuestionar con preguntas sugestivas, cortas, y con un hecho, se convertirá en tu manera natural de interrogar, de forma tal que hacerlo de otra manera será un desafío.

Durante el contrainterrogatorio, el abogado está presentando la teoría de la defensa con los testigos de la fiscalía. Es el abogado quien se destaca, no el testigo, y el propósito es que el tribunal recuerde al testigo en el marco presentado por la defensa.

Tal como en el caso del interrogatorio, el contrainterrogador debe tener una foto mental de lo que quiere que los jueces vean. Es la presentación de la teoría de la defensa, usando las declaraciones del abogado, para pintar la escena que quiere que el tribunal adopte. Si uno tiene la escena en mente durante el contrainterrogatorio, será más fácil comunicárselo al panel.

Es importante destacar que el contrainterrogatorio no es el momento de ser pesado o agresivo. En general, el tribunal estará escuchando al abogado, dado que la mayor parte de la conversación la hará él. Es importante que los jueces perciban que estás presentando una versión de los eventos que es razonable, por lo que el tono de voz y el ritmo del contrainterrogatorio ayudarán a crear esa sensación. Igualmente, en general, es más fácil obtener información de un testigo si está relajado, y parte del arte del contrainterrogatorio es lograrlo para que cooperen con tus declaraciones. Obviamente, habrá muchas situaciones donde el testigo será hostil a la defensa, pero a la larga, siempre es mejor ser razonable, profesional, sin dejar de ser persistente, para obtener lo que buscas del testigo.

La pregunta sugestiva y el artículo 330

Damos por asumido que las preguntas sugestivas son las mejores, y no discrepo de esa posición, pero entender por qué lo son, es útil para comprometerse a usarlas durante el juicio oral. Si uno piensa que podrá usar preguntas abiertas durante el contrainterrogatorio y ser igual de eficaz, el proceso de aprendizaje se demorará.

Antes de explicar por qué la pregunta sugestiva es la mejor, debe ser definida: Las preguntas sugestivas son las que "sugieren la respuesta" (Art. 330). Este concepto no está mayormente desarrollado en el Código, lo que significa que los tribunales han tenido que desarrollar su interpretación con el tiempo y experiencia. Esto significa que la defensa puede participar en la confección de una definición.

Se puede interpretar este término como una pregunta que permite que el testigo tenga la libertad de contestar como le plazca, o que el abogado no sugiere una u otra respuesta, ni por el contenido de la pregunta ni por el tono de voz. En general, la pregunta sugestiva no es realmente una pregunta, sino una declaración del abogado, que el testigo validará.

La diferencia entre una pregunta sugestiva y una abierta, a veces, es difícil de manejar, porque la línea entre ambas puede ser muy fina, dependiendo simplemente del tono de voz y no necesariamente de la pregunta misma.

Hay un rango entre las preguntas “abiertas” o no sugestivas, y las sugestivas. En un extremo están las preguntas que comienzan con dónde, cuándo, cómo, por qué, las cuales no son sugestivas por definición, porque el testigo puede responder lo que le plazca. Por otro lado están las que son claramente sugestivas porque el abogado hace una declaración que sugiere la respuesta, sea por su contenido, o por el tono de voz, dejando al testigo con la opción de validar la declaración del abogado.

Tomando un ejemplo concreto, asumamos que el testigo no ha dicho a dónde fue el 15 de enero, pero el abogado sabe que fue a la playa ese día:

- “¿A dónde fueron el 15 de enero?”.
- “¿Fueron a la playa el 15 de enero?” (Con inflexión de pregunta).
- “Fueron a la playa el 15 de enero, ¿Cierto?” (Con inflexión de pregunta).
- “Fueron a la playa el 15 de enero, ¿Cierto?” (Sin inflexión de pregunta).
- “Fueron a la playa el 15 de enero” (Sin inflexión de pregunta).

La primera pregunta es abierta y el abogado no introdujo ninguna información que no se había presentado en el juicio oral. No es sugestiva, el testigo puede contestar como quiera.

La segunda también es abierta, aunque objetable por otra razón¹⁹, porque el testigo puede responder que fueron a la playa o no, y el abogado no está sugiriendo cual de las dos opciones es la respuesta. El tercer ejemplo está más cerca de la línea, pero si hay suficiente incertidumbre en su voz acerca de si fueron a la playa o no, no sería sugestiva.

Las últimas dos claramente son sugestivas porque el abogado está declarando que fueron a la playa. La sugestividad viene del tono de voz, del hecho de que no está preguntando sino afirmando y por el contenido de la pregunta.

Otro ejemplo: el testigo dice que tomaron el metro de la Estación Baquedano, la cual tiene dos líneas, y el fiscal pregunta:

- ¿Cuál línea de metro tomaron?
- ¿Tomaron la línea verde o la roja?
- ¿Tomaron la línea roja a la estación Universidad de Chile?

El primer y el tercer ejemplo son fáciles, uno es abierto y el otro sugestivo. El segundo también es abierto porque el abogado no está sugiriendo la respuesta, sólo está introduciendo información. Técnicamente uno podría objetar a la introducción de la nueva información,

19. La segunda y tercera pregunta son objetables en un juicio oral si un fiscal los hiciera, porque el fiscal está introduciendo nueva información que no está en el registro, testificando en el lugar del testigo. Anecdóticamente, se entiende que cuando el fiscal introduce nueva información es una pregunta sugestiva, pero técnicamente no lo es. Pero sí es engañosa, porque están tratando de manipular al testigo a decir lo que quiere escuchar. En los Estados Unidos, esta objeción es de “asumir hechos que no están en evidencia”. Al final de cuentas, no importa qué objeción se use, lo importante es objetar y asegurarse que el tribunal no permita que el fiscal guíe al testigo, introduciendo información que no viene de él.

pero obviamente no se haría porque no vale la pena. Pero, en casos donde el fiscal trata de guiar al testigo con el uso de preguntas abiertas de opción 1 y opción 2 en áreas importantes para la defensa, es importante objetar por ser engañosas u otra razón.

¿Por qué son mejores las preguntas sugestivas para el abogado contrainterrogador? Simplemente porque es más fácil controlar al testigo y delinear la teoría del caso con el uso de preguntas sugestivas, que con las abiertas. Con las abiertas, el testigo presenta los acontecimientos. Con las preguntas sugestivas, el abogado puede presentar los acontecimientos de la manera más idónea para la defensa. Puede controlar el ritmo de la presentación de la información para asegurar que los jueces la absorban, poniendo énfasis donde quiere el abogado y no donde quiere el testigo.

Adicionalmente, es más eficiente, pues el abogado puede establecer el punto que quiere con menos preguntas que si lo intenta con preguntas abiertas. Este último punto es importante porque, asumiendo que el testigo es hostil a la defensa (y en general lo es), el abogado no querrá alargar la presencia del testigo ante el tribunal más allá de lo necesario para establecer sus puntos²⁰.

Cuando las personas hablan de preguntas sugestivas, tienen en mente preguntas que son diseñadas para controlar al testigo, los temas que se discutirán, el ritmo de la presentación, y los hechos que se enfatizarán. En inglés, las preguntas se llaman “leading” o guiadoras. Aunque se llaman preguntas sugestivas, en realidad no son preguntas, sino declaraciones hechas por el abogado. Hay algunas reglas básicas que ayudan a mantener el control o guiar al testigo:

- Durante el contrainterrogatorio, la persona que presenta la versión de los eventos es el defensor, y el testigo valida sus ideas. El contraexamen no es una serie de preguntas, sino una serie de declaraciones hechas por el abogado.
- Son cortas. Cada pregunta debería solamente contener un hecho fáctico. Aunque al comienzo esto parecerá innecesario, hay varias razones para hacerlo. Primero, hay menos posibilidades de que el testigo te contradiga o comience a debatir el contenido de la pregunta. Si una pregunta contiene dos hechos, puede comenzar a decirte sí a uno y no al otro y, antes de que lo sepas, estará mirando a los jueces y explicándoles exactamente lo que les acaba de decir durante el interrogatorio. Evita esa pérdida de control. Otra razón para abordar sólo un hecho es que tendrás una mejor posibilidad de que los jueces asimilen la información si la presentas punto por punto, en vez de agrupada. Obviamente, hay que usar el juicio y no hacer preguntas tan básicas que los jueces se impacienten.

20. Una gran excepción es cuando uno sabe que el testigo ha mentido en el pasado o tiene la predisposición de exagerar, y el defensor cree que el testigo mentará si se le da suficiente tiempo para hacerlo. En general, los testigos pueden mantener sus historias sólo por un periodo de tiempo, y luego la “historia” comienza a distorsionarse cuando el testigo se olvida de lo que dijo anteriormente. En esa situación, tienes que mantener al testigo hablando para darle suficiente oportunidad de contradecirse, lo que requiere tiempo. Sin embargo, esta táctica sigue requiriendo preguntas sugestivas.

- Otro factor importante en la pregunta sugestiva es el tono de voz. Las preguntas no tienen inflexión de pregunta, sino la de una declaración. Si uno inflexiona demasiado, el testigo creerá que en verdad quieres que dé una respuesta o una explicación, mientras en verdad lo que quieres es una validación de tu punto. Si tu tono de voz y la estructura dejan claro que no es una pregunta, tienes mayor posibilidad de que el testigo no comience a explicarse.

Algunos abogados mal entienden el conainterrogatorio, pensando que tienen que ser agresivos o fuertes con el testigo. En general, no es necesario y, al contrario, es mejor usar un tono de voz razonable para que el testigo coopere en validar tus puntos, como en el dicho popular que señala que uno saca más con miel que con vinagre. La otra razón para usar un tono de voz razonable, es que quieres ser tú la persona profesional y creíble a los ojos del tribunal, más que el testigo, y si éste se pone agresivo, mayor será el contraste entre tú y él, lo que te dará ventaja.

- El ritmo de las preguntas. En lo posible, es importante usar el ritmo de las preguntas para crear el énfasis deseado. Por ejemplo, si hay un área que los jueces no conocen y es importante, es vital que el ritmo sea lo suficientemente lento para que los jueces lo absorban. En otras situaciones, donde estás tratando de crear la sensación de que los acontecimientos ocurrieron rápido, usarás un ritmo de preguntas más rápido. Recuerda, si tienes la imagen que quieres pintar en tu mente, visualizada, será más fácil hacer preguntas sin pausas para pensar en la próxima pregunta.

3. Diligencias para estar en mejor posición para planificar el conainterrogatorio

Dado que parte importante de la labor del conainterrogatorio consiste en mostrar la historia que quiere esbozar la defensa, hay varias diligencias necesarias para lograr esa meta más fácilmente. Primero, es indispensable haber visto el sitio del suceso y haber tomado fotos. Este paso es particularmente indispensable para el conainterrogatorio de los policías, quienes rápidamente concluirán si has hecho esta diligencia.

Es importante que el testigo y que los jueces sepan que conoces el sitio. Pensando en el testigo, ayudará a que no trate de exagerar, omitir o, de alguna manera, adornar el escenario. Por ejemplo, asumamos que el ancho de la calle donde ocurrieron los hechos es importante. Si no la has visto, cuando el testigo dice: "Sí, se podía escuchar, la calle es angosta", ¿cómo responderás? Asumiendo que es importante que la calle sea lo más ancha posible para que el testigo no haya podido escuchar la conversación, por ejemplo, el defensor no tendrá cómo demostrar que en realidad la calle es más ancha de lo indicado.

La preparación del contrainterrogatorio

1. Antes de la audiencia de preparación del juicio oral, se prepara una lista de todos los hechos que sostienen la teoría del caso (esencialmente la clausura).
2. Trabajando hacia atrás ¿cómo o con quién voy a establecer ese hecho?
3. Anota la fuente o fuentes de información para establecer ese punto, para asegurarte que el testigo validará ese hecho.
4. Desarrolla una lista de áreas que se cubrirán con cada testigo, tomando en cuenta los puntos que el fiscal cubra con cada uno y cuál será tu respuesta.
5. Luego, analiza cómo establecerás ese punto, usando los hechos del caso y las normas del Código Procesal Penal. Esto puede tomar una o varias preguntas cerradas.
6. Escribe las preguntas específicas que harás.
7. Después de haber determinado cómo establecerás cada punto, cataloga todos los puntos que se cubrirán con el testigo, del más, al menos importante.
8. Luego, organiza el orden del examen, poniendo los puntos más importantes al principio y al final del contraexamen.
9. Pon un punto fácil de establecer al final.
10. Para cada testigo, ¿Cuál es la teoría del testigo? ¿Qué lo motiva? ¿Es inteligente, perfeccionista, etcétera?
11. Practica el interrogatorio con un colega, tu pareja, o un espejo.

Es importante que los jueces sepan que estás hablando desde una posición de alguien que sabe lo que dice. Valorarán mucho más tus argumentos sobre las conclusiones que deberían tomar acerca del sitio, si tienen la confianza de que sabes de lo que hablas y que el testigo está validando tu opinión. Será evidente si no fuiste, y perderás credibilidad si tratas de argumentar acerca de cosas que ellos saben que no viste.

En lo posible, trata de hablar con los testigos. Esto te dará una gran ventaja, porque tendrás una visión de qué tipo de personas son, y cuáles son sus fuerzas o debilidades como testigos. Si la versión que rinde en tu presencia es distinta de lo que le dijo al fiscal, podrás anticipar que habrán contradicciones durante el juicio oral y tendrás mayor posibilidad de destacarlas para el tribunal.

A veces no será posible. En ese caso, pide que el cliente te dé la información que tiene acerca del testigo, especialmente si es un conocido, que lo describa físicamente, así como sus costumbres y personalidad. Pregunta si el testigo tiene antecedentes penales, podrían ser útiles, si ha sido detenido, usado drogas, mentido, estafado, etcétera, y cómo se podrían comprobar esos hechos.

Finalmente, es útil revisar las notas que tomaste durante la preparación de la teoría del caso –la lista de buenos y malos hechos y las diligencias–, para asegurarte de que no se ha olvidado un dato o hecho significativo.

Como fue destacado varias veces, la preparación del esqueleto del conainterrogatorio debe ser realizada antes de la audiencia de preparación del juicio oral. La razón es que es necesario para asegurarse de evaluar toda la evidencia que, posiblemente, podría ser excluida, y toda la prueba que será propuesta por la defensa.

El primer paso en la preparación del conainterrogatorio, es la elaboración de una lista de todos los hechos que sostienen la teoría del caso (esencialmente la lista de hechos que necesitas para la clausura ideal).

Luego, para cada hecho, se piensa en cómo establecer ese punto ¿cómo o con quién voy a establecer ese hecho?

Al lado de cada hecho, se debe anotar una referencia de la fuente de información para comprobarlo, para asegurar que el testigo diga lo que anticipamos.

Por ejemplo, si el sitio del suceso es relevante, se ponen los hechos que quieres destacar acerca del mismo, seguido por el testigo que puede establecer ese hecho, y lo que harás si el testigo no confirma tu declaración.

Punto: Era difícil ver la cara del ladrón, porque era de noche en una calle que no tiene luces y muchos árboles.

Hecho	Con quién	Fuente de Información
Poca luz.	La víctima, el policía.	1) "Estaba oscuro", declaración de la víctima a carabineros, p. 1. 2) Declaración de la víctima al fiscal, p. 2. 3) Fotos de la calle.
Árboles con muchas hojas bloquean los faroles.	La víctima, el policía, perito que hizo plano y sacó fotos.	1) Foto de la calle. 2) Plano de los árboles en la zona.

Otra manera de organizarlo es la siguiente:

Punto: Cliente entró a un lugar comercial, no a un lugar habitado.

Cómo, usando hechos fácticos para establecer conclusión jurídica:

- Mirando de la calle al edificio, hay un letrero (dueña, policía, cliente, fotos).
- El letrero dice "Librería Andrea" (dueña, policía, cliente fotos).
- Ver fotos del letrero y la tienda.
- El letrero se ve desde la calle (dueña, policía, cliente, fotos).
- Negocio abre a las 9:00 (dueña, foto de horario).
- Negocio cierra a las 20:00 (dueña, foto de horario).
- Nadie duerme en la tienda (dueña, su declaración).
- Hechos ocurrieron a las 3:00 (dueña, cliente, policía).

Este esquema te forzará a pensar en las fuentes de información que tienes a tu disposición, en el evento que el testigo se rehúse a decir lo que quieres durante el juicio oral. Si no responde de la manera que anticipas, tienes a mano la manera de establecer el punto y también, si es tu propósito, desacreditarlo.

Para cada testigo, desarrolla una lista de los puntos que cubrirás con él, tomando en cuenta los puntos que el fiscal cubrirá con el mismo y cuál será tu respuesta. Con algunos testigos tendrás que cubrir muchos puntos, especialmente si es un testigo central. Otras veces, sólo tendrás uno o dos puntos.

Luego, analiza específicamente **cómo** establecerás los puntos deseados, usando los hechos del caso, las normas del Código Procesal Penal o cualquier otra fuente de información que tienes. Durante esta fase, piensa en cuántas veces tendrás que repetir la información para que los jueces la absorban, entiendan su significado y vean el punto de la misma manera que lo ves tú. El **cómo** puede requerir una o una serie de preguntas cerradas.

La fase de pensar en **cómo** establecer el punto requerido es esencial. Muchas veces ocurre que durante el interrogatorio el testigo contesta de una manera inesperada. Obviamente, uno no puede controlar lo que hará el testigo, pero sí se pueden reducir las probabilidades de que el testigo te sorprenda, si has pensado en sus posibles respuestas antes del juicio oral, lo que te ayudará a retomar el tramo del interrogatorio para llegar al punto deseado durante éste.

Para decidir **cómo** establecer el punto, hay que pensar en el orden de las preguntas, tanto como en las preguntas mismas. Durante esta fase, uno debe ponerse en el lugar del testigo para anticipar cuáles afirmaciones tuyas aceptará sin pelea, así como sus repuestas y posibles explicaciones. Si estás pensando desacreditarlo, ¿cuándo se dará cuenta en qué dirección van tus preguntas?

También contempla las posibles explicaciones que te puede dar, y cubre esos temas fuera del contexto del punto que quieres hacer o antes de entrar seriamente al tema. Igualmente, si hay algunos hechos preliminares que son necesarios para establecer tu punto, piensa dónde cubrirlos.

Por ejemplo, el testigo declaró ante la policía el día del acontecimiento y luego, una semana más tarde, ante el fiscal. En su primera versión, describe muy vagamente a tu cliente, pero en la segunda, lo describe muy detalladamente. Tu teoría es que entre una declaración y otra, el fiscal le mostró una foto del cliente de manera sugestiva.

¿Cómo explicará la diferencia entre sus dos declaraciones? Puede decir que se le olvidó mencionar los detalles, que el policía en la primera entrevista pareció ocupado, que se acordó de los detalles cuando estaba en su casa, pensándolo con calma. En fin, hay una variedad de explicaciones que podría dar.

El **cómo** del contrainterrogatorio se refiere a eliminar esas posibles explicaciones como opción, antes de que el testigo sepa lo que estás haciendo. En este ejemplo, detallarías que le pidieron una descripción, que él dio la mejor que pudo porque quería que pillaran al ladrón y no quería, obviamente, acusar a la persona incorrecta, ya que el policía le dijo que lo pensara bien. Luego le dieron una denuncia para firmar. Y mientras preparaban la denuncia, él tuvo tiempo para repasar los hechos en su cabeza, y si se le hubiera ocurrido algo más, se lo habría dicho al policía, etcétera. Después de eliminar posibles explicaciones, uno está en mejor posición para establecer que vio la foto y luego dio una descripción detallada.

Luego, **escribe** tus preguntas en un orden tal que el testigo tenga que darte las respuestas que quieres oír. Usa las palabras exactas que el testigo ha usado en el pasado (las de la declaración que prestó ante el fiscal).

En resumen, trabajando hacia atrás, el abogado habrá pensado en lo que necesita establecer para sostener su teoría del caso, el testigo o testigos con quienes demostrará cada punto y la fuente para establecer cada uno, en caso que el testigo no colabore, una lista de los puntos que se establecerán con cada testigo, y **cómo** lo harás específicamente. El siguiente es un ejemplo para iluminar los últimos pasos presentados.

Un ejemplo de diseño del conainterrogatorio

La teoría del caso es que han acusado a la persona incorrecta en base a una serie de problemas con la investigación policial. Entre los errores está el hecho de que la policía movió la evidencia del sitio del suceso antes de tomar fotos. Ahora no hay constancia de cómo estuvo la escena antes de la llegada de la policía, por lo que no se deberían adoptar las conclusiones que propone el fiscal basándose en la escena. Se sabe que movieron las cosas porque el informe pericial así lo indica y el perito, durante una conversación con el fiscal, confirmó que no sabe cómo estuvo la escena antes de la llegada de la policía.

Punto para establecer: No resguardaron la evidencia en el sitio del suceso.

Cómo establecer el punto:

1. Uno podría preguntar: “Usted movió la evidencia en la escena antes de tomar fotos, ¿cierto?”. Si el policía dice que no, lo desacreditas, pero hay una mejor opción:

2. Primero se establecen los hechos “difíciles”, si los hay, fuera de contexto para no telegrafiar en qué dirección va el interrogatorio.

Punto: Establecer que no había una justificación para mover la evidencia antes de tomar fotos.

Cómo:

- Él fue el primero en llegar al sitio.
- No había nadie cuando llegó.
- No había nadie cerca que pudiese estorbar el sitio.
- Sólo llegaron otros policías al sitio.

Conclusión para los jueces: No había un peligro en el sitio o razón para mover las cosas.

3. Las preguntas sobre la investigación:

Punto: Establecer el protocolo y que el policía supuestamente es un “buen policía”.

Cómo:

- Parte de sus funciones como carabinero de Chile es de investigar casos, ¿cierto?
- Usted pasó X meses/años en la academia.
- Durante ese tiempo le enseñaron cómo investigar un caso.
- Tuvo que pasar pruebas para graduarse de la academia.
- En la academia le enseñaron el protocolo para resguardar y clausurar un sitio (Arts. 83, 181).
- Parte de resguardar el sitio es impedir el acceso a toda persona ajena a la investigación.
- El propósito de resguardar el sitio es que quede como fue encontrado, para que los peritos policiales lo puedan evaluar (continuar con el lenguaje del artículo 83 si es necesario).
- Parte del protocolo del trabajo en un sitio del suceso es tomar fotos de la escena.
- Las fotos son usadas por los peritos policiales para analizar el sitio después de los hechos, si lo necesitan.
- Y las fotos son importantes, porque a veces un detalle que no parece significativo al principio del caso, puede serlo más tarde durante la investigación.
- Entonces la foto es importante para ayudar a los peritos a resolver casos.
- Las fotos también son importantes para tener una constancia para el tribunal.
- Si los jueces tienen preguntas, hay respuestas grabadas, por decirlo, en la foto.
- Parte del protocolo es tomar fotos antes de mover la evidencia.
- Existe este protocolo porque se quiere, en lo posible, saber cómo estaba el lugar en el momento en que ocurrieron los hechos.

4. Cerrar la puerta de escape del testigo:

- Como hablamos antes, aquí no había nadie en el sitio cuando llegó.
- Y sólo llegaron más investigadores y el fiscal.

5. Confrontación:

- Aquí, las cosas se movieron antes de sacar fotos (seguir con más preguntas basadas en lo que te contó el fiscal).

El punto principal es que movieron las cosas. Pero, al desarrollar esta serie de preguntas, también se demuestra que hay un protocolo que el policía sabía que tenía que seguir, y no lo hizo.

Una vez que ya has pensado en cómo iluminarás los puntos, catalógalos, del más al menos importante. El propósito de este paso es organizar el orden en que abordarás los temas durante el juicio oral.

En general, querrás poner un punto interesante e importante al principio y al final del conainterrogatorio. Esta sugerencia se basa en el principio de que los jueces, como la mayoría de las personas, recordarán mejor los primeros y los últimos puntos que oyeron. Para asegurarte que los jueces se acuerden de los puntos que quieres destacar, ponlos en lugares estratégicos del conainterrogatorio.

Es importante recordar que el fiscal, si ha hecho un buen interrogatorio, habrá terminado con un punto fuerte después que el testigo haya relatado los eventos. El defensor debe marcar una diferencia entre el interrogatorio del fiscal y el suyo, lo que requiere no comenzar el conainterrogatorio con un resumen de lo que el fiscal acaba de cubrir con el testigo. Comienza con el caso de la defensa. En otras palabras, piensa qué punto buscarás primero para comenzar fuertemente. También anticipa la organización del interrogatorio del fiscal para crear el efecto que quieres para tu presentación.

Ubica un punto fácil de establecer al final. Parte del impacto del conainterrogatorio no son las preguntas y las respuestas, sino la sensación global que tuvo el juez al escuchar el testimonio y el lenguaje no verbal. Si terminas con un punto fuerte, mejorará la posibilidad de que los jueces se acuerden de esa sensación favorable que tuvo al final de tu interrogatorio. Al contrario, aunque hayas hecho un trabajo brillante durante todo el conainterrogatorio, si terminas en un punto bajo, eso será lo que recordarán de él.

Durante la presentación del conainterrogatorio, piensa cuál es tu propósito con el testigo y la teoría acerca del testigo que quieres que los jueces concluyan. ¿Quieres que concluyan que es buena persona pero se equivocó, que está mintiendo, o tiene una vendetta? Tu teoría o lema debería ser aparente durante el interrogatorio.

El último paso es practicar. Practica con un colega, con tu pareja, con el espejo, lo que funcione para ti, pero lo importante es hacerlo oral y no mentalmente.

4. La desacreditación de testigos

A veces el propósito del contraexamen no es establecer hechos específicos, sino desacreditar al testigo, planteando la noción de que en general no es fiable, o no sabemos cuándo se le debe creer y cuándo no, por lo que es mejor no creer nada de lo que dice. Quieres que los jueces piensen ¿deberíamos, como sociedad, condenar a una persona basada en el testimonio de este testigo?

Esta noción se puede establecer, entre otras maneras, demostrando: **1.** una serie de hechos acerca de los cuales el testigo mintió o exageró; **2.** un ejemplo donde mintió o exageró sobre un punto tan clave, que no le podemos creer nada; **3.** se contradice

o cambia de versiones; **4.** es persona “mala”, de “mala reputación”; o, **5.** el testigo es buena persona, pero está equivocada, no pudo ver, escuchar. Tienes que diseñar la desacreditación de antemano.

A. La desacreditación con una declaración previa.

En general, un testigo puede producir un momento de pánico en un defensor cuando cambia de versión, y ésta le convenía al cliente. O peor, el testigo presenta nueva información que nunca mencionó previamente. ¿Qué se debe hacer para demostrar que el testigo está cambiando su testimonio al contradecirse o incurrir en omisiones? Hay técnicas para manejar estas situaciones y con práctica, el defensor las verá no como un desastre, sino que le serán bienvenidas porque son la ocasión para realmente hacerle daño al testigo.

La desacreditación con una declaración previa requiere que quede muy claro lo que dijo en su primera declaración y lo que dijo en la segunda, para que los jueces puedan fácilmente contrastar ambas versiones y concluir que hay una contradicción. El desafío es hacerlo sin que el testigo te dé explicaciones.

La fórmula de contrastar la versión en general tiene tres pasos: recalcar la segunda versión; acreditar las circunstancias de la primera versión, y finalmente desacreditar, usando la primera versión. Por ejemplo, para desacreditar un testigo sobre un punto importante con una declaración previa donde quieres que los jueces creen la primera versión:

a. Repetición de la nueva declaración. Asegura que el testigo repita el punto que dijo durante el examen directo que será contradicho. Encuadra la historia para que, después, no te pueda evadir o dar explicaciones sobre la contradicción. Este proceso es importante porque el testigo está poniendo su credibilidad y palabra en los puntos declarados, y el juez comenzará a atribuir confianza a ese relato del hecho.

En general, si el testigo no se acuerda de lo que dijo en su primera versión, no tendrás problemas durante esta fase porque pensará que sólo estás revisando lo que cubrió con el fiscal. Tiene que quedar claro lo que dice (el dibujo mental tiene que enfocarse para crear el contraste).

b. La declaración previa. Después de tener una visión clara de la “nueva” versión, introduce el hecho de que el testigo ha declarado sobre este punto previamente. Acredita que la declaración previa es válida, sin discutir sus contenidos.

Si quieres que se crea la primera versión, cubre los hechos que señalan que es más válida: por ejemplo, ocurrió cercano a los hechos, el testigo quería cooperar, le contó todo, prepararon una declaración, la leyó y la firmó. Y al final de la declaración, dice que no tiene nada que agregar.

c. Confrontación con la declaración previa. Sólo ahora se puede confrontar con la declaración previa, con el abogado leyendo, junto al testigo, la parte que contradice la nueva declaración. En este momento, habrás pedido permiso de mostrarle la declaración al testigo,

pero no pierdas el drama del momento dejando que el testigo lea su declaración previa. Léela tú y pídele que te corrija si lo lees mal. De esta forma, hay una pregunta pendiente, pero tú puedes controlar el tono y el énfasis de la declaración previa.

En cuanto hayas establecido la contrastación, haz una pausa para causar efecto, y luego sigue a otro punto.

Tendrás la tentación de seguir acorralando al testigo. Resístela. Nadie quiere ser desacreditado en público y la respuesta natural del testigo, será dar una explicación al tribunal sobre por qué realmente no son contradictorias las dos declaraciones, y mientras haces la pausa para efecto, el testigo estará pensando en su explicación. Si haces una pregunta adicional como, "¿es verdad, entonces, que nos dijo una cosa hoy y otra cosa el día de los hechos?", por muy sugestiva que sea la pregunta, el testigo va a responder con su explicación de por qué ha cambiado de versión. Te meterás en un debate con el testigo acerca de la primera y la segunda versión, y, a la larga, la contradicción pasará a segundo plano por tu discusión con el testigo. El tribunal se acordará de la explicación.

B. Múltiples contradicciones con la declaración previa.

A veces basta una gran contradicción. En otros casos, necesitarás establecer una serie de contradicciones. Si las contradicciones son muchas, pero menores, ubica una interesante al principio, seguida por muchas otras, escalando en importancia. Si hay varias contradicciones, tienes la opción de organizar el proceso de desacreditación repitiendo la nueva declaración respecto a varios puntos, para luego contrastarlas, o puedes hacerlo punto por punto.

C. Omisiones.

El proceso es similar a la desacreditación del testigo con una declaración previa. Se asegura la nueva versión, y luego se desacredita con la primera declaración. Durante esta segunda fase, se enfatiza que el testigo firmó su declaración y señaló que no tenía nada que añadir cuando lo hizo. Luego se agrega que el testigo ha hablado con el fiscal entre ese día y el juicio oral, y se establece cuántas veces (esto es para argumentar en la clausura que el testigo tuvo la oportunidad de decirle la información al fiscal en varias ocasiones). Ya establecido que la primera versión debió contener un relato completo de los hechos, se determina que la declaración previa no contiene mención de la información omitida. La insinuación es que fue creada subsecuentemente.

5. La organización de tus materiales durante el juicio oral

Parte del desafío del contrainterrogatorio durante el juicio oral es cómo incorporar la nueva información que presenta el testigo. Durante el interrogatorio del fiscal, tendrás que estar pendiente de lo que está diciendo el testigo, cómo se relaciona con el fiscal, el efecto que está teniendo en los jueces. Parece imposible captar todo lo que está pasando a tu alrededor

y en realidad no podrás hacerlo todo, pero como se destacó anteriormente, la prelación será clave para estar en posición de asimilar lo máximo posible. La idea es tener los materiales para el contrainterrogatorio, preparados de manera útil durante el juicio oral.

Aunque uno debiera escribir las preguntas para el contrainterrogatorio, especialmente si recién se está comenzando como litigante, antes de entrar al juicio oral se pueden organizar los materiales para éste.

- 1.** Tomando las preguntas desarrolladas para establecer los puntos que quieres, condensa esos materiales en un esqueleto. Prepara ese esqueleto con escritura lo suficientemente grande para que la puedas ver fácilmente con una simple mirada. Esto te ayudará a evitar mirar tus notas y leer tus materiales, lo cual mejorará la posibilidad de escuchar al testigo.
- 2.** Prepara el esqueleto de tal forma que puedas incorporar la información que presenta el testigo durante el interrogatorio. Así, si hay un nuevo punto, podrás pensar el lugar lógico del contrainterrogatorio para abordar el tema.
- 3.** Además del esqueleto, ten a mano la declaración previa del testigo y las fotos que se relacionan con su testimonio. Subraya los puntos importantes de la declaración para que los puedas encontrar fácilmente. Ten también una copia adicional para el testigo –si quieres, puedes subrayar las porciones que anticipas que leerás durante el juicio oral si hay una contradicción, falta de memoria o una aclaración.
- 4.** Piensa en cómo tomarás notas durante el juicio oral. Cada uno tendrá su propio estilo; algunos defensores usan lápices de diferentes colores para destacar información.
- 5.** Mi método es tener el esqueleto de mi presentación al lado de mi cuaderno en el que divido la página en dos, con un margen a mano derecha. En la porción chica, escribo un breve resumen de lo que cubriré con el testigo, destacando todos los hechos que tengo que establecer con él.

Durante el interrogatorio, me concentro en mirar al testigo mientras escribo lo que está diciendo, especialmente en las áreas importantes de su testimonio. Si hay un área que necesito revisar con el testigo, hago una marca al lado de esa porción del testimonio. Se

puede hacer poniendo números, haciendo flechas, hacer círculos sobre el material, con tal que no olvidemos cubrir esa área con el testigo. Trato de ser lo más fiel posible a lo que está diciendo para poder citarlo si es necesario.

Por ejemplo,

<p>Teoría: El testigo simplemente se equivocó.</p> <p>Esqueleto:</p> <p>1. No vio la cara del ladrón:</p> <ul style="list-style-type: none">- De noche.- No hay luz (fotos).- Ocurrió en un segundo (decl. previa).- Descripción genérica.(Etcétera)	<p>Interrogatorio durante el juicio oral</p> <ul style="list-style-type: none">- Caminando solo.- 11 de la noche.- Oscuro, pero podía ver.- Vio la cara antes del ataque.- Forcejeó con el ladrón por 15 segundos.- Durante el forcejeo miró directamente la cara del ladrón.- Mucho miedo.
--	--

6. ¿Se necesita contrainterrogar?

En general, existe la expectativa por parte de los jueces de que interrogarás a los testigos del fiscal, especialmente si le hicieron daño a tu caso. A veces esa expectativa es suficiente razón para el contrainterrogatorio.

Dicho eso, antes de contrainterrogar, se debe contemplar si con ello se avanzará un propósito estratégico. La definición de "estratégico" en estas circunstancias sería avanzar en la teoría del caso o desacreditar al testigo. Hay ocasiones en que no vale la pena interrogar. Por ejemplo, si el testigo no añadió algo al relato del fiscal y no lo necesitas para establecer algún punto, no lo contraexamines. Igualmente, si el testigo omitió información muy dañina para el cliente y el fiscal también se olvidó, sopesando hay poco que ganar con el interrogatorio, por lo que debes contemplar no interrogar, porque le darás la oportunidad de agregar esa información o el fiscal se dará cuenta de su error.

Es importante pensar en las siguientes preguntas: ¿Cumple un propósito estratégico? ¿Qué tan importante es el testigo? ¿Se lo espera el tribunal?

Consejos finales

- Anticipa lo que responderá el testigo.
- Escucha y observa al testigo. Te dará muchas pistas de posibles áreas de contrainterrogatorio.
- Desarrolla un estilo que destaque tus puntos fuertes.
- No te apures durante el contraexamen. El silencio no es malo.
- No seas pesado con un testigo débil, viejo, niño, o que sea de "gusto" del tribunal.
- No trates de comprobar más de lo que necesitas para ganar.
- Nunca uses una pregunta abierta, sólo las sugestivas.

- Si no conoces toda la información en un área, pero crees que vale la pena investigar el tema, explora de a poco para desistir sutilmente, siempre usando preguntas sugestivas.
- No preguntes algo que no tenga un propósito estratégico.

Para mejorar tu contraexamen:

- Observa a tus colegas durante sus juicios. Para los que lo hicieron bien, analiza por qué funcionó. Si les fue mal, ¿cómo lo harías tú para que te resultara?
- Escucha el audio de tus juicios. ¿Qué hiciste bien y qué puedes mejorar?

7. El contraexamen: puntos finales

Un buen lema para el contraexamen es: “no me lo digas, muéstramelo”. Es mucho más efectivo, por ejemplo, mostrar que un testigo no pudo ver, que simplemente argumentar que no pudo hacerlo.

Uno de los propósitos centrales del contrainterrogatorio es desarrollar la teoría del caso usando al testigo de la fiscalía para hacerlo. Al final del contraexamen, el tribunal debiera tener una opinión clara acerca de cuál es tu teoría acerca del testigo, su testimonio, cuánto valor otorgarle, y cómo el testigo encaja con el resto del caso analizado desde el punto de vista de la defensa. Que los jueces perciban tu visión del caso.

Muchas personas sugieren que el contraexamen debe ser como cirugía, “entrar y salir”. Es importante señalar que esta sugerencia puede ser fácilmente mal interpretada. “Entrar y salir” no significa hacer pocas preguntas. Significa hacer preguntas sólo en áreas donde hay un propósito estratégico, elegir bien el tema, entrar, obtener lo que necesitas haciendo la cantidad de preguntas que sean necesarias para establecer el punto, y luego pasar a otro tema. Esta expresión es como decir: no hagas la pregunta de más.

Por ejemplo, si uno decide que sólo tiene que cubrir una materia con el testigo, eso no significa sólo una pregunta. Uno debe hacer todas las preguntas necesarias para establecer el punto deseado. Puede tomar cinco preguntas para que el tribunal vea lo que deseas, o puede tomar veinte, treinta o más.

A. Escuchar

Durante el examen directo mantén el enfoque de tu concentración en lo que está diciendo el testigo, no en tus notas o revisando tu conainterrogatorio. El juicio no es el momento de preparar o revisar tus notas para el contraexamen, sino de anotar las cosas nuevas que dice el testigo en el esqueleto de tu contraexamen. Si está bien diseñado, podrás anotar la información directamente para incluirla en tu examen.

No siempre tendremos el gusto de contraexaminar a un testigo destacando las debilidades de su relato. Si el testigo se contradice y esa contradicción te beneficia, se debe estar contento porque significa que hay más para hacer durante el conainterrogatorio. Escucha el testimonio para identificar las discrepancias.

Es igualmente importante escuchar al testigo durante el contraexamen y no estar pensando en la próxima pregunta que harás. Es típico que los abogados que están pensando en el próximo paso, pierden muchas oportunidades para llevar el examen a otro nivel, porque no pueden oír el nuevo dato beneficioso o, si el dato parece malo, tratan de ignorarlo en vez de pensar en una manera de sacarle provecho.

Para escuchar mejor al testigo, ten en mente tu teoría acerca de él (“es buena persona pero no vio nada”, “está inventando y lo necesito demostrar”, etc.), y el punto en particular que estás estableciendo. Luego, no mires tus notas. Si has preparado cómo establecer el punto, lo has practicado antes del juicio oral, esas preguntas vendrán naturalmente, lo que te permitirá responder a lo que está diciendo el testigo.

B. “Comprobar” los puntos detrás de los argumentos para excluir evidencia

El tribunal no acogerá todos nuestros argumentos para excluir evidencia, lo que abre un debate acerca de cuánto valor debiera el tribunal otorgar a la información. Usa el conainterrogatorio para demostrar que debería darle poco. Por ejemplo, si el testigo no tiene un buen fundamento para su declaración, demuéstalo señalando que lo que dice es una repetición de cosas que ocurrieron fuera del tribunal, y que no pueden ser verificadas. Adicionalmente, se puede mostrar que el fiscal pudo haber citado a los testigos que suministraron la información.

Por ejemplo, si el tribunal decide que un carabinero puede declarar sobre lo que un testigo le dijo, uno debe establecer que el policía no conoce al testigo, que no presencié los hechos, que no sabe cuánto tiempo pasó entre los acontecimientos y la denuncia, que la persona le pudo haber mentido y que él solamente está presentando un resumen de lo que consta en una transcripción. También podemos argumentar que el policía pudo haber grabado la conversación para tener una constancia de ella, para que todos pudiéramos evaluar el estado del testigo al momento de declarar y saber exactamente lo que dijo.

LAS OBJECIONES DEL FISCAL Y LA JUSTIFICACIÓN DE TU PREGUNTA

El fiscal tratará de prevenir el establecimiento de hechos que no le convienen con el uso de objeciones. La objeción tiene el efecto de distraer al interrogador y es importante no desconcentrarse después del debate, porque el fiscal lo aprovechará.

Cuando objeten tu pregunta, es importante hacer una nota mental del punto en que estás, para no olvidar dónde retomar del debate. Si es necesario, anótalo. Luego, piensa si la pregunta es objetable y, si lo es, reformula y sigue para no perder el ritmo. Hay ocasiones en que no valdrá la pena un debate, pero se debe considerar que si el fiscal está objetando, es porque vas en una dirección donde no quieres que vayas, por lo que no debes desistir de esa línea de preguntas.

Si necesitas tiempo para pensar, espera hasta que el tribunal haya escuchado la objeción del fiscal. Justifica tu pregunta y demuestra por qué se vincula con la defensa. También, el artículo 309 es ideal, porque muchas de las preguntas de la defensa son diseñadas para demostrar la credibilidad del testigo.

Anecdóticamente, algunos tribunales no han otorgado el tiempo suficiente para contraexaminar, o deciden que un área no es pertinente cuando claramente lo es. En estas situaciones, haz una oferta de prueba indicando lo que piensas que establecerías con el testigo si te permitieran seguir, sé transparente con tus intenciones. Si tu teoría es que el testigo está mintiendo y con esa línea de preguntas lo ibas a establecer, esto te ayudará en un eventual recurso. Pero si no es evidente en qué dirección apuntabas, será difícil decir que el tribunal se equivocó.

Otra manera de evitar problemas es abordar los puntos importantes al principio, cuando hay menos posibilidades de que el tribunal acoja las objeciones del fiscal.

EL ALEGATO DE CLAUSURA



1. Introducción

El alegato de clausura es la última oportunidad de persuadir al tribunal. Aunque a veces tenemos la sensación de que los evaluadores ya habrán pensado, por lo menos tentativamente, en sus conclusiones sobre los hechos, uno espera que si ha presentando la teoría del caso durante el transcurso del juicio oral, testigo por testigo, argumento por argumento, la clausura no será una sorpresa para los jueces. Sin embargo, la clausura es una valiosa oportunidad de resumir y explicar por qué tu teoría es la idónea, y la que debería acoger el tribunal.

Una clausura perfecta es aquella que quisieras escuchar en la sentencia final del caso. Tal como las sugerencias dadas sobre el alegato de apertura, respecto de los argumentos que persuaden, la clausura comienza con una presentación de la conclusión que queremos que sea adoptada, seguida por el razonamiento para llegar a esa conclusión. En casos donde deberías ganar porque el fiscal no ha logrado probar lo que alega, parte importante de la clausura debería dedicarse a explicar, de manera diplomática, por qué es imprescindible que los jueces invoquen las garantías esenciales del cliente.

El alegato debe ser lo suficientemente largo como para explicar tu teoría jurídica, tu interpretación de los hechos, las conclusiones e inferencias lógicas que provienen de los hechos, y la razón por la cual los jueces deberían fallar a favor de tu cliente, pero no tan largo como para ser aburrido. Si hay puntos que no debates, enúncialos brevemente y dedica la mayoría del tiempo a los asuntos que sí están en juego.

2. Preparación para el alegato de clausura

Muchos abogados esperan hasta el juicio oral para preparar su alegato de clausura, justificándolo en que, obviamente, los hechos nunca se presentan como se anticipan y, si está preparado de antemano, no responderá a los alegatos del fiscal. Como no se podrá presentar la clausura de la manera en que fue preparada, se considera como tiempo “malgastado” el invertido en prepararla con demasiada anticipación.

La realidad es que si uno no prepara un buen esqueleto de la clausura, organizado en el orden en que quieres exponer las ideas, será más difícil prepararse para el juicio oral y realizar los interrogatorios y contraexámenes. Además, es difícil preparar una clausura durante un juicio oral, porque hay tantas ideas en el aire que uno no tiene suficiente tiempo para recolectarlas todas antes de la clausura, y es muy probable que se te olviden detalles importantes.

La siguiente es una fórmula para preparar el esqueleto de la clausura, lo que debiera hacerse antes de la audiencia de preparación del juicio oral:

- a. Usando el párrafo sobre los hechos que escribiste cuando desarrollaste la teoría del caso, reduce esa información a una lista de hechos que necesitas para la clausura.
- b. Revisa la lista y agrega todos los hechos que sostienen la teoría del caso, y los hechos del fiscal que necesitarás explicar.
- c. Al lado de cada hecho, señala con qué prueba, testigo, documento o evidencia física, establecerás ese hecho (esto también lo usarás para preparar los esqueletos de los conainterrogatorios y exámenes directos).
- d. Con esta lista, se puede preparar el esqueleto de la clausura.

3. Contenido y organización de la clausura

Al contrario de la apertura, que se enfoca en presentar a las personas involucradas y un resumen de los hechos para que el tribunal tenga un mapa de la teoría del caso, la clausura es la oportunidad de mostrar cómo los hechos encajan con las normas penales para llegar a la conclusión deseada. Obviamente, los contenidos y organización cambiarán de caso en caso, pero lo importante es pensar cómo tejer los hechos con la ley. Una clausura necesita ambos componentes.

Al igual que en los alegatos de apertura, se debe comenzar con la conclusión que quieres que el tribunal adopte y un resumen de por qué es la decisión correcta. No malgastes los primeros minutos de atención hablando de las cosas que no serán debatidas o los puntos fáciles. Centra el debate. Luego, rellena el argumento pieza por pieza, usando las normas

penales para guiar el argumento, tejiendo los hechos con la ley para demostrar que tu teoría es la correcta. Luego, después de haber analizado los hechos y la ley, se concluye con una petición de parte de tu cliente.

Humaniza al cliente: Este paso es sumamente importante porque los jueces tienen que tenerlo presente cuando decidan el caso. Aunque, en teoría, los jueces aplican la ley y no se preocupan de las consecuencias, ello no es verdad. Piensan en cuánto tiempo pasará una persona en la cárcel si es condenado. Es más difícil hacerlo si la persona les cae bien.

Los malos hechos. Si malos hechos surgieron, el fiscal los explotará y sabes que los jueces no los podrán evitar en su fallo; no evites hablar sobre ellos. No desaparecerán simplemente porque no los discutes. Si es algo que puedes hacer con convicción, usa candor al decir que la evidencia quizás apunta en una dirección, pero explica por qué no se debería considerar de esa forma.

Por ejemplo, tomemos el caso donde el cliente confesó y luego dice que no fue. Obviamente, los jueces no se olvidarán de que confesó.

“Ustedes deben estar preguntándose, cómo podemos absolver a una persona que confesó ser el autor del delito. La respuesta requiere que se pongan en la posición de mi cliente, el Sr. Sánchez, la noche en que cuatro carabineros entraron a su casa. Esa noche lo sacaron de su cama y lo llevaron detenido, sin siquiera explicarle lo que pasaba a su esposa. Sus niños fueron despertados por la conmoción y salieron a ver a su padre arrastrado por la casa, con su madre gritando que no se lo llevarán”.

4. Clausuras para defensas típicas

A. Hay una duda razonable de que mi cliente no fue el autor

Como se mencionó previamente, el término “duda razonable” no está definido en Chile, lo que significa que puedes crear tu propia definición. La estrategia es definir la duda razonable en el contexto del caso, marcando la línea entre un caso donde sí hay una duda razonable y otro donde no la hay, obviamente trazando la línea para incluir los hechos del caso en la columna de duda razonable.

En el sistema californiano, hay varias instrucciones y definiciones de qué constituye una duda razonable. Una excelente para la defensa es que cada hecho fáctico tiene que ser comprobado más allá de una duda razonable. O sea, si la teoría del fiscal depende de solamente un hecho, y hay una duda razonable sobre ese hecho, tienen que absolver.

Otra definición favorita es que si hay dos teorías del caso que son razonables, una que apunta a la inocencia y otra a la culpabilidad, se tiene que absolver. Mucho del trabajo del defensor será, entonces, explicar una teoría razonable que apunta a la inocencia.

La vida cotidiana está llena de ejemplos de situaciones donde hay dudas razonables. Usa esos ejemplos como analogías para dar cuerpo al término de la clausura. Antes de usarlo, confirma con otras personas que esa es también su experiencia, ya que si no lo es, podrás perder credibilidad.

B. Mi cliente es inocente de los cargos y legítimas defensas

En estos casos, las normas son útiles para organizar la clausura. Si la teoría es que los hechos no configuran un delito, destaca rápidamente lo que tiene que comprobar el fiscal y por qué los hechos demuestran que tu cliente es inocente.

Con las legítimas defensas, uno puede leer de las secciones relevantes del Código, especialmente si el argumento depende de una interpretación de la norma, y luego relatar la versión de los hechos para demostrar que comprobaste todos los elementos de la eximente de responsabilidad.

C. La defensa técnica, el fiscal se equivocó

Esta no es una defensa que les gustará a los jueces y ellos tratarán de pensar en maneras de “corregir” el error del fiscal. Desde un punto de vista sistémico, no es malo que lo hagan, en el sentido que todos los presentes en la audiencia saben que la persona es culpable, pero al fiscal se le olvidó hacer una diligencia, o la policía cometió un error procesal que causó la exclusión de prueba ilícita.

En la clausura, el defensor debiera argumentar sin causar en los jueces la reacción de tratar de corregir el error. O sea, no ser pesado y decir “él se equivocó, él pierde”. Piensa en maneras de enfatizar por qué las garantías son tan importantes como para justificar la absolución en ese caso. Si se trata de un argumento que funcionaría con jueces chilenos, hazlo: la sociedad hizo las reglas y lo hicieron con un propósito importante, por lo que en casos como este, la sociedad determinó que absolver al cliente es la solución correcta.

D. Defensas basadas en problemas psicológicos o deficiencias mentales

En estos casos, la mayor parte del debate se centrará en cuál es el perito más creíble. El fiscal también intentará enfocar a los jueces en los hechos del caso para crear una respuesta emocional, lo cual la defensa tendrá que superar. Compara las calificaciones de los peritos, habla sobre los incentivos del médico estatal. Detalla el buen testimonio del perito y por qué el del fiscal llegó a la conclusión incorrecta. Estas clausuras debieran venir del corazón, con pasión, y compasión por el cliente.

“¿Y qué si el perito del fiscal está equivocado? ¿No es este un caso que, por definición presenta una duda razonable? Aquí hay dos peritos, uno que es muy calificado, respetado y neutro, diciendo que el acusado sí tuvo alucinaciones causadas por su enfermedad, y otro que tiene un trabajo que depende de qué tan bien le va en estos juicios”.

E. La flexibilidad para cambiar la clausura durante el juicio oral

Es indispensable ser flexible en el alegato de clausura, especialmente porque gran parte del trabajo es responder a lo que propone el fiscal. Si uno presenta la misma clausura que preparó antes del juicio oral, en general, será deficiente porque no tomará en cuenta los nuevos hechos que salieron durante el juicio oral, y los argumentos finales del fiscal.

Por eso es importante tener un buen esqueleto de la clausura, no sólo para que puedas incorporar la nueva información directamente a la clausura, sino también para ponerla en un lugar lógico de tu presentación. Mantén una copia del esqueleto de tu clausura contigo durante el juicio oral para que puedas modificarlo, agregando y sacando hechos durante las pausas del juicio, de manera que no se te olviden.

Anticipa los argumentos del fiscal: Los jueces esperarán que respondas a los argumentos del fiscal durante la clausura y, obviamente, no sabrás lo que va decir antes de que hable. Sin embargo, se pueden anticipar los argumentos del fiscal para luego preparar buenas respuestas. Incluye las respuestas en el esqueleto de la clausura. Si el fiscal no menciona el argumento, simplemente puedes eliminarlo al momento de presentar la clausura.

Con el tiempo, te darás cuenta que los fiscales usan varios argumentos tipo, los cuales puedes predecir para decidir cuál será tu respuesta. Por ejemplo, si no hay suficiente información o una mala investigación, los fiscales, de una manera u otra, sutilmente o no, le echarán la culpa al cliente, señalando que él es el que debería comprobar que no fue. Otro argumento es decir que el imputado pudo haber pedido otro análisis de sangre, ADN, etc., y no lo hizo.

Por ejemplo, los fiscales tienden a argumentar (improcedentemente) que la defensa no comprobó nada. Este es un argumento que no deberíamos ignorar²¹. Es extremadamente serio, porque fortalece el prejuicio que existe de que nuestros clientes son culpables hasta que se compruebe que son inocentes. ¿Cuál será tu respuesta?

Hay un rango de soluciones y mucho dependerá de qué tan flagrante sea el argumento del fiscal, cómo se lleva el fiscal con el tribunal, cuánto tiene que perder tu cliente, cómo te llevas con el tribunal y cuánto riesgo personal estás dispuesto a tomar:

1. En tu réplica, explica largamente el principio de inocencia y cómo el fiscal alteró la carga de la prueba. Esta solución es de poco riesgo, pero tendrá poco efecto; a lo mejor los jueces no dirán nada y el fiscal seguirá haciendo el mismo alegato en cada juicio.

21. En un sistema con jurado, uno puede objetar inmediatamente pidiendo que el juicio se anule porque el argumento del fiscal va en contra de la presunción de inocencia, y cambia la carga de prueba del fiscal a la defensa.

2. No esperar la réplica, sino objetar en el momento en que el fiscal hace el argumento, en un tono firme pero razonable. “Objeción, señorías, mi cliente no tiene nada que comprobar en este caso, o quizás el fiscal se olvida que es él quien tiene la carga de prueba. Y sólo porque tiene miedo de no poder cumplir su deber, no significa que pueda traspasarle esa carga a mi cliente”.

Anecdóticamente, me han comentado que no se “puede” objetar durante un alegato. Mi respuesta es que ninguna parte del Código prohíbe tales objeciones, mientras que la Constitución sí prohíbe la violación de los derechos del cliente. Si uno espera a la réplica, el daño provocado por el fiscal se ha causado.

3. Sin importar si objetas o esperas hasta la réplica, pide que el tribunal no considere el argumento del fiscal. Pide una decisión legal de que el argumento es inapropiado.

4. Pide que el tribunal use la facultad del artículo 292, que ordene al fiscal no utilizar ese argumento en el futuro, dado que es ilegal (ver Art. 292 “Podrá impedir que las alegaciones se desvíen hacia aspectos no pertinentes o inadmisibles...”).

5. Es posible que no ganes hoy, pero si creas una escena proporcional a la falta del fiscal (en otras palabras, un gran escándalo), los jueces se acordarán de esto cada vez que un fiscal haga ese argumento en el futuro. Habla con tus colegas para que todos adopten la misma táctica para situar el problema en la mente de los jueces. Si todos los defensores atacan, serán más efectivos.

5. Si hay tiempo, pide el registro del juicio oral para preparar la clausura

Para preparar una sentencia completa, los jueces tendrán que escuchar porciones del registro. Facilita su trabajo escuchando el registro de los testigos clave y cita la porción que quieres que ellos escuchen. Notarán que, especialmente durante los contrainterrogatorios, información importante pasa inadvertida, porque no es mencionada en el fallo. Si hay algo que te interesa mucho, indícales los minutos exactos que debieran escuchar.

Por ejemplo, Pensemos en lo que dijo la Sra. Gómez. En el resumen de los hechos del fiscal que acabo de escuchar, él dice que la Sra. Gómez identificó con certeza a mi cliente durante esta audiencia. Felizmente, hay un registro de lo que dijo la Sra. Gómez. Por favor escúchenla, ella no usó un tono de voz certero cuando dijo, “se parece a la persona que identifiqué”. Escuchen el registro de su declaración en el minuto 3:47 al 4:04, y quedará claro que ella no tenía certeza cuando hizo su identificación”.

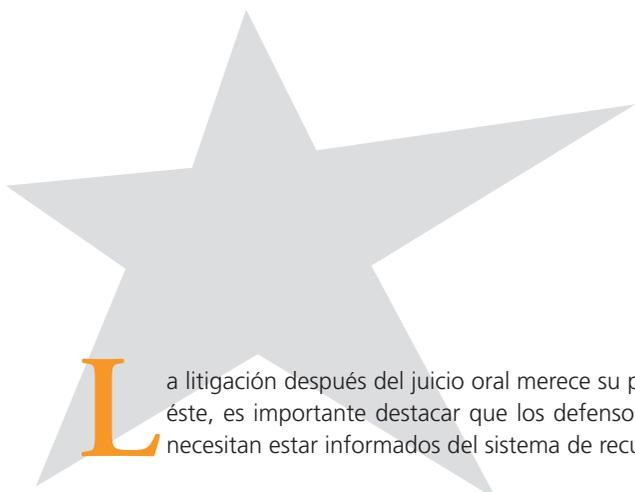


Capítulo XII

El recurso

Capítulo XII

El recurso



La litigación después del juicio oral merece su propio libro. Para los propósitos de éste, es importante destacar que los defensores que trabajan en los tribunales necesitan estar informados del sistema de recursos.

Pensar que el juicio oral no es necesariamente el fin del proceso penal es importante, porque dará una visión más amplia del caso. Al presentar argumentos creativos, bien organizados y razonados, estás pensando en la posibilidad de que tus argumentos no serán solamente presentados en una audiencia ante el tribunal, sino también ante las cortes superiores.

La importancia de hacer un registro de los argumentos

Si quieres que una corte considere tu argumento, debes presentárselo al tribunal de una manera en que estés seguro que puede ser procesalmente evaluado por una corte superior. Si no objetas o no introduces el argumento, la pregunta jurídica quizás no podrá ser analizada, salvo que otro defensor argumente que tu deficiencia en montar los argumentos fue un defecto en el proceso, lo que obviamente quieres evitar. El mensaje central es que se tienen que preparar los recursos de nulidad antes y durante todo el juicio oral.

Cuando presentes tus argumentos al tribunal, es indispensable ligar el punto jurídico con los hechos, de tal manera que quede claro por qué aquéllos deberían ser acogidos. Este principio será igual durante tus argumentaciones en la corte, pues tienes que establecer en cuáles se fundamenta la causal por la que recurre.

Habrà situaciones donde un juez no te dejarà terminar tu argumento. Es importante que, de manera respetuosa, pidas la oportunidad de dejar tu argumento en el registro, para los propósitos de futuras audiencias. Obviamente, uno no quiere hacer esta petición de manera amenazadora, porque perjudicará tu relación con el juez, pero cuando es importante y no has podido terminar tu argumento, pide que te deje terminar.

La Defensoría Penal Pública considera que este texto será de valiosa ayuda para los profesionales que asisten a quienes requieren defensa jurídica en el marco del Sistema de Justicia Criminal Adversarial.

Su redacción coloquial tiene como propósito que el defensor penal público sienta que tiene un instrumento a mano, elaborado por alguien que comprende sus inquietudes, y que le da luces sobre cómo enfrentar determinadas situaciones, sin que ello implique que necesariamente debe actuar de determinada manera.

La Defensoría cumple así con uno de sus objetivos, que es generar de manera permanente capacitación y herramientas para que los abogados brinden un servicio cada vez de mejor calidad.



DEFENSORÍA PENAL PÚBLICA
Av. Libertador Bernardo O'Higgins 1449
Pisos 5 y 8
Santiago, Chile
Teléfonos: (2) 439 6800 - (2) 439 6890