

k s & 3

Vi-QU

2 0 - M

C-1

Todos los derechos reservados.
Prohibida su reproducción, total o parcial,
por cualquier medio físico o electrónico,
incluyendo el diseño de la portada.
La compra de un libro fotocopiado es un acto ilegal
y es penado por la ley.

Primera edición, 2006
Reimpresión actualizada, 2008
Segunda reimpresión, 2009

© PELAYO VIAL CAMPOS

© LIBROTECNIA
Agustinas 1442, Torre B, Of. 209, Santiago, Chile

Inscripción N° 157.595

Tercera reimpresión de la primera edición

Reimpreso en los talleres de Gráfica LOM
en el mes de abril de 2011

ISBN: 978-956-7950-40-9

IMPRESO ENCHILE

TECNICAS Y FUNDAMENTOS DEL CONTRAEXAMEN EN EL PROCESO PENAL CHILENO

PELAYO VIAL CAMPOS

CORTE
SUPREMA,
«IBUOTECA»
^HIIP J

C . i



21267

BIBLIOTECA

LIBROTECNIA »

Debo especial agradecimiento a todos aquellos que me apoyaron en el desarrollo de este trabajo, a Carolina, mi familia, amigos y muy especialmente a mis correctores, sin los cuales este libro jamás podría haber sido una realidad.

Abreviaturas

APJO	:	Audiencia de Preparación de Juicio Oral.
CADH	:	Convención Americana de Derechos Humanos.
CPP	:	Código Procesal Penal.
NCDC	:	National Criminal Defense College.
PIDCP	:	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.
SCS	:	Sentencia Corte Suprema.
TOP	:	Tribunal Oral en lo Penal.

. CORTE ,
| SUPREMA)
"BIBLIOTECA
. fHHC

Introducción

Al decidir escribir este libro mi desafío era entregar las técnicas necesarias para desarrollar un buen contraexamen en nuestros juicios orales o audiencias de recepción de prueba anticipada.

Los juicios orales y las técnicas de litigación que se aplican en ellos son materias nuevas y desconocidas para quienes ejercemos el derecho día a día y debemos tramitar en el nuevo proceso penal. La doctrina nacional es escasa y las posibilidades de desarrollar correctamente las técnicas de litigación se dificultan.

El mensaje del Código Procesal Penal señala que "el nuevo sistema de enjuiciamiento criminal tiene como objetivo establecer las bases procedimentales de un nuevo sistema procesal penal que pretende abandonar el modelo inquisitivo y avanzar hacia otro con una orientación de carácter acusatorio". El fundamento del principio acusatorio es la imparcialidad del juzgador, sin embargo algunos han ampliado su contenido incluyendo en él otros aspectos como la confrontación del proceso. Al respecto cabe señalar que la contradicción más que un principio es un presupuesto de validez de un proceso, sin contradicción no existe proceso.

Desde lo señalado, el nuevo proceso penal instaurado por el Código Procesal Penal consagra un verdadero proceso, por lo anterior es que el contraexamen debe ser desarrollado entre nosotros en toda su dimensión, ya que éste es la principal vía para materializar la contrariedad, dar confiabilidad a la prueba y establecer la veracidad de lo declarado por los testigos y peritos.

Para que el derecho a contraexaminar se consagre sin limitaciones de carácter formal que lo desnaturalice, en varios capítulos de esta obra se tratan temas de derecho sustantivo, tales como: los fundamentos del concepto del contraexamen, su consagración legal y el ámbito de su aplicación. La incorpo-

ración de estas materias pretende que el lector conozca el verdadero sentido del contraexamen, como el derecho que asiste al interviniente que no presenta como prueba la declaración del interrogado en juicio. Confío en que las materias tratadas aporten al debate que se ha suscitado desde que la reforma procesal penal se comenzó a implementar en nuestro país y espero que pronto queden en el pasado las polémicas de estos primeros años de reforma, que han limitado severamente al contraexamen en nuestros juicios orales.

Como señalé, el motivo original de esta obra es entregar al lector una serie sistematizada y fundada de técnicas útiles y fácilmente aplicables a la preparación y desarrollo de un contraexamen. El lector encontrará capítulos referidos a las tres técnicas básicas para contrainterrogar a un testigo, algunas avanzadas, otras para controlar al declarante que se contraexamina, y se agregan técnicas para desacreditar al testigo o su testimonio. Espero que esos capítulos sean los de mayor utilidad para los intervinientes del nuevo proceso penal.

Una advertencia final, usted tiene en sus manos un libro de litigación que trata específicamente de las técnicas del contraexamen y no un manual de Derecho Procesal Penal, sin perjuicio de que muchas o todas las técnicas sugeridas tienen un sustento normativo, el que es analizado en cada caso.

EL AUTOR

Consagración legal del contraexamen

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Reconocimiento legal del contraexamen. 3. El uso de preguntas sugestivas. 4. Conclusión.

1. Introducción

El propósito de un juicio es descubrir la verdad. El contraexamen es la mejor herramienta para descubrir la verdad, entonces, el propósito de un juicio es el contraexamen.¹

Para algunos el contraexamen es la piedra angular de un sistema contradictorio, ya que es la herramienta que ha creado la litigación oral para confrontar y verificar la veracidad de lo declarado por los testigos de la parte contraria.

Como se señaló en la introducción de esta obra, sin contradicción no existe proceso, o en otras palabras, la contradicción es un presupuesto de existencia de un proceso. Pues bien, el contraexamen es una de las formas de consagrar que la contradicción se materialice en un proceso penal. Por lo anterior, es su importancia tan central en diversos sistemas procesales comparados y su desarrollo sin limitaciones.

El presente capítulo analiza entre otras qué normas del CPP se refieren al contraexamen y qué normas contenidas en los pactos internacionales consagran el contraexamen en nuestro ordenamiento jurídico. Análisis necesario

¹ Silogismos del contraexamen, LARRY S. POZNER y ROGER J. DODD, *Cross-Examination, Science and Techniques*, The Michie Company, Law Publishers, Virginia, 1993, pág. 1.

y relevante para consagrar en nuestro sistema procesal penal esta nueva institución instaurada por el Código Procesal Penal (en adelante CPP).

2. Reconocimiento legal del contraexamen

El derecho a interrogar testigos es parte integrante del debido proceso y es un aspecto básico del derecho a defensa, consagrado en el artículo 19 N° 3, inc. 2° de la Constitución Política de la República.

Los contenidos básicos del derecho a defensa² están señalados en los pactos internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes e incorporados al derecho chileno en virtud de lo prescrito en el artículo 5° inc. 2° de la Constitución Política de la República de 1980. El artículo 14, ap. 3, letra e), del PIDCP, señala que durante el proceso toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: "e) A interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo". El Pacto de San José de Costa Rica consagra también en su artículo 8, ap. 2, letra f), el derecho de la defensa a interrogar testigos presentados en el tribunal.

En el sistema norteamericano en la VI enmienda se consagra también el derecho a confrontar a los testigos de cargo,³ de modo que si éstos no comparecen y su testimonio es referido por otras personas o documentos, se entiende vulnerado el derecho constitucional que forma parte del debido proceso. Esta garantía del acusado consiste en *the right to meet the witness against him face to face*; es decir, el derecho del acusado a encontrarse con el testigo que declara contra él cara a cara.⁴

¹ Contenidos básicos que se reconocen en el mensaje de nuestro CPP: "*Pero no se trata sólo de satisfacer las exigencias del debido proceso, llevado así término el desarrollo del Estado constitucional. TODAVIA ESA REFORMA RESULTA EXIGIDA POR LA IDEA Y EL PRINCIPIO DE LOS DERECHOS HUMANOS QUE FUNDAN EL SISTEMA POLITICO QJJE CONSTITUYEN, COMO ES SABIDO, UNO DE LOS COMPROMISOS MAS DELICADOS DEL ESTADO ANTE LA COMUNIDAD INTERNACIONAL*".

² La sexta enmienda en su parte pertinente señala: "*In all Criminalprosecutions, the accusedshall enjoy the right... andto be informedofthe nature and the cause ofthe accnsation; to be confronted with the witnesses against him;...*" (En cualquier proceso penal (persecución penal) el acusado tendrá el derecho... a ser informado de la naturaleza y causa de la acusación; a ser confrontado con los testigos adversos (reunidos en su contra) [traducción libre]).

⁴ Como bien señala JOAN VERGER GRAU en "La técnica de las pruebas orales como presupuesto de eficiencia del juicio acusatorio", artículo publicado en *Revista Vasca Derecho Procesal y Arbitraje*, tomo XVI, enero N° 1, 2003, citando sentencia de la CS de EE.UU.,

Por su parte, nuestro CPP reconoce el derecho de los intervinientes a citar e interrogar a los testigos y peritos presentados durante el juicio oral en los artículos 298, 309, 310, 311, 318, 319, 329 y 330 del CPP. Durante la etapa de investigación de nuestro proceso y durante su etapa intermedia, se puede recibir prueba anticipada ante el juez de garantía, la cual se acoge en los mismos términos que en el juicio oral, según lo dispuesto en el artículo 191 del mismo Código, por lo cual el derecho a interrogar testigos en el evento que se rinda prueba anticipada durante la etapa de investigación e intermedia se encuentra asegurado en nuestro CPP.

Una de las normas más importantes que contempla nuestro CPP respecto al interrogatorio de testigos es el artículo 330 del CPP, el cual prohíbe realizar **preguntas sugestivas⁵ durante el examen directo**, las que, a contrario sensu,

Matrox v. U.S., 156 US 237 (decidida el 4 de febrero de 1895) de esta enmienda también se deduce la imposibilidad de usar testimonios de referencia en contra del imputado, aun cuando en el derecho norteamericano existen diversas excepciones, "lafinalidad primordial de la norma constitucional en cuestión es la de evitar los testimonios o declaraciones testificales escritas de parte que en otros tiempos fueron admitidas en los procesos civiles, e impedir que se utilicen contra el acusado en sustitución de los interrogatorios personales y cruzados a los testigos, en los que el acusado tiene oportunidad, no sólo de poner a prueba la memoria y los escrúpulos de conciencia del testigo, sino también de obligarle a estar de pie ante el jurado para que se pueda ver y juzgar...".

La consagración del contraexamen en el sistema norteamericano tiene una importancia central. En algunos casos si una declaración previa no fue sujeta a contraexamen corre el riesgo de no ser confiable (fiable) y por eso ser excluida. Lo anterior ha sido ratificado por la Corte Suprema de EE.UU., en *Crawfordv. Washington*, decidido el 8 de marzo de 2004. En síntesis, en el fallo en comento el Estado pidió introducir una declaración grabada de la cónyuge del imputado que había sido hecha durante su interrogatorio policial, como evidencia que la estocada realizada por el imputado no constituía legítima defensa. La cónyuge del imputado no testificó en el juicio asilándose en un privilegio que la facultaba para no declarar en atención a su calidad de cónyuge del imputado. El fiscal incorporó la declaración al juicio. El fallo decide que el Estado al usar la declaración de la cónyuge infringe la clausura de confrontación, dado que para que una declaración tenga validez (fiabilidad) a la luz de la cláusula constitucional ésta debe ser confrontada. "*Held'*: *The States use of Sylvia's statement violated the Confrontation Clause because, where testimonial statements are at issue, the only indicium of reliability sufficient to satisfy constitutional demands is confrontation*

⁵ STRONG, JOHN W., Y OTROS, *McCormick on Evidence*, 5ª edición, West Group, student edition, St. Paul, Minn, 1999, pág. 11: *'A leading question is one that suggests to the witness the answer desired by the examiner'* (Una pregunta sugestiva es la que sugiere al testigo la respuesta deseada por quien interroga [traducción libre]).

THOMAS A., MAUET, *Trial Techniques*, 6ª ed., 2002, Aspen Publishers, pág. 481, define

sí se permiten durante el contraexamen. Esta norma fija la principal diferencia entre ambas instancias de interrogación de un testigo durante el juicio.

En síntesis, nuestro derecho consagra ampliamente el interrogatorio y el contrainterrogatorio de los testigos por las partes. El contrainterrogatorio se establece expresamente como un derecho⁶ de la parte que no presentó al testigo, permitiéndose las preguntas sugestivas, lo que es compatible con la contradicción que todo proceso requiere y que asegura que la prueba ingresada al juicio cumpla con un mínimo estándar de confiabilidad.⁷

las preguntas sugestivas como: "*A leading question suggests the desired answer to the witness*" (Una pregunta sugestiva sugiere la respuesta deseada al testigo [traducción libre]).

Las reglas de evidencia de Puerto Rico de 1979 enmendadas hasta abril de 2001, en su regla 43 Orden y modo de interrogatorio de testigos y presentación de evidencia, se refieren a la pregunta sugestiva definiéndola como: "*5. Pregunta sugestiva -pregunta que sugiere al testigo la contestación que desea la parte que le interroga*".

HOHVITZ LENNON, MARÍA INÉS, y LÓPEZ MASLE, JULIÁN, en *Derecho Procesal Penal Chileno*, tomo II, Editorial Jurídica de Chile, Sgto., 2004, pág. 288, citando a Maier señalan: "Pregunta sugestiva es aquella que insinúa la contestación, de ordinario describiendo el hecho o circunstancia cuya afirmación (o negación) se pretende, como la siguiente: No es cierto que usted se encontraba con el acusado el día de los hechos...".

⁶ JOHN W. STRONG Y OTROS, obra ya citada, así se ha entendido en el derecho norteamericano, en el que se señala que el contraexamen es un derecho y no un mero privilegio. "*For two centuries, common law judges and lawyers have regarded the opportunity of cross-examination as an essential safeguard of the accuracy and completeness of testimony. They have insisted that the opportunity is a RIGHT, not a mere privilege*", pág. 34 (Por dos siglos, jueces y abogados han estimado que la oportunidad de contraexaminar es una salvaguarda esencial de la exactitud e integridad del testimonio. Ellos han insistido que esta oportunidad es un derecho y no un mero privilegio [traducción libre]).

⁷ En este sentido, es interesante analizar que luego de la dictación del CPP, las demás reformas procesales no han dado un tratamiento adecuado a la forma de interrogación de los testigos, peritos y partes que asegure la contrariedad en estos procesos, como asimismo la posibilidad de las partes de demostrar la falta de credibilidad de los testigos y el correcto ingreso de la evidencia. A saber, en el nuevo procedimiento laboral establecido por la Ley 20.087, artículo 454 N° 7, se prohíbe expresamente a las partes hacer preguntas asertivas a los testigos. Las preguntas asertivas son aquellas en que se contiene una proposición que afirma algo. Como se explicará, las preguntas sugestivas a realizar a un testigo adverso suelen ser de aquellas que contienen proposiciones que afirman hechos, las que están prohibidas en el nuevo procedimiento laboral. Para el caso del procedimiento ante los tribunales de familia contemplado en la Ley 19.968 se permiten expresamente, en el artículo 51, las preguntas afirmativas a ser deducidas a las partes, pero nada se dice respecto a las preguntas a los testigos. Por lo anterior, se puede concluir que se permiten las preguntas sugestivas tanto en el examen directo como en el contraexamen. En el artículo 325 del anteproyecto de Código de Procedimiento Civil, se prohíben expresamente las preguntas asertivas.

Por lo anterior, el hecho de impedir el contraexamen de cualquier interviniente en el proceso penal o limitar en extremo esta facultad podrá constituir un hecho suficiente para fundar un recurso de nulidad, según lo señalado en el artículo 374, letra c), del CPP.

3. El uso de preguntas sugestivas

Como ya se dijo, la principal diferencia entre el examen directo y el contraexamen es que en este último se pueden hacer preguntas sugestivas.⁸

El artículo 330, inciso I°, del CPP prohíbe en todos los casos las preguntas sugestivas durante el examen directo.⁹ De esta norma se desprende que las preguntas sugestivas sí están permitidas en el contraexamen.¹⁰

⁸ En este sentido es interesante lo señalado por DUCE y BAYTELMAN, en *Litigación penal. Juicio oral y prueba*, Ediciones Universidad Diego Portales, quienes señalan que en los proyectos originales del Código Procesal Penal existía prohibición total del uso de preguntas sugestivas como sucede en la mayoría de los Códigos Procesales Penales y Civiles de la Región -como es el caso de los nuevos Códigos Procesales Penales de Ecuador y Perú-, lo que fue enmendado en el debate legislativo, cit., pág. 205. Comparto lo señalado por estos autores respecto a la trascendencia de permitir las preguntas sugestivas durante el contraexamen, ya que es efectivo que el uso de preguntas sugestivas realmente asegura un juicio contradictorio.

Ver PFEFFER URQUIAGA, EMILIO, obra ya citada, a propósito de la historia del artículo 330 del CPP: "Al Senado le surgió la inquietud sobre la conveniencia de consagrar una prohibición tan absoluta respecto de las preguntas sugestivas, sobre todo en el contrainterrogatorio del testigo, porque estas preguntas se valen de la información proporcionada por el propio testigo, a diferencia de las preguntas capciosas, que son las verdaderamente graves porque introducen información que el testigo no ha dado. La garantía debe consistir en que el abogado que participa en el interrogatorio no introduzca información adicional a la entregada por el testigo o deliberadamente lo induzca a error, pero es consustancial a la diligencia que se confronte al testigo con sus propios dichos, y, por lo tanto, será posible dirigirle preguntas sugestivas pero bajo ciertas reglas, cuya pertinencia valorará el juez", pág. 449.

⁹ En el sistema norteamericano según la regla federal de evidencia 611 (c) se permite durante el examen directo el uso de preguntas sugestivas para algunos casos en forma excepcional tales como: para desarrollar el testimonio del testigo asimismo, i) cuando se cita a un testigo hostil, ii) una parte contraria, o iii) un testigo identificado con la parte contraria. "Leading questions should not be used on the direct examination of a witness except as may be necessary to develop the witness' testimony. Ordinarily leading questions should be permitted on cross-examination. When a party calls a hostile witness, an adverse party, or a witness identified with an adverse party, interrogation may be by leading questions."

Asimismo, se permiten preguntas sugestivas cuando el testigo es incapaz de transmitir la

La prohibición de las preguntas sugestivas durante el examen directo se fundamenta en que el testigo interrogado favorece la teoría del caso¹¹ de quien lo presenta, por lo tanto, de permitirse el interrogatorio en forma sugestiva el abogado terminaría declarando por el testigo. **El peligro del uso de preguntas sugestivas durante el examen directo radica en que el testigo "amigable" a quien lo presenta acepte afirmaciones del abogado que lo interroga a pesar que los hechos no hayan sucedido de esa forma.** Es lógico pensar que un testigo "amigable" fácilmente consentirá en lo que su abogado le pregunta pensando que esa versión de los hechos es más útil a sus intereses,¹² lo que terminará contaminando la evidencia que ingresa al juicio. Así, si durante un interrogatorio directo el abogado pregunta: "¿Sr. xxx la noche estaba clara?", el peligro está en que el testigo "amigable" piense: "en realidad la noche no estaba muy clara, pero para ganar este juicio mi abogado requiere que le diga que estaba clara, entonces contestaré que la noche era clara".

Nuestro legislador solo define las preguntas sugestivas como aquellas que sugieren la respuesta, desconociendo que el real peligro de las preguntas sugestivas emana de la circunstancia que el abogado no solo sugiera la respuesta, si no que de la pregunta **o conjunto de ellas** se desprenda la respuesta deseada por quien la realiza. En este sentido se ha definido este tipo de pregunta como: "*Unapregunta sugestiva es la que sugiere al testigo la respuesta deseada por quien la realiza*",¹³ definición más acorde con el fundamento

información en forma certera sin uso de preguntas sugestivas, como por ejemplo por problemas de lenguaje, menores de edad, etc., y por último se permite el uso de preguntas sugestivas para asuntos preliminares no disputados. (STEVEN GOODE y OLIN GUY WELLBORN, *Courtroom Evidence*, Thomson West, Student Edición, pág. 188.)

" 1 a regla 611c), de las Reglas Federales de Evidencia de EE.UU. permiten expresamente las preguntas sugestivas en el contraexamen, "...ordinarily leading questions should be permitted on cross examination".

¹¹ Por teoría del caso debemos entender, "la narración lógica de los hechos en un solo párrafo que se enmarca con un contexto legal que nos llevan a la conclusión legal buscada". Mi cónyuge dio muerte a su marido quien la golpeaba constantemente y esa noche la agredió con un cuchillo lesionándola gravemente, en un momento de descuido de la víctima mi representada tomó mi arma y en su defensa le propinó una herida cardíaca a su agresor. Estos hechos son suficientes para exculpar a mi defendida por haber actuado en su *legítima* defensa.

¹² En el sistema norteamericano se permiten las preguntas sugestivas durante el examen directo cuando las preguntas se refieren a asuntos preliminares o no disputados por no existir este peligro.

¹³ STRONG JOHN, en *McCormick on Evidence*, obra ya citada, pág. 11. "*A leading question is one that suggests to the witness the answer desired by the examiner*".

de la prohibición del uso de preguntas sugestivas durante el examen directo y cuyo aporte por sobre la definición contenida en el artículo 330 del CPP, está en agregar como requisito a la pregunta sugestiva que de la misma debe emanar la respuesta deseada.¹⁴

Durante el conainterrogatorio se permite el uso de **preguntas sugestivas basándose** en que es dable suponer que el testigo **será hostil hacia el abogado que lo conainterrogará** y estará dispuesto a negar cualquier afirmación que éste le haga, incluso aquellas que entreguen la verdadera versión de los hechos. Lo que suele suceder en la práctica es que el testigo, dada su hostilidad,¹⁵ niegue los hechos tal cual sucedieron aun ante preguntas sugestivas, por lo cual el peligro de contaminar la información que aporta el declarante a través del uso de preguntas sugestivas desaparece en el contraexamen.

Otros fundamentos para la utilización de preguntas sugestivas durante este proceso es la inexistencia de los testigos inhábiles en el marco del nuevo proceso penal, lo que unido al carácter contradictorio del principio acusatorio¹⁶ hacen que este tipo de preguntas sea el medio más idóneo para verificar la credibilidad del testigo o de su testimonio.

¹⁴ Por esta misma razón es que se pueden objetar por sugestiva una serie de preguntas aun cuando cada una de ellas en forma aislada no sean sugestivas, ya que de la serie de preguntas pueden desprenderse las respuestas deseadas por quien las realiza, como se analiza en el Capítulo XI en el acápite 7.1.1.4, de esta obra.

¹⁵ Como se dijo, la hostilidad del testigo es la que ha consagrado el contraexamen a través de preguntas sugestivas en EE.UU., incluso cuando un testigo se inclina a favor de quien lo contraexamina, en algunas jurisdicciones se restringe el uso de preguntas sugestivas. "However, when it appears that the witness is biased in the cross-examiner's favor and likely to yield to suggestions of leading questions, the judge in many jurisdictions may restrain the asking of them", STRONG, JOHN W., *McCormick on Evidence*, obra ya citada, pág. 36.

STEVE GOODE Y OLIN GUY WELLBORN, obra ya citada, en el mismo sentido se señala que la Corte puede limitar el uso de preguntas sugestivas en el contraexamen cuando el testigo es amistoso. "The qualifying language - that such questions should be permitted "ordinarily"- authorizes the trial court to limit the use of leading questions when, for example, the cross-examiner is interrogating a friendly witness. *Schultz v. Rice*, 809 F.2d 643.654" (10th Cir. 1986), pág. 188.

¹⁶ Debo hacer la prevención, como lo señala JUAN MONTERO AROCA en su artículo "La garantía procesal penal y principio acusatorio", en *Revista La Ley* N° 3440, Madrid de 1994, que la contrariedad no es manifestación del principio acusatorio aun cuando muchos lo confunden, si no que es un presupuesto de un proceso. Lo que sucede es que los sistemas en que el principio acusatorio recibe plena aplicación son también contradictorios o adversariales.

El uso de preguntas sugestivas también reconoce al abogado que las realiza el **derecho de obtener respuesta a sus preguntas**,¹⁷ cuestión que en nuestro derecho tiene reconocimiento legal en el artículo 329, inc. 3º, del CPP.

Por último, sin el uso de preguntas sugestivas durante el contraexamen sería imposible que este testigo hostil fuera enfrentado a otra versión de los hechos.

Según lo prescrito en el artículo 330, inciso 3º, del CPP, siempre en el contraexamen están prohibidas las preguntas engañosas, aquéllas destinadas a coaccionar al testigo o perito y las formuladas en términos poco claros.¹⁸

Una vez definido que el contraexamen está debidamente consagrado en nuestra legislación, la que a su vez consiente el uso de preguntas sugestivas durante el contraexamen, es necesario revisar qué materias son pertinentes para ser preguntadas, lo que será materia del siguiente capítulo.

4. Conclusión

En conclusión, nuestro sistema legal tiene una amplia consagración del derecho a interrogar a los testigos y peritos presentados por la otra parte. Esta consagración también se refiere al modo en que se puede interrogar a los testigos de la parte contraria, aceptando el uso de preguntas sugestivas al efecto.

¹ Lubkt, Sti viin, *Modcrn TrialAdvocacn'. AnalysisandPractice*, National Institute of Trial Acívocicy, 2ª edición, pág. 86, "Moreover, the right to ask leading questions is usually understood to inclínle (he right to insir on a responsive answer". *Es más, el derecho a hacer preguntas sugestivas normalmente entiende incluido el derecho a insistir en una respuesta que conteste la pregunta.*

lista materia se tratará en extenso en *el Capítulo XI, de esta obra, acerca, de ¿as objeciones en el loih r.iex.imcn.*

Ambitos del contraexamen

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Ambitos del contraexamen en nuestro CPP. 2.1. Propios dichos del testigo. 2.2. Otras versiones presentadas en el juicio. 2.3. Imparcialidad, credibilidad e idoneidad. 3. ¿Existen preguntas impertinentes en el contraexamen? 4. ¿Existe alguna vía para limitar el contraexamen? 5. ¿Podría el tribunal, en el ejercicio de sus facultades, coartar a los intervinientes en su contraexamen?

1. Introducción

Nuestro nuevo sistema procesal penal revolucionó la forma de resolver el conflicto penal en Chile, ya que por primera vez se instaura un verdadero juicio. No cabe duda que el nuevo sistema procesal penal implica un cambio cultural importante para todos los actores involucrados en él.

En el sistema oral cada interviniente tiene roles que jamás asumió en el antiguo sistema. Los jueces tienen una función totalmente distinta a la que desarrollaron por más de un siglo en el antiguo sistema de procedimiento penal, ya que el ingreso de la prueba con la cual se va a decidir el caso es responsabilidad de los intervinientes. Los jueces en el nuevo proceso penal adquieren un rol que les es más propio: decidir el conflicto penal como un tercero imparcial, abandonando definitivamente el cometido inquisitivo que les estuvo asignado en el antiguo procedimiento penal consagrado por el Código de Procedimiento Penal de 1906.

La prueba de testigos y en parte la de peritos se desarrolla a través de los interrogatorios realizados por los fiscales, defensores y querellantes, quienes interrogan sobre las áreas que les parecen pertinentes para su propia teoría del caso. Es oportuno entonces preguntarse si esta facultad de interrogar a los

testigos y, en especial, la de contrainterrogar tiene límites en cuanto a los ámbitos sobre los cuales se puede consultar a un testigo; o dicho de otro modo ¿existen preguntas impertinentes en el contraexamen o aspectos sobre los cuales no pueden dirigirse preguntas en este proceso?

Pues bien, el presente capítulo analiza precisamente los ámbitos sobre los cuales se pueden dirigir preguntas durante el contrainterrogatorio y cuál sería la vía procesal para impedir que éste se oriente a temas impertinentes.

2. Ambitos del contraexamen en nuestro CPP

La norma general que fija el ámbito del contraexamen está contenida en el artículo 330, inciso 2º, del CPP, que señala: "*Durante el contrainterrogatorio, las partes podrán confrontar al perito o testigo con sus propios dichos u otras versiones de los hechos presentados en el juicio*".

Asimismo, el artículo 309 del mismo Código, cuyo epígrafe es "Declaración de testigos", señala: "*En el procedimiento penal no existirán testigos inhábiles. Sin perjuicio de ello, los intervinientes podrán dirigir al testigo, preguntas tendientes a demostrar su credibilidad o falta de ella, la existencia de vínculos con alguno de los intervinientes que afectaren o pudieren afectar su imparcialidad, o algún defecto de idoneidad*".

Por otra parte, el artículo 318 del CPP se refiere a la inhabilidad de los peritos y consagra el derecho de los intervinientes a realizar preguntas orientadas a determinar *su idoneidad, imparcialidad y el rigor técnico o científico de sus conclusiones*.

De las normas transcritas se puede concluir que en nuestro sistema las áreas en las que se pueden dirigir preguntas durante el contraexamen son bastante amplias. No está de más señalar que el artículo 330 del CPP ocupa la expresión "podrá" sin tener ésta un carácter taxativo.

2.1. Propios dichos del testigo

El testigo en sus declaraciones, durante el juicio, etapa de investigación u otras,¹⁹ entrega su versión de los hechos. Estas versiones pueden ser materia

¹⁹ Como podría ser una declaración por la prensa.

de preguntas durante el contraexamen en virtud de lo prescrito en el artículo 330 inc. 2º del CPP, cualquier pregunta en ese ámbito será pertinente en el contraexamen.

2.2. Otras versiones presentadas en el juicio

Cualquier pregunta que se dirija a un testigo que no tenga relación con lo que él ha declarado, pero que esté en el ámbito de otra versión de los hechos presentada en el juicio será pertinente, ya que así lo señala expresamente el artículo 330 del CPP. Las versiones presentadas en el juicio se anuncian en el alegato de apertura y se desprenden de la prueba ofrecida por los intervinientes, fijándose así los ámbitos en que pueden dirigirse preguntas en el contraexamen.

2.3. Imparcialidad, credibilidad e idoneidad

Estos ámbitos dicen relación con uno de los objetivos centrales del contraexamen fijados por el artículo 309 del CPP, **desacreditar al testigo, su testimonio o parte del testimonio**, mediante las técnicas que se analizarán latamente en el Capítulo IX de esta obra.

Existen cuatro factores de los cuales depende el valor de un testimonio, que son: i) la *percepción*, ¿pudo el testigo percibir correctamente lo que describe?; ii) la *memoria*, ¿el testigo ha retenido en forma precisa lo que percibió?, iii) la *narración*, ¿el lenguaje del testigo comunica lo percibido en forma precisa?, y iv) la *sinceridad*, ¿tiene el testigo algún interés en declarar falsamente?²⁰ Las preguntas para demostrar la ausencia de uno o más de los factores que hacen confiable a un testigo serán pertinentes durante el contraexamen, como asimismo cualquier pregunta cuyo objetivo sea desacreditar al testigo o su testimonio.²¹

Pues bien, una vez revisados los ámbitos en los cuales se puede dirigir un contraexamen es necesario señalar que existen dos normas que tienen una suerte de protección sobre quien declara en calidad de testigo, éstas son: el

²⁰ STRONG, JOHN W., *McCormick on Evidence*, obra ya citada, págs. 373 y 374.

²¹ Véase Capítulo IX, de esta obra.

artículo 302 del CPP que faculta a no declarar por motivos personales y el artículo 305 del mismo cuerpo legal, que autoriza a un testigo a negarse a responder cuando su respuesta pueda irrogarle persecución penal. Ambas normas limitan el ámbito sobre el cual se puede dirigir un contraexamen.

Por último, cabe señalar que en nuestro sistema no existen normas que impidan interrogar acerca de las creencias religiosas de un testigo, evidencia relacionada con conductas sexuales anteriores, antecedentes de menores, etc. Esta amplitud no significa que si esas preguntas se hacen durante el contraexamen puedan ser objeto de objeciones durante el juicio oral.

Del simple análisis de las normas del CPP es dable concluir que las áreas que pueden ser cubiertas por el contraexamen en nuestro sistema son amplias y se carece de regulación específica de temas que digan relación con la credibilidad del testimonio o el testigo.²²

3. ¿Existen preguntas impertinentes en el contraexamen?

En parte ya se señaló que las áreas o materias en las cuales se pueden dirigir preguntas durante un contraexamen son amplias en nuestra legislación, a saber: todo lo que el testigo señaló en su declaración, otras versiones de los hechos presentadas en el juicio, preguntas tendientes a demostrar su credibilidad o falta de ella, vínculos con los intervinientes que afectaren o pudieren afectar su imparcialidad y su idoneidad o falta de alguna de ellas.

En un contraexamen de un policía realizado por la defensa solo para demostrar su falta de credibilidad o idoneidad se podrían dirigir preguntas acerca de:

- Lo que hizo en la investigación.
- Lo que no hizo en la investigación.
- Anotaciones negativas en su hoja de vida.
- Su interés en que el fiscal obtenga una condena.
- Procedimientos anteriores en contra del imputado.

²² Un límite será en estos casos la dignidad de la persona, artículo 1° de la Constitución Política de la República.

- Inconsistencias de su versión de los hechos con la de otros testigos o peritos.
- Inconsistencias de su versión de los hechos con el resto de la evidencia.
- Inconsistencias con sus declaraciones previas.
- Inconsistencias de su versión de los hechos con el sentido común.
- Inconsistencias de su versión de los hechos con lo ya declarado durante el juicio oral, etc.

Sin perjuicio de lo anterior, **sí existen preguntas que podrán ser declaradas impertinentes durante el contraexamen**, lo que deberá ser analizado en cada caso concreto.

Según lo dispuesto en el artículo 309 del CPP, norma que faculta para dirigir preguntas a los testigos tendientes a demostrar su falta de credibilidad, ésta se puede atacar con la propia declaración del testigo en el juicio. Así, por ejemplo, el abogado defensor inicia una línea de interrogatorio a un policía intentando establecer el tiempo que había demorado desde el lugar de los hechos a la casa del juez la madrugada de un homicidio. El punto era trascendente ya que el imputado se había entregado voluntariamente en la comisaría y no estaba claro si la orden de detención había sido expedida antes o después de su entrega voluntaria. El abogado defensor intentaba entonces demostrar que el imputado se había entregado con anterioridad a que la policía saliera incluso del lugar de los hechos camino a la casa del juez que expidió la orden. Todos estos hechos eran necesarios para configurar la atenuante del artículo 11 N° 8, del Código Penal.²³ Luego de una serie de preguntas en que el policía se había negado a cuantificar el tiempo que había demorado en cada una de las actuaciones previas a dirigirse a la casa del juez para buscar la orden de detención, señala que se demora 10 minutos en un trayecto urbano y rural de aproximadamente 50 km.

²³ Ver, *Texto y Comentario del Código Penal Chileno*, tomo I, Libro Primero Parte General, obra dirigida por SERGIO POLITOFF L. y Luis ORTIZ QUIROGA, Editorial Jurídica de Chile, 2002, pág. 183, en que se cita jurisprudencia dictada bajo la vigencia del Código de Procedimiento Penal que para que la entrega sea oportuna se verifique antes de decretarse judicialmente la detención del imputado.

- PREGUNTA: ¿Usted entre xx y zz demoró aproximadamente 25 minutos, no es cierto?

Respuesta: No, no más de 10 minutos. Nos vamos rápido.

- PREGUNTA: ¿Entonces usted conduce a una velocidad superior al límite permitido?

Respuesta: No conozco el límite de velocidad.

(La respuesta es claramente poco creíble, ya que cualquier persona que tiene una licencia de conducir debe conocer los límites de velocidad. En el caso específico el policía había relatado que él realizaba el trayecto comúnmente.)

- PREGUNTA: ¿Usted no sabe entonces que el límite de velocidad en esa zona es de 60 km por hora?

(En este punto el fiscal objeta por impertinente, el tribunal advierte al abogado defensor que la pregunta está al límite de la pertinencia, pero faculta al defensor a continuar con la línea de contraexamen.)

La pregunta ¿usted no sabe entonces que el límite de velocidad en esa zona es de 60 km por hora?, podría ser inicialmente impertinente, pero en el caso expuesto la pregunta intenta atacar la credibilidad del testigo contrastándolo con su propia declaración, toda vez que el testigo había señalado que realizaba el recorrido en forma frecuente y sin embargo señaló no conocer el límite de velocidad; en este caso la pregunta no es impertinente ya que intenta desacreditar al testigo y tiene su sustento legal en el artículo 309 del CPP.

Jamás, entonces, una **pregunta podrá ser impertinente** cuando se encuadre en las **hipótesis de los artículos 309, 318 y 330 del CPP** y sea parte de un tema relacionado con lo prescrito en los mismos, lo que deberá analizarse caso a caso.

Una **pregunta sí podría ser impertinente** cuando **no se dirija a verificar los propios dichos del testigo**, otras versiones presentadas en el juicio, **no sea una pregunta tendiente a demostrar falta de credibilidad del testigo o desacreditar el relato del testigo, demostrar vínculos que afecten la imparcialidad del testigo o la idoneidad de éste o del perito.**

4. ¿Existe alguna vía para limitar el contraexamen?

Los temas que se pueden abarcar en un contraexamen son amplios y cuando un interviniente los abandona su contraparte **debe deducir** una **objeción** a la pregunta impertinente, toda vez que se estará incluyendo información ilícita al juicio. Así, por ejemplo, deberán objetarse los cuestionamientos que atenten contra el secreto profesional o aquellas en que la forma en que se está requiriendo la información esté prohibida, como por ejemplo la pregunta que coacciona al testigo.

La vía **para** impedir el ingreso de información ilícita **al** juicio es la objeción. En esta sección no profundizaremos acerca de las objeciones en el contraexamen, ya que son materia del Capítulo XI, pero sí señalaremos que, de producirse una pregunta fuera de un área que permita ser cubierta por el contraexamen, la contraparte deberá deducir una objeción en **razón** de su impertinencia.

5. ¿Podría el tribunal, en el ejercicio de sus facultades, coartar a los intervinientes en su contraexamen?

Don Rodrigo Cerda San Martín, Juez del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Talca, en su libro *Etapa intermedia. Juicio oral y recursos*,²⁴ señala respecto a la actividad de los jueces y el ingreso de la prueba: "De lo anterior

²⁴ CERDA SAN MARTÍN, RODRIGO, *Etapa intermedia. Juicio oral y recursos*, Editorial Librotecnia, Santiago, Chile, 2003, págs. 148 y 149.

El mismo autor, don RODRIGO CERDA SAN MARTÍN, junto a don FRANCISCO HERMOSILLA IRIARTE, en *El Código Procesal Penal. Comentarios, concordancias y jurisprudencia*, Editorial Librotecnia, 2ª edición actualizada, 2006, pág. 440, comentando el artículo 329, referido al ingreso de información al juicio oral, señalan: "... En esta estructura auténticamente adversarial, en la producción de la prueba e introducción de la información a juicio, a los jueces les corresponde un papel fundamentalmente pasivo, de receptores de información. De lo anterior fluye la obligación para el tribunal de no interferir en la introducción de esa información y sólo se le faculta legalmente para controlar que la incorporación de los medios de prueba se efectúe con las solemnidades legales en cautela de los grandes principios del litigio, y excepcionalmente hacer preguntas a testigos, peritos y al acusado (si desea declarar como mecanismo de defensa), con el solo fin de aclarar sus dichos".

fluye la obligación para el Tribunal de no interferir en la introducción de esa información y sólo se le faculta legalmente para controlar que la incorporación de los medios de prueba se efectúe con las solemnidades legales en cautela de los grandes principios del litigio y excepcionalmente hacer preguntas a testigos o peritos y al acusado con el solo fin de aclarar sus dichos".²⁵

El sistema procesal penal instaurado con la vigencia del CPP, obliga a los intervinientes a producir la prueba con la que el tribunal debe resolver el conflicto sometido a su conocimiento, quedando a los jueces la facultad de decidir con dicha prueba.²⁶ **De esta forma la imparcialidad del tribunal** se ve res-

²⁵ LÓPEZ MASLE, JULIÁN, y HORVITZ L., MARÍA INÉS, obra ya citada, pág. 295, en los mismos términos: "Una vez concluidos los interrogatorios de las partes, los miembros del tribunal podrán formular preguntas al testigo con el fin de aclarar sus dichos. En nuestra opinión, los jueces deben ser extremadamente prudentes al hacer uso de esta facultad, pues deben considerar que las partes no podrán objetar el ámbito de la mera aclaración, dejando por otro lado traslucir la pérdida de imparcialidad que debieran mantener inalterable hasta el final del juicio".

Respecto a la imposibilidad de objetar o incidental frente a alguno de los magistrados del Tribunal Oral que realice preguntas durante la audiencia de juicio oral que no tengan por objeto aclarar, si no ingresar información nueva al juicio, discrepo de la opinión de los autores y creo que sí se debe objetar a un juez durante la audiencia de juicio oral cuando éste hace preguntas que sobrepasan la facultad que le otorga el artículo 329 del CPP. El artículo 377 del CPP requiere para interponer un recurso de nulidad que si la infracción invocada como motivo del recurso se refiere a una ley del procedimiento el motivo del vicio se debe haber reclamado oportunamente. La circunstancia que un juez pregunte más allá de sus facultades hace que pierda imparcialidad, lo que constituirá un motivo suficiente para fundar un recurso de nulidad fundado en lo prescrito en el artículo 373 letra a) del CPP, por infracción al debido proceso por dos motivos: derecho a juez imparcial y trasgresión al debido proceso adjetivo al transgredir la norma del art. 329 del CPP, caso este último en que se debe preparar el recurso ya que este segundo motivo se basa en una ley que regula el procedimiento.

²⁶ Según LA FAVE, WAYNE R., Y OTROS, en *CriminalProcedure*, Thomson West Group, 5ª edición, St. Paul Minn., 2000, págs. *TI* y siguientes, la pasividad del juez frente al ingreso de la prueba es una característica que emana del carácter adversarial del sistema de EE.UU., de esta característica emana la división de funciones, que en el sistema norteamericano es doble, se le entrega a un tercero imparcial la decisión acerca de la ley—el juez—y los hechos —el jurado—, por otra parte éstos deben decidir con lo que le entregan los adversarios del proceso: el fiscal y la defensa. Según los autores, del carácter acusatorio emana entre otras características que el estado debe probar la culpabilidad y no el acusado su inocencia. También señalan que ambas características del sistema, esto es, ser acusatorio y adversarial, se complementan pero no son equivalentes.

MONTERO AROCA en su artículo "El principio acusatorio un intento de aclaración conceptual", publicado en *Revista Jtsticia* N° IV, Editorial Bosch, Barcelona, 1992, y analizando la distinción entre sistema acusatorio y principio acusatorio, señala citando a Vélez Mariconde, que entre las

guardada desde el momento en que los jueces no **se involucran en la producción de la prueba** y es por ello que el artículo 329, inc. 5º, del CPP sólo faculta a los jueces para preguntar con el objeto de aclarar algunos hechos que le hayan merecido duda,²⁷ sin que les esté permitido ingresar nueva información al juicio a través de sus preguntas. En consecuencia, son **los intervinientes los que ingresan la prueba al juicio**²⁸ y en el ámbito del contraexamen son ellos los que deciden qué preguntar a los testigos o peritos.

Algunos intervinientes han querido ver en el artículo 292 del CPP la facultad de los jueces para dirigir los contrainterrogatorios.²⁹³⁰ Al respecto

características de un sistema acusatorio estaría que: "Las pruebas deben ser introducidas por las partes, no por el juzgador que carece de poderes autónomos para investigar la verdad de los hechos".

Al respecto BERND SCHÜNEMANN, en su artículo "¿Crisis en el procedimiento penal? ¿Marcha triunfal del procedimiento penal americano en el mundo?", en *Temas actuales y permanentes del Derecho Penal después del milenio*, Editorial Tecnos (Grupo Anaya S.A.), España, 2002, pág. 288, señala: "En este llamado adversary system la forma de llevar a cabo la prueba depende de las partes, quienes se encargan de presentar a los testigos y tomarles declaración...".

²⁷ Ver PFEFFER U., EMILIO, obra ya citada, pág. 496, refiriéndose a la historia del artículo 329, inc. 5º, señala: "Respecto de las preguntas que puede formular el tribunal al testigo o perito, el Senado dejó constancia que no pueden referirse a hechos no comprendidos en su declaración, sino que tienen por objeto solamente aclarar pasajes oscuros o contradictorios de la misma".

²⁸ En el mismo sentido CARLOS DEL RÍO FERRETTI, en su artículo "Consideraciones básicas sobre el sistema de prueba en materia penal y control sobre el núcleo fáctico recurso de nulidad", señala: "Dicho de otro modo, corresponde a las partes la introducción de los hechos y sobre ellas también debe recaer la carga de probar o mejor dicho la función de probar". Asimismo, el Magistrado RODRIGO CERDA, en su obra ya citada, *Etapa intermedia...*, señala: "En lo personal, consideramos que no somos los jueces orales los llamados a subsidiar al acusador o al defensor en su labor de obtener, de manera más o menos eficiente, la información necesaria para su teoría del caso", pág. 149.

²⁹ También parte de nuestra doctrina ha sostenido que el artículo 292 del CPP faculta para dirigir un contraexamen, DUCE y BAYTELMAN, obra citada, págs. 203 y siguientes.

³⁰ En el sistema norteamericano existe la regla Federal de Evidencia 611. "(a) *Mode and Order of Interrogation and Presentation (a) Control by court. The court shall exercise reasonable control over the mode and order of interrogating witnesses and presenting evidence so as to (i) make the interrogation and presentation effective for the ascertainment of the truth, (ii) avoid needless consumption of time, and (iii) protect witnesses from harassment or undue embarrassment*" (a) Control de la Corte (tribunal). El tribunal debe ejercer un control razonable del modo y orden de la presentación de la evidencia e interrogación de los testigos, i) para hacer los interrogatorios y presentación de la evidencia efectivos en el establecimiento de la verdad, ii) evitar innecesarias pérdidas de tiempo, y iii) proteger a los testigos de ser acosados o avergonzados [traducción libre]).

En esta regla se basan las protecciones a los menores de edad que declaran bajo videoconferencia, las facultades de la Corte para ordenar la recepción de evidencia y la fijación de tiempos, pero no faculta a los jueces para dirigir el ingreso de información durante el contraexamen. Citando un abuso de esta facultad se señala un caso en que un juez se rehusó a recibir un

no está de más recordar que ese artículo se refiere a las facultades de dirección y disciplina otorgadas al juez presidente del tribunal, las que lo facultan para moderar el debate, pudiendo impedir que las alegaciones se desvíen a aspectos impertinentes o inadmisibles.³¹ Esta dirección o disciplina jamás debe impedir el derecho a acusación o el derecho a defensa.³²

El contraexamen no es debate, es parte de la rendición de la prueba: la de peritos y testigos. En la historia del artículo 292 del CPP se constata claramente que el objeto de la norma es limitar el tiempo de uso de la palabra y en ningún caso otorgar la facultad de limitar el contraexamen.

De entenderse que el artículo 292 del CPP faculta a los jueces para dirigir el contraexamen³³ ya no estaríamos en el esquema contradictorio del juicio oral, sino más bien en un comparendo de estilo. En este esquema habría, a lo menos, tres teorías del caso: la de la fiscalía, la defensa y la del tribunal,

testigo clave del demandante, que luego no pudo testificar, la Corte de Apelación estimó que el hecho que el juez impidiera la recepción de la prueba era un abuso de esta discreción, STEVEN GODE Y OLIN GUY WELLBORN, obra citada, pág. 186.

³¹ LÓPEZ MASLE, JULIÁN, y HORVITZ LENNON, MARÍA INÉS, obra citada, tomo II, págs. 259 y 260, señalan que en relación a la pertinencia de los interrogatorios de testigos y peritos, cobra gran importancia el señalamiento de los puntos sobre los cuales habrán de recaer sus declaraciones -arts. 259, 261 y 263 en relación al art. 268 del CPP.

Lo que sucede comúnmente en los juicios orales es que el testigo es presentado para un punto determinado y luego quien lo presenta dirige preguntas para demostrar otro hecho. Lo anterior le está vedado y luego de una objeción de la contraparte la pregunta deberá ser declarada impertinente, la norma vulnerada será el artículo 259 del CPP en relación al debido proceso en su aspecto adjetivo. Sin embargo en el ámbito del contraexamen, como se explica en esta obra, los interrogatorios no dicen relación con el objeto para el cual fue presentado el testigo, ya que las preguntas pueden ser para probar "otras versiones presentadas en el juicio", para determinar la idoneidad del testigo o falta de ella, su imparcialidad u otro defecto que afecte su imparcialidad.

³² Ver artículo 374 letra c) del CPP

³³ Entre nosotros parece entenderlo así don RODRIGO CERDA SAN MARTÍN, *Estapa intermedia...*, obra citada, pág. 153, al respecto señala: "Por último, recordemos que el Juez Presidente tiene facultad para controlar la pertinencia y conducencia del debate, de lo que resulta otra pregunta prohibida o inadmisibles, cual es la pregunta impertinente o inconducente, vale decir aquella que se aparta del objeto del juicio y específicamente del punto respecto del cual ha sido citado a declarar el testigo.

En el Tribunal Oral de Talca hemos consensuado que el control de pertinencia de las preguntas no alcanza a aquellas interrogaciones que buscan asentar o atacar la credibilidad del testigo".

sin perjuicio de que en algunas oportunidades podría haber cuatro si se considera la teoría del caso del querellante.

El tribunal no tiene facultades de oficio para impedir que el abogado abarque ciertas áreas a través de su contraexamen, ya que no existe norma legal que lo faculte. Cuestión que es propia de sistemas como el instaurado por el CPP en que el ingreso de la prueba está entregada a los intervinientes y la misión del tribunal es fallar con la prueba que los intervinientes producen en la audiencia. Cuando alguno de los interrogantes dirija su contraexamen a temas impertinentes o prohibidos, el tribunal solo podrá limitar el interrogatorio del abogado, resolviendo una objeción de otro interviniente. Jamás podrá hacerlo de oficio por no estar facultado para ello.³⁴

Por último, si el tribunal prohíbe a los abogados preguntar sobre ciertas materias en el contraexamen, esos hechos serán suficientes para fundar un recurso de nulidad en la causal del artículo 374, letra c), del CPP.

³⁴ El único caso en que el tribunal puede negarse a incorporar prueba de oficio es el caso contemplado en el artículo 334 inc. 2º del CPP, norma en la cual se han fundado las peticiones de exclusiones de prueba durante el juicio oral. Así parece reconocerlo la Excelentísima Corte Suprema en sentencia de 13 de enero de 2005, Rol 5154-2004. En su considerando tercero señala: "... Ciertamente es que el artículo 334 del Código da pie para sostener la idea que el tribunal de juicio oral está autorizado para excluir prueba ilícita, pero no lo es menos que ello sólo puede ocurrir en situaciones excepcionales, como son la prueba no solicitada oportunamente y que se rinda conforme al artículo 336, declaraciones anteriores que se utilizarán para ayuda memoria de acuerdo al artículo 332, o que puedan incorporarse mediante su lectura con arreglo al artículo 331, o bien situaciones de ilicitud manifiesta; mas no cuando el defensor incumplió su obligación de efectuar la petición respectiva en la oportunidad procesal correspondiente, reclusiendo así su derecho...". Este criterio de la Corte Suprema es contrario al establecido por la misma Corte en sentencias SCS Rol 4969-02, 31/03/03; SCS Rol 1496-03, 05/06/03; SCS Rol 5869-04, 21/04/05; SCS Rol 437-05 28/06/05; SCS Rol 3304-04, 07/10/04 y SCS Rol 3666-05, 14/09/05.

Objetivos del contraexamen

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Los tres objetivos básicos del contraexamen. 2.1. Obtener testimonio favorable del testigo. 2.2. Desacreditar el testimonio del testigo o desacreditar al testigo. 2.2.1. Atacando directamente al testigo, demostrando que es poco creíble. 2.2.2. Atacando el testimonio del testigo. 2.3. Limitar el testimonio del testigo. 3. Conclusiones.

1. Introducción

El **objetivo del contraexamen** es que sea **útil** a la **teoría del caso de quien lo realiza**. En la litigación oral nada puede ser hecho a espaldas de la teoría del caso.

Al tomar la decisión de conainterrogar a un perito, testigo, víctima o imputado debemos saber que nuestra teoría del caso se expone en el alegato de apertura, a través del examen directo se nutre de los hechos para acreditarla, se desarrolla en el contraexamen y se concluye en el alegato de clausura.

Cada vez que un testigo termina de ser examinado por la parte que lo presentó se da la oportunidad a la contraparte para contraexaminarlo. Las posibilidades son dos: i) Realizar un contraexamen, o ii) No realizar un contraexamen. Al momento de tomar la decisión es bueno preguntarse cuáles pueden ser el o los objetivos específicos del contraexamen.

El presente capítulo reúne los principales objetivos o razones por las cuales se debe contraexaminar a un testigo. Antes de analizarlos no debemos olvidar que cualquier propósito que se tenga al momento de realizar un contraexamen debe ser realizado a través de las tres técnicas básicas que aseguran el máximo control del testigo (véase Capítulo VI de esta obra).

2. Los tres objetivos básicos del contraexamen

Se pueden resumirse en tres grupos:

- a) Obtener testimonio favorable del testigo.
- b) Desacreditar el testimonio del testigo o desacreditar al testigo.
- c) Limitar el testimonio del testigo.

2.1. Obtener testimonio favorable del testigo

Una de las razones para realizar un contraexamen puede ser que el testigo entregue al examinador información útil para la hipótesis del caso. Sin perjuicio de que **la mejor forma para nutrir de hechos favorables la teoría expuesta** en el **juicio oral** es a través de las **pruebas propias**, por medio del **examen directo**,³⁵ puede ser que el testigo ofrecido por otro interviniente aporte hechos que son útiles para quien lo contraexamina y esos hechos deban ingresar al juicio a través del contraexamen.³⁶

Esta forma de nutrir la teoría del caso propia de hechos positivos, tiene un alto costo para el litigante. Al **validar al testigo adverso**, éste será validado frente al tribunal no solo en lo que le es útil producto del contraexamen, **si** no que en **toda su declaración realizada en el examen directo**. En síntesis, el juzgador tomará como válido todo el testimonio del testigo de la contraparte. Si la teoría del caso propia puede ser exitosa a pesar de lo anterior, un buen objetivo del contraexamen será obtener testimonio favorable del testigo que se conrainterroga.

En este primer objetivo del contraexamen también se pueden obtener hechos que el testigo aceptara sin discutir que serán útiles para establecer las

³⁵ Se ha definido el examen directo como el alma y corazón de un caso, dado que normalmente toda la información que una parte necesita probar o comunicar a los jueces, emana del examen directo, L. TIMOTHY PERRIN Y OTROS, *The Art & Science of Trial Advocacy*, Anderson Publishing Co., Cincinnati, Ohio, págs. 175 y siguientes.

³⁶ Para el caso que un testigo aporte hechos útiles a nuestra teoría del caso ese testigo deberá ser también ofrecido por el abogado que deberá contraexaminarlo. Así si un testigo X es ofrecido por el fiscal y parte de lo señalado es útil para el defensor, este testigo deberá ser ofrecido por el defensor, ya que el fiscal en el juicio oral podría renunciar al testigo con lo cual el defensor se quedaría sin ingresar esa prueba. Dicho de otro modo, en la audiencia de juicio oral no se produce comunidad de prueba.

bases para desacreditar la teoría del caso opuesta o para crear inconsistencias en ella. Los hechos necesarios para los dos propósitos antes señalados pueden ser reconocidos en forma pacífica por el testigo durante el contraexamen. Así, por ejemplo, en un caso de robo los policías aprehensores señalan haber estado en el momento que se produjo el asalto, haber visto cómo dos personas golpeaban a la víctima y huían con las especies. Existen dos testigos presenciales del asalto que señalan que la policía se demoró 5 minutos en llegar al lugar, ambos son vecinos del sitio del suceso en donde se había producido el robo y los dos son presentados por la fiscalía, estos testigos señalan que los vecinos llamaron por teléfono a la policía y niegan el hecho de que los policías estuviesen presentes al momento del asalto. El defensor, al contraexaminar a los testigos presenciales -los vecinos— puede obtener con facilidad la información referente al tiempo que se demoró la policía para llegar al lugar del robo, que los policías no estaban en el momento en que éste se produjo y que fueron los vecinos los que llamaron a la policía. Esos hechos sirven a la defensa para socavar la credibilidad de los testigos de la contraparte, en la especie los policías aprehensores presentados por la fiscalía, y dar veracidad a la teoría del caso de la defensa que puede ser una recalificación, desde robo con violencia a robo por sorpresa si se dan los demás supuestos legales.

Por último, a través de este primer objetivo del conainterrogatorio se pueden establecer elementos útiles que sirvan de base para ingresar otra evidencia útil al juicio, ya sea física o de otro testigo o perito. Así, el contraexamen servirá para fundar las bases de validez o credibilidad de otro testimonio o evidencia, que aportara la parte que contraexamina.

En un caso de reconocimiento la defensa acompaña un testigo que señala vivir en el lugar donde se produce el suceso, el fiscal puede dirigir preguntas para establecer que en verano a las 21:30 horas la luminosidad en esa calle es buena. Con ese contraexamen se establecen las bases para dar credibilidad a los dichos de la víctima que señala que a pesar de estar de noche ella vio la cara de su asaltante.

En síntesis, este primer objetivo del conainterrogatorio tiene diversos motivos por los cuales se puede desarrollar. Al ser un contraexamen en que el abogado que lo realiza no ataca la credibilidad del testigo validará todo su testimonio, circunstancia esta última que deberá ser considerada y evaluada por el abogado al momento de decidir realizar este tipo de interrogatorio.

Si el abogado elige este objetivo de contraexamen es posible que sea extremadamente amable con el testigo, pero las preguntas deberán ser precisas para que éste no caiga en una monotonía o repetición del examen directo

que haga que los jueces omitan escucharlo. Al planificar este contraexamen el abogado deberá ser muy cuidadoso en elegir el orden de los temas que cubrirá, para comenzar y terminar con algo que interese al o los jueces.³⁷

2.2. Desacreditar el testimonio del testigo o desacreditar al testigo

La versión de los hechos presentada por el testigo de la otra parte suele ser la versión opuesta de los hechos de quien debe conainterrogar. Por lo anterior, quien contraexamina normalmente intentará demostrar al tribunal que el testigo está equivocado, que la versión de los hechos de éste no es correcta o que su declaración es parcial y por ello tergiversa los hechos.

El acto de desacreditar al declarante o su testimonio es el objetivo más recurrente del contraexamen, razón por la cual el Capítulo IX de esta obra está dedicado en extenso a su análisis.

Técnicamente la desacreditación se puede lograr a través de dos formas:

2.2.1. ATACANDO DIRECTAMENTE AL TESTIGO, DEMOSTRANDO QUE ES POCO CREÍBLE. Un testigo puede ser poco creíble por sus circunstancias personales tales como su prejuicio, por haber realizado actos que lo hagan poco creíble, por amistad con la persona en favor de quien declara o defectos de idoneidad.³⁸

El realizar un contraexamen que ataca la credibilidad del testigo trae aparejado un costo, la tensión en la sala del tribunal, el abogado está cuestionando al interrogado que se ha tomado "la molestia" de venir a declarar al juicio o lo que es aún peor a la víctima del delito, la primera reacción de los jueces será de cercanía o simpatía hacia el testigo o víctima que está siendo atacado por el abogado. Sólo cuando el abogado logre demostrar que el ataque no era en vano la simpatía inicial que sintió el tribunal por el testigo se desplazará hacia el abogado, que a través de su conainterrogatorio demuestra que el testigo es poco creíble.

Si el objetivo de este proceso es dañar la credibilidad del declarante, el abogado debe preguntarse: ¿Luego de realizado el contraexamen seré capaz

³⁷ Para este efecto, véase el Capítulo VIII de esta obra.

³⁸ Según los cuatro factores ya analizados ver Capítulo II, ap. 2.3. Para las técnicas del contraexamen, véase Capítulo IX, ambos de la presente obra.

de demostrar que el testigo es parcial o que tiene interés en el resultado del juicio? ¿Podré demostrar que éste omite o modifica los hechos? ¿El testigo ha mentado antes? ¿Existe una buena razón para que el tribunal estime que miente? Si las respuestas a estas preguntas son afirmativas, el abogado podrá planificar un conainterrogatorio en este sentido; si las respuestas son negativas o la planificación del contraexamen nos llevan a entender que en realidad el testigo no miente y es imparcial, entonces el interrogador deberá cambiar su teoría, ya que es muy probable que esté equivocado y no haya elegido la mejor teoría del caso.

Si luego de analizar los antecedentes se llega a la conclusión de que el testigo tergiversa la realidad, el objetivo del contraexamen debe ser dañar la credibilidad del declarante, ya que en muchos casos las posibilidades de éxito de la teoría del caso del abogado que debe contraexaminar pasa por demostrar al tribunal que el testigo no es sincero en su relato.

Por otra parte, es importante tener presente que el hecho de que el testigo mienta no habilita a quien conainterroga a usar un tono agresivo, mal educado o despectivo con él, siempre el abogado deberá emplear un tono amable y respetuoso hacia el interrogado.

En síntesis, al elegir este objetivo del contraexamen el abogado deberá estar seguro que al término del mismo el testigo quedará frente al tribunal como mentiroso, interesado o parcial, o por lo menos no den por cierto todo el relato del testigo.

2.2.2. ATACANDO EL TESTIMONIO DEL TESTIGO. Otra forma de desacreditar a un testigo es descalificando su testimonio. El objetivo aquí no es atacar a la persona, si no su testimonio, demostrando inconsistencias entre las declaraciones prestadas por él, fragilidades internas de su declaración, su falta de seguridad o certeza en el relato de los hechos que lo hacen poco fidedigno, la falta de coherencia o plausividad de su argumento o el conflicto de su testimonio con el resto de la evidencia o testigos del juicio.

El abogado al elegir este objetivo del contraexamen deberá estar seguro que al finalizar éste el tribunal entenderá que el testimonio del testigo es inconsistente, incompatible con el resto de la evidencia, carente de plausividad y le restará credibilidad a lo declarado.

También para este caso es muy probable que se produzca tensión en la sala del tribunal. El testigo se incomodará al momento que se le cuestione su testimonio, se sentirá atacado, intentará escabullir las preguntas, solicitará ayuda al abogado que lo presentó o al tribunal. El contraexaminador debe

ceñirse estrictamente a las tres técnicas básicas del conainterrogatorio, ante lo cual lo más probable es que el tribunal permita al abogado continuar con su proceso si estima que éste actúa con un buen propósito durante el mismo y con sustento legal.³⁹

2.3. Limitar el testimonio del testigo

2.3.1. FINALMENTE EL PROPÓSITO DEL CONTRAEXAMEN PUEDE SER LIMITAR EL TESTIMONIO DEL TESTIGO. Es muy usual que parte del testimonio de un testigo sea útil para la teoría del caso, pero que otra parte de éste no lo sea.

En esta materia es necesario conainterrogar para desacreditar la parte del testimonio adverso y acreditar la que nos es útil.

Lo primero que debemos preguntarnos es la secuencia que deberá seguir el contraexamen. Qué hacer primero: ¿Obtener el testimonio favorable y luego desacreditarlo?, ¿o a la inversa? La respuesta es categórica: primero debemos obtener todos los puntos favorables a nuestra teoría del caso y luego atacar al testigo o su relato.

Lo anterior, ya que es lógico que el testigo amablemente reafirmará todos los hechos que son útiles a nuestra teoría del caso y que ya señaló en el examen directo, con mucha mayor facilidad antes que se ataque su credibilidad. El atacar su credibilidad le producirá molestia y lo más posible es que termine adoptando una actitud hostil, lo que hará más difícil conainterrogarlo. Entonces, antes de atacar su credibilidad y se nos convierta en un testigo hostil debemos obtener de él el testimonio favorable de los hechos útiles para nuestra teoría del caso.

Quien planifique esta clase de contraexamen debe tener presente que preguntar los hechos que le son útiles hará repetir parte del examen directo, lo que podrá hacer perder interés en los jueces, quienes creerán estar escuchando una repetición de lo ya expuesto. A efecto de no caer en una repetición del examen directo, la opción es cubrir el área que ya fue cubierta por el examen directo en forma más detallada y comenzar cada capítulo de preguntas con algo pertinente y atractivo, luego abandonar esta etapa y pasar a los capítulos de preguntas dirigidos a limitar al testigo o su testimonio.

³⁹ Para las técnicas básicas, véase Capítulo VI del presente libro.

Para estos casos es también pertinente saber que no se puede acreditar en la misma área que se va a desacreditar al testigo o perito. Así, si se interroga a un médico de urgencia podrá ratificarse lo que acreditó en relación a que la paciente llegó alterada al servicio de urgencia, pero desacreditar sus impresiones referentes a la violación.

2.3.2. OTRA RAZÓN PARA LIMITAR EL TESTIMONIO DEL TESTIGO SE VERIFICA EN AQUELLOS CASOS EN QUE ES NECESARIO NEUTRALIZAR EL TESTIMONIO DEL TESTIGO ADVERSO. Existen casos en que el testigo adverso daña gravemente nuestra teoría del caso y quien debe contraexaminarlo no cuenta con hechos para atacar su credibilidad o su testimonio en las áreas en que éste ha declarado. Sin perjuicio de lo anterior, este tipo de testigos debe ser contrainterrogado, ya que de no hacerlo enviará un peligroso mensaje al juzgador—lo señalado por el declarante es cierto y no tengo nada que preguntar—, éste incluirá toda la información aportada por el declarante en su sentencia, información que no es favorable a la teoría del caso de quien contraexamina.

Para neutralizar a un testigo, el contraexaminador deberá dirigir preguntas tendientes a destruir la demoledora sensación de certeza dejada por su testimonio en el tribunal. La dificultad que presenta este tipo de situaciones radica en que el testigo expone información altamente perjudicial para la teoría del caso de quien contrainterroga, y no cuenta con capítulos de contraexamen⁴⁰ para atacar la credibilidad de lo declarado, causando daño a la teoría del caso del contraexaminador.

En un caso de homicidio la defensa estaba compuesta por dos abogados, quienes tenían defensas incompatibles ya que los imputados señalaban haber estado en el lugar de los hechos pero ninguno de ellos reconocía ser el autor del homicidio. Evidentemente ambos defensores alegaban inocencia señalando que el otro imputado era el culpable. El homicidio había sucedido en un sector rural mediante el uso de un hacha. Los hechos se habían iniciado en una pequeña vivienda y luego de que el agresor propinara varias lesiones con un cuchillo a la víctima en el interior de la vivienda, la pelea continuó afuera de ésta y la víctima fue perseguida con un hacha con la cual le causan diversas lesiones. La persecución se desarrolla por unos 150 metros del lugar

⁴⁰ Un capítulo de contraexamen es una secuencia de preguntas destinadas a obtener un objetivo concreto: i) introducir un hecho, ii) destacar un evento, iii) discutir un acontecimiento, iv) o debilitar un hecho.

donde había comenzado la agresión. La policía había hecho el trayecto entre el lugar en que se había iniciado la pelea -interior de la vivienda- y el sector en que se encontró el cadáver. En ese trayecto se encontró pelo de la víctima, sangre y otros rastros. El cuerpo de la víctima denotaba las lesiones propinadas por el cuchillo pero principalmente por el hacha, lesiones que se habían producido durante su persecución. El fiscal a cargo dedujo acusación por el delito de homicidio simple. Según lo dispuesto en nuestro CPP los jueces pueden calificar los hechos de distinta forma y sentenciar por homicidio calificado por la calificante de ensañamiento.⁴¹ Al final de la prueba de la fiscalía comparece a declarar un policía quien a través de su relato grafica al tribunal la violencia empleada y el consecuente sufrimiento de la víctima, señalando que en el trayecto entre el lugar en que se inició la agresión -la vivienda- y el lugar en que fue encontrado el cadáver, se habían localizado en algunos árboles manchas de sangre que iban de arriba hacia abajo, lo que explica que mientras el imputado estaba escapando el agresor lo seguía atacando con el hacha. Sin perjuicio del rigor científico que dichas afirmaciones puedan tener, el relato resultó impresionante ya que del mismo se podía desprender el dolor de la víctima, quien supuestamente herida de gravedad seguía siendo atacada con un hacha por su agresor.

Luego del relato del policía el primer abogado defensor no realizó preguntas, lo que dejó aún vivo el relato del uniformado en el tribunal. Era un hecho no disputado en el juicio que los vecinos inmediatamente de sucedido el homicidio señalaron que la víctima había estado compartiendo con tres personas, todas las cuales estaban identificadas en la investigación

El segundo abogado defensor sí realizó preguntas, todas tendientes a demostrar a los jueces que el mismo funcionario de policía sabiendo que en los hechos podrían haber actuado una, dos o tres personas no hizo nada por recoger rastros que acreditaran la participación de los hasta ese momento

⁴¹ Ver art. 341 del CPP: "Sentencia y acusación. La sentencia condenatoria no podrá exceder el contenido de la acusación. En consecuencia, no se podrá condenar por hechos o circunstancias no contenidos en ella. Con todo, el tribunal podrá dar al hecho una calificación jurídica distinta de aquella contenida en la acusación o apreciar la concurrencia de causales modificatorias agravantes de la responsabilidad penal no incluidas en ella, siempre que hubiere advertido a los intervinientes durante la audiencia. Si durante la deliberación uno o más jueces consideraren la posibilidad de otorgar a los hechos una calificación distinta de la establecida en la acusación, que no hubiere sido objeto de discusión durante la audiencia, deberán reabrir la, a objeto de permitir a las partes debatir sobre ella".

sospechosos. Existían huellas de pisadas en el sitio del suceso, se podrían haber buscado muestras para realizar pruebas de ADN en el hacha usada, etc.

Luego de terminado el contraexamen quedó claro que el policía no había sido diligente en su investigación tendiente a acreditar la participación de los imputados, por lo cual su relato inicial perdió credibilidad. En este último sentido se neutralizó al testigo y el daño inicial que su testimonio había producido en la teoría de la defensa fue minimizado.

El neutralizar a un testigo es en muchos casos necesario ya que si un abogado no contraexamina a un testigo puede significar dos cosas: i) Todo lo que se dijo es absolutamente cierto y no tengo nada que decir; ii) Lo que el testigo declaró me es irrelevante y no afecta mi teoría del caso. Solo en esta segunda alternativa se justifica no contraexaminar.⁴²

3. Conclusiones

Cada vez que un testigo adverso termina de declarar, el abogado que no lo presentó debe tomar varias decisiones, la primera de ellas es si va a contrainterrogar o no al testigo. Para tomar esa decisión deberá tener muy presente los objetivos básicos del contraexamen y si su teoría del caso puede resultar exitosa sin ese proceso. Lo que jamás podrá ser válido para no contraexaminar es que a pesar de que el testigo haga daño a la teoría del caso se decide no contrainterrogar por temor al resultado de esa acción.

⁴² Un ejemplo de esta situación es el caso del testimonio de un médico que acredita semen en la vagina de la víctima de violación cuando la defensa alega que la relación sexual fue consentida, este hecho no afectará la teoría del caso de la defensa, no es útil contraexaminar respecto del semen encontrado en el cuerpo de la víctima. A efecto de evitar dilaciones innecesarias del juicio oral los intervinientes pueden llegar a convenciones probatorias durante la audiencia de preparación de juicio oral, las que se pueden verificar sobre hechos que los intervinientes no vayan a discutir en la audiencia de juicio oral. De establecerse convenciones probatorias los hechos que sean materias de ellas no pueden ser discutidos en la audiencia de juicio oral (artículo 275 CPP).

Preparación del contraexamen

SUMARIO: 1. Introducción. 1.2. Conocer los antecedentes del caso. 1.3. Investigación. 1.3.1. Ministerio Público. 1.3.2. Defensa. 1.4. Proceso de lluvia de ideas. 1.5. Teoría del caso. 1.6. Hechos imposibles de cambiar. 1.7. ¿Cómo encontrar los hechos imposibles de cambiar? 2. Preparación del contraexamen. 2.1. Proceso de lluvia de ideas del contraexamen. 2.1.1. ¿Quiénes participan en el proceso? 2.1.2. Decidir el objetivo. 2.1.3. Identificar los hechos imposibles de cambiar. 2.1.4. Buscar los hechos y frases más positivos. 2.1.5. Agrupar los hechos. 2.1.6. Reevaluar lo realizado. 3. Sistemas de preparación del contraexamen. 3.1. Sistema de preparación del contraexamen mediante la clasificación de la información por materia. 3.2. Sistema de preparación del contraexamen mediante la división de la información en sucesos o metas. 3.2.1. Determinación de la secuencia de cada evento y su división en fragmentos. 3.2.2. Aislar los hechos. 3.2.3. Síntesis de cada testimonio en una sola ficha. 3.3. Clasificación de la información por testigo. 4. Preparación de cada contraexamen en el cuaderno o archivador del juicio. 4.1. Hoja de contraexamen. 4.2. Escrituración de las preguntas. 4.3. Principios de la "primacía" y de lo "último o más reciente". 4.4. Uso de los principios de primacía y lo más reciente en la planificación de las preguntas de contraexamen. 4.5. Vuelta a la muletilla o frase de control. 4.6. Forma de las preguntas. 4.7. Características de las preguntas. 5. Preparación del archivador del juicio. 6. Conclusiones.

1. Introducción

Una vez decidido que efectivamente se va a contraexaminar a un testigo y resuelto el objetivo que se buscará en el contraexamen, debemos comenzar su preparación.

Para organizar un contraexamen se requiere **haber decidido la mejor teoría del caso**, la que surge de la investigación, lectura y conocimiento profundo de los antecedentes del proceso, tanto propios como los antecedentes aportados por los otros intervinientes. La teoría del caso guía todas las decisiones y estrategias que el abogado deberá adoptar durante la etapa de investigación y durante el juicio. Todo lo que el abogado hace durante la etapa de investigación y juicio oral debe estar subordinado a la teoría del caso.

Una vez elegida la teoría del caso el abogado logra comprender el papel que juega el testigo en él y estará listo para poder comenzar a preparar su contraexamen.

En muchos cursos de litigación se enseña que para elegir la mejor teoría del caso o preparar un caso, se debe planificar en forma inversa,⁴³ esto es, primero preparar el alegato de clausura y una vez que este esté en la mente del abogado, proseguir con la preparación del resto del juicio. Bajo esta perspec-

⁴³ También en muchos textos de litigación se postula que la mejor forma de preparar un caso es pensando primero el alegato de clausura, STEVEN LUBET, obra citada, Chapter One, Planning your final argument, *"Goodtrialpreparation begins at the end. It makesgreatsense to plan yourfinal argumentfirst, because that aspect ofthe trial is the most similar to storytelling..."* pág. 10 (Una buena preparación del caso comienza al final, el preparar su alegato de clausura primero es lógico ya que este aspecto del juicio es lo más similar a relatar una historia [esta traducción es libre e intenta rescatar el espíritu de la cita]).

DUCE y BAYTELMAN, obra citada, pág. 156, sugieren que "De aquí surge la primera lección importante respecto del contraexamen: se construye desde y para el alegato final".

Personalmente no comparto lo señalado por los autores nacionales en el sentido que el contraexamen debe solo pensarse para lograr hechos que serán parte del alegato de clausura. El contraexamen debe ser el centro de la preparación de un caso, ya que los principales testigos de la contraparte y propios deben ser sometidos a hipotéticos contraexamenes para verificar si son creíbles y lograren sustentar las teorías del caso en disputa. El contraexamen no tiene solo como objetivo obtener hechos que serán repetidos en el alegato de clausura, si no que ir desarrollando la teoría del caso propia durante el juicio, el juez al escuchar el examen directo normalmente le cree al testigo, y es en ese momento que a través del contraexamen debe imponerse la teoría del caso de quien lo realiza. Por otra parte esperar al alegato de clausura para intentar ganar el caso es un suicidio, la decisión de condena o absolución se toma durante el curso de la prueba y no al momento de escuchar los alegatos de clausura. En este sentido autores como LARRY S. POZNERy ROGERJ. DODD en su obra citada, señalan que el contraexamen debe ser el centro de la investigación y THOMASA. MAUET, en *Triáis strategy, skills, and the new power of persuasión*, obra citada, pág. 574, en el apartado dedicado a los juicios ante jueces señala que los jueces al escuchar el juicio no solo piensan en la decisión de absolución o condena si no si lo señalado por las partes satisface sus peticiones legales.

tiva, el desarrollo de los contraexámenes queda para la etapa final de la preparación de un juicio. Este sistema es insuficiente para preparar un caso.

Si luego de leer los antecedentes se comienza a planificar su alegato de clausura y en ese proceso no reconoce como elemento central la existencia de hechos que el tribunal dará por establecidos y que no son compatibles con su teoría del caso, se habrá perdido valioso tiempo en la preparación del caso.

Otro inconveniente que se genera al preparar el caso comenzando por el final, es que en muchas ocasiones el alegato de clausura queda muy completo en la mente de quien lo prepara, pero no tiene sustento en los hechos de la causa y en la propia prueba que se necesitará para probar su teoría.

Lo que normalmente sucede en la etapa de preparación es que luego de la lectura de antecedentes el abogado imagina el alegato de clausura, lo que es correcto, pero para preparar un caso y decidir la mejor teoría de éste el abogado debe conocer e investigar los hechos e identificar y asumir **los hechos que no se pueden cambiar**. La determinación de los hechos que no se pueden cambiar emana de un profundo análisis de los sucesos y circunstancias del caso.

Antes de analizar los distintos sistemas para preparar un contraexamen se debe decidir y desarrollar una teoría del caso, lo que resulta indispensable para la preparación de cada pregunta en particular. En atención a que esta obra está referida al contraexamen y no es un manual general de litigación, solo se entregan conceptos generales de litigación, como desarrollar una teoría del caso y, por último, se propone un sistema para llevar los apuntes al juicio.

1.2. Conocer los antecedentes del caso

Para decidir una teoría del caso y planificar un contraexamen el abogado debe conocer **todos los** antecedentes relativos a **éste**, lo que incluye:

- Leer todos los informes del proceso, los documentos de la investigación fiscal, de la defensa y del querellante (informes policiales, declaraciones de testigos, registros médicos, etc.).⁴⁴

⁴⁴ Luego de la audiencia de preparación de juicio oral todos los intervinientes tienen los antecedentes escritos que servirán de base para la prueba que se producirá en el juicio. En virtud de lo prescrito en el artículo 260 del CPP el Fiscal al momento de acusar debe dejar copia de los antecedentes a disposición del acusado, norma aplicable para el caso del Juicio Oral Simplificado en virtud de lo prescrito en el artículo 389 del CPP. (En cuanto a la aplicación de

- Entrevistar a los testigos.
- Conocer todas las audiencias realizadas.
- Visitar el sitio del suceso y otros lugares relevantes.
- Realizar una profunda entrevista a los testigos propios.
- Conocer la evidencia física.
- Entrevistarse con los peritos.
- Consultar con sus expertos.
- Realizar investigación para desacreditar testigos o generar prueba.

Luego de conocer toda esta información se estará en condiciones de decidir la mejor teoría del caso.

1.3. Investigación

1.3.1. MINISTERIO PÚBLICO. Conocidos los antecedentes del caso los intervinientes deben realizar una investigación. El Ministerio Público debe investigar⁴⁵ para decidir si va a deducir acusación o ejercer alguna de las facul-

las normas del Procedimiento Ordinario al Procedimiento simplificado y de acción privada ver SCS Rol 2345-05 del 13/07/05 y SCS 2857-05 de 09/08/05.) La defensa deberá señalar sus medios de prueba en la misma audiencia, según lo dispuesto en el artículo 268 en relación al 263 del CPP. Asimismo, según lo dispuesto en los artículos 314 y 315 del CPP deberá entregar copia en la audiencia de preparación de juicio oral, de los informes de peritos que se harán valer en la audiencia de juicio oral. Algunos intervinientes en virtud de los arts. 314 y 315 del CPP han interpretado que en el juicio oral además de la declaración del perito debe entregarse el peritaje, lo que no parece correcto a la luz de la oralidad e inmediación del proceso consagrada expresamente en el art. 1º del CPR sin perjuicio de la norma expresa respecto a la rendición de la prueba de peritos del artículo 329 del CPP, como asimismo la historia del párrafo 6º del Libro II del Título III del CPP que nos indica que el proyecto original contemplaba estas normas en el Libro I bajo el título Disposiciones generales. En el mismo sentido HORVITZ LENNON, MARÍA INÉS y LÓPEZ MASLE, JULIÁN, en su obra citada, tomo II, pág. 296. Esto último sin perjuicio de la excepción incorporada por la Ley 20.074 al modificar el art. 315 del CPP.

⁴⁵ Esta investigación debe estar regida por el principio de objetividad consagrado en el artículo 3º de la Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público. En el proyecto del CPP esta norma se encontraba entre las normas del Código de Procedimiento Penal artículo 94 y tiene como fuente el artículo 109 del Código de Procedimiento Penal de 1906 y artículo 69 del Código Procesal Penal, modelo para Iberoamérica. Esta norma debe ser concordada con el artículo 77 del CPP, 80 letra A de la Constitución Política de la República, 249 bis y 369 ter del Código Penal en caso que el fiscal faltare al principio de objetividad.

tades que el CPP contempla,⁴⁶ tales como las señaladas en los artículos 168, 170 ó 248 letra c) del CPP.

Durante esta investigación y preparación del caso, el fiscal a cargo deberá indagar en los diferentes aspectos legales que el tipo penal requiere y hacer una lista con las evidencias que necesita para probar cada uno de ellos.

A continuación se debe evaluar cada testigo, perito y evidencia con que se pretende probar cada componente legal del proceso. ¿El testigo realmente contribuye en este caso? ¿Entrega elementos positivos a la teoría sustentada? ¿Qué otra evidencia entrega esos elementos? También se deben considerar las debilidades del testigo o de la evidencia e intentar superarlas para que los jueces le den credibilidad a las pruebas.

Finalmente, cada declarante debe ser evaluado a la luz del posible contraexamen: ¿luego del conainterrogatorio el testigo seguirá siendo creíble y podrá probar los hechos para los cuales está siendo presentado?

1.3.2. DEFENSA. Para la investigación de la defensa,⁴⁷ la parte más difícil es: creer todo lo que el caso del fiscal tiene y no creer nada de lo que el caso

⁴⁶ Sobre el rol del Ministerio Público en el proceso se ha señalado: *"...que el ministerio público no es una parte del procedimiento penal, en el sentido de que haga valer en él un interés subjetivo, propio o ajeno -del Estado-, en la actuación de la ley penal, si no, por el contrario, un órgano público cuyo interés se resume como el de los órganos jurisdiccionales- en la correcta aplicación de la ley penal..."*, MAIER, JULIO B. J., *Derecho Procesal Penal*, Fundamentos, tomo I, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2004, 2ª ed., pág. 581. Sobre el rol del fiscal de EE.UU. en un caso criminal es necesario citar el fallo de la Corte Suprema de ese país "Berger v. United States", 295 U.S. 78 (1935), en que se señala que el Fiscal no es cualquier parte en el proceso, su interés en la persecución criminal no es ganar el caso si no que velar porque se haga justicia, el fallo en la parte pertinente señala: *"The United States Attorney is the representative not of an ordinary party to a controversy, but of a sovereignty whose obligation to govern impartially is as compelling as its obligation to govern at all; and whose interest, therefore, in a criminal prosecution is not that it shall win a case, but that justice shall be done. As such, he is in a peculiar and very definite sense the servant of the law, the twofold aim of which is that guilt shall not escape or innocence suffer. He may prosecute with earnestness and vigor-indeed, he should do so. But, while he may strike hard blows, he is not at liberty to strike foul ones. It is as much his duty to refrain from improper methods calculated to produce a wrongful conviction as it is to use every legitimate means to bring about a just one"*.

⁴⁷ Lo fundamental del derecho a defensa es investigar los hechos que se le imputan a quien aparece como acusado a efecto de producir prueba referente a todo cuanto lo favorezca. El rol del abogado defensor en el proceso penal es materializar el derecho a defensa que se entiende como *"...la facultad que tiene todo imputado de manifestar y demostrar su inocencia, o atenuar su responsabilidad penal"*. Intimamente ligado a lo anterior está el derecho del

del fiscal tiene. Quien realice una defensa criminal debe investigar de esa forma, para poder entregar los elementos necesarios al cliente, quien deberá decir si se va a explorar algún acuerdo o se decidirá a enfrentar los hechos en un juicio oral.

imputado en un sistema adversarial de producción de prueba como parte integrante del debido proceso, y específicamente de producción de prueba de descargo. Los pactos internacionales suscritos y ratificados por Chile contemplan como parte integrante del catálogo básico de garantías componentes del debido proceso dos garantías; la preparación de la defensa contemplada en el artículo 8º, ap. 2, letra c) del "Pacto de San José de Costa Rica", art. 14, ap. 3, letra b) del PIDCP y la producción de la prueba, contemplada en el artículo 8º, ap. 2, letra f) del "Pacto de San José de Costa Rica", art. 14, ap. 3, letra e) del PIDCP.

En el mismo sentido lo han entendido los Magistrados don RODRIGO CERDA SAN MARTÍN y FRANCISCO HERMOSILLA IRIARTE, en *El Código Procesal Penal. Comentarios, concordancias y jurisprudencia*, obra ya citada, pág 18, quienes comentando el artículo 3º del CPP señalan: "En todo caso, este monopolio estatal en la realización de la investigación oficial, no implica una prohibición para que el imputado penal y su defensa realicen actos de investigación de carácter privado en procura de elementos de convicción que sirvan a sus intereses".

El Ministerio Público ha discutido la posibilidad que la defensa realice actividades de investigación en virtud de lo prescrito en el artículo 80 letra A de la Constitución Política de la República. Lo sostenido por el ministerio público no es correcto toda vez que lo que consagra la Constitución es lo que la doctrina llama la "investigación oficial", entendiéndose por esta la que se basa en el poder compulsivo que el ente investigativo puede usar para obtener lo requerido (ej., comparecencia de un testigo), que sin lugar a duda es privativo del Ministerio Público. Sin perjuicio de lo señalado en el artículo 80 letra A de la Constitución Política de la República, en Chile existen diversos organismos que realizan investigaciones tales como: el Servicio de Impuestos Internos, la Agencia Nacional de Inteligencia creada en virtud de la Ley 19.974, de 7 de octubre de 2004, el Servicio Nacional de Aduanas, etc.

Por otra parte, es interesante señalar que en el sistema norteamericano la defensa realiza investigación, y en muchos casos el hecho que un abogado defensor no haya realizado una investigación ha sido fundamento para que el condenado recurra por falta de asistencia legal basado en la VI enmienda y vía habeas corpus, *Bryant v. Scott*, 28 F.3d 1411 5ª Cir 18.08.1994, "*Appellant, R. L. Bryant, was convicted of armed robbery and sentenced to life imprisonment by the state district court in Palo Pinto County, Texas. After exhausting state court remedies, Bryant petitioned for federal habeas corpus relief, pursuant to 28 U.S. C. § 2254 (1988), on claims of ineffective assistance of counsel and improper identification procedures. The United States magistrate Judge recommended habeas relief based on Bryant's claim of ineffective assistance of counsel. The district court conducted an evidentiary hearing and denied habeas relief holding that Bryant received effective assistance at trial, and was not subjected to impermissibly suggestive identification procedures. Bryant appeals, arguing that this trial counsel was ineffective for: (a) failing to investigate alibi witnesses; (b) not interviewing eyewitnesses to the robbery; and (c) not interviewing the codefendant who offered to exonerate Bryant... In summary, we hold that counsel's failure to*

La defensa puede, asimismo, dar respuesta a los antecedentes que el fiscal ha reunido en su investigación o crear defensas positivas.

La investigación de la defensa debe lograr explicar por qué cada uno de los testigos declara lo que ha declarado, si tiene alguna motivación para modificar la realidad o impedimento que hagan imprecisas sus declaraciones. Asimismo, esta investigación debe reunir todos los antecedentes que sirvan para generar prueba o descargo a favor de su cliente. En este momento es cuando la investigación de la defensa debe contestar ciertas preguntas, por ejemplo: En el caso de una violación en que el imputado alega una relación consentida: ¿Por qué una mujer joven dice que fue violada si realmente no lo fue? ¿Cuál es la motivación para que la mujer esté mintiendo?

Para decidir la mejor teoría del caso es esencial conocer todos los hechos relacionados a éste, para que la pregunta que es necesario responder para ganar el juicio surja espontáneamente de la investigación y conocimiento de los antecedentes.

investigate alibi witnesses and interview eyewitnesses is unprofessional conduct falling below the standard of a reasonably competent attorney practicing under prevailing professional norms. Moore's representation, therefore, fails the performance prong of the Strickland test, and we remand for a determination of whether counsel's defective performance prejudiced Bryant's case... For the foregoing reasons we REVERSE and REMAND to the district court for a determination of whether Moore's omissions satisfy the prejudice requirement of Strickland v. Washington, 466 U.S. at 694, 104 S. Ct. at 2068". En el caso citado el recurrente señala haber recibido asistencia legal insuficiente en atención a que el abogado defensor no investigó la coartada, no entrevistó testigos del robo y al coimputado quien estaba por exonerar al condenado recurrente, la corte acogió la petición y reenvió el caso para verificar el cumplimiento de los requisitos fijados por la Corte Suprema de EE.UU. en la decisión Strickland v. Washington, 466 U.S. 668 de 1994, acerca de asistencia legal insuficientes. Esta decisión de la Corte Suprema fija una suerte de estándar de asistencia legal insuficiente referidos a casos criminales en delitos con pena capital, los que son: i) que exista defensa insuficiente y ii) que la insuficiente defensa perjudique al imputado de tal forma que lo prive de un juicio justo. *"A convicted defendant's claim that counsel's assistance was so defective as to require reversal of a conviction or setting aside of a death sentence requires that the defendant show, first, that counsel's performance was deficient and second, that the deficient performance prejudiced the defense so as to deprive the defendant of a fair trial"* (Strickland v. Washington, 466 U.S. 668 de 1994). Otras sentencias que se refieren a la falta de investigación por parte de la defensa Johnson v. Baldwin, N° 96-35049 (9th Cir. 23/05/1997), y Sims v. Livesay N° 91-5757 (6th Cir. 03/08/1992).

1.4. Proceso de lluvia de ideas⁴⁸

El proceso de lluvia de ideas consiste en reunir a los abogados que conocen de un caso con otras personas que no sean abogados⁴⁹ e informarlos respecto a todos los hechos de éste, incluso aquellos que se consideran negativos o poco importantes. Luego se deben hacer preguntas a los participantes referentes al caso a fin de que todos planteen sus ideas acerca de la mejor acusación posible o posición de defensa.

Durante el proceso de lluvia de ideas se debe escribir todo lo que los participantes dicen en un pizarrón o en un lugar visible para todos. Asimismo, no se debe juzgar lo que se diga, ya que no existen malas ideas en esta etapa. Un buen proceso de lluvia de ideas hace que la discusión vaya a los extremos. En las ideas extremas está la base de las que le pueden ser útiles para explicar los hechos.

Durante este proceso de ideas los participantes deben tomar una decisión respecto a la mejor acusación o posición de defensa basada en los hechos analizados dentro de este proceso. Una vez decidida la mejor teoría del caso deben identificarse los hechos convenientes e inconvenientes a la luz de la teoría elegida para este juicio, también se deben determinar las emociones que el caso produce y, finalmente, se debe buscar un *lema*TM o frase que lo resuma todo.

El proceso de lluvia de ideas debe llevarnos a decidir la mejor teoría legal que sea aplicable a los hechos analizados y establecidos durante este proceso,

⁴⁸ En inglés *Brainstorming*.

⁴⁹ En la litigación norteamericana se insiste que el proceso de lluvia de ideas debe ser realizado por abogados y personas que no lo sean. Lo anterior es trascendente en atención a la existencia de jurados, lo que en nuestro sistema no sucede. Sin perjuicio de ello y que en nuestro sistema aparece más adecuado un proceso de lluvia de ideas donde quizás el 90% sea realizado por los abogados del caso, siempre es bueno consultar a personas que no sean abogados respecto a lo que se va obteniendo del proceso de lluvia de ideas, ya que en la mayoría de los casos los juicios no se deciden solo por cuestiones legales.

⁵⁰ Lema (en inglés *theme*) es la frase que resume la razón moral por la cual se debe ganar un caso. Como mejor se puede presentar el lema es como una sola frase que justifica moralmente la teoría del caso de quien la presenta y que apela a la justicia del caso. También lema se define como una frase que resumen la teoría del caso de quien la expone. Un lema en un caso de identificación para la defensa que alega coartada puede ser "... *nadie puede estar en dos lugares al mismo tiempo...*". El lema es la frase que queremos que quede en la mente de los jueces al momento de ir a deliberar para que acepten nuestra teoría del caso; debe ser breve, cautivante y poderoso. Debe invocar la totalidad de la teoría del caso de quien la presenta. Para el fiscal en un caso de manejo en estado de ebriedad causando lesiones, "*demasiado bebido para pensar en la vida de los demás*".

en especial consideración a la acusación elegida o posición de defensa. La posición de defensa o acusación siempre debe ser decidida a la luz de la teoría legal del caso. En nuestro sistema una vez que el proceso de lluvia de ideas establezca los hechos deberá realizarse una discusión jurídica para lograr clasificarlos en un marco legal.

Este es un proceso continuo, donde todos participan y discuten acerca de las ideas aportadas por quienes intervienen y que cada vez va acotando más los hechos a las decisiones jurídicas tomadas durante él.

1.5. Teoría del caso

Durante la **tramitación de un caso** todas las **decisiones** deben estar **subordinadas a su teoría**, por lo cual cada contraexamen debe ser útil a ella.

Por teoría del caso debemos entender: *La narración lógica de los hechos, en un solo párrafo que, enmarcados en el contexto que la ley fija, nos lleva a la conclusión legal buscada.*

La teoría del caso es, entonces, un relato de hechos y de ley realizado de tal forma que lleve a una sola conclusión jurídica: Doña X dio muerte a su marido, previamente éste la había golpeado. Estos hechos —la muerte y los golpes— se encuadran en un parricidio y la eximente de responsabilidad de legítima defensa —teoría legal—, por lo que la imputada está exenta de responsabilidad criminal —veredicto exculpatorio—, según la teoría de la defensa.

La **teoría del caso** debe reconocer **los elementos legales requeridos para probar el delito o la posición de defensa**.⁵¹ Asimismo al decidir una teoría legal, se deben **identificar las pruebas** en que ésta se **sustenta**.

⁵¹ Se han definido a lo menos seis categorías de defensa las que deben ser consideradas para decidir una teoría del caso de la defensa. Las categorías de defensa son las siguientes: a) El hecho nunca sucedió (delitos sexuales). b) El hecho sucedió pero yo no lo cometí (un ejemplo es errónea identificación y la defensa alegará coartada), c) El hecho sucedió pero no es un crimen (legítima defensa), d) El hecho sucedió, yo soy el responsable, es un delito pero no el delito imputado (ejemplo de solicitud de recalificación de robo a hurto). e) El hecho sucedió, yo soy el responsable, el hecho imputado es el que se cometió, pero yo no soy responsable (inimputabilidad). 0 El hecho sucedió, yo soy el responsable, el hecho imputado es el que se cometió, pero no merezco la sanción (es el caso en que se alegan circunstancias personales que hacen que se deba aplicar la menor penalidad posible o no se deba aplicar pena). Estas categorías de defensa son señaladas por CATHY KELLY en su artículo "Trial by Design", material incluido en N CDC en su curso de verano, 2003, Trial Practice Institute, Macón, Georgia, EE.UU.

Esta teoría, desde la perspectiva de los hechos, toma en cuenta cada proposición fáctica que se dará por establecida en el juicio y evita contradecir los hechos que no se pueden cambiar.

En realidad la teoría del caso es una fórmula que consiste en incorporar los hechos en un marco legal que nos lleva al resultado jurídico buscado.

Teoría del caso

Relato de hechos (Historia) + adaptación del relato de hechos
(La Historia) al derecho (Marco Legal) = conclusión legal buscada
(Veredicto)

Para que esta hipótesis sea exitosa debe ser lógica, lo que implica incluir todos los hechos no discutidos y que el tribunal dará por probados, debe comprobar los elementos legales del caso y debe ser simple y fácil de creer.

Algunos dividen la teoría del caso en la *teoría legal que* es la que toma en cuenta todos los elementos legales de la acusación o posición de defensa, e identifica la evidencia que sustenta cada uno de esos elementos valorándolos a la luz de la ley aplicable; y la *teoría basada en los hechos* que es la que explica qué paso y por qué, tomando en cuenta cada hecho establecido en el caso como indubitado y evitando contradecirlos, destacando los que posibilitarán que su teoría sea aceptada y descartando las teorías alternativas.

1.6. Hechos imposibles de cambiar

Un juicio es principalmente la disputa de hechos que una vez establecidos deben interpretarse conforme a una teoría legal. En este contexto existen los hechos imposibles de cambiar.

Una teoría del caso exitosa debe considerar los hechos que se darán por establecidos en el juicio, **los hechos imposibles de cambiar**, aquellos que a pesar de ser discutidos por los intervinientes, los jueces darán por probados.

Así, si su cliente fue encontrado con un cadáver en el portamaletas de su auto, el hecho de que el cadáver estaba en el portamaletas es imposible de cambiar. La conclusión legal que su cliente fue el autor del homicidio sí se puede cambiar.

Se debe construir una **teoría del caso** que **incorpore todos los hechos que sean imposibles de cambiar**, pudiendo sólo omitir aquellos que resulten neutrales para la teoría del caso elegida. En el ejemplo del cadáver en el porta-

maletas, este hecho pasa a ser neutro si se logra probar que su cliente prestó el auto a un amigo un par de días antes que fuera detenido por la policía.

Los **hechos** imposibles de cambiar son un **límite a** nuestra **teoría** del caso, ya que ésta no puede desconocerlos, contradecirlos o ignorarlos, pero una vez establecidos será más fácil elegir la teoría correcta.

Los hechos imposibles de cambiar son los que determinan la teoría del caso y no ésta la que inventa hechos. Los hechos vienen primero, ellos sirven de fundamento a las teorías, las limitan o las descartan. Jamás un abogado litigante puede inventar hechos, sí puede destacar ciertos acontecimientos o disminuir la importancia de otros.

Para eliminar un hecho que no se puede cambiar no es suficiente aportar una prueba que contradiga la ya presentada por la contraparte. Una prueba no elimina a otra prueba. Los testigos en el juicio oral no se cuentan, se pesan⁵² y un testigo que es más creíble, cuyo relato es más certero al analizarlo con el resto de la evidencia, no perderá credibilidad porque la contraparte presente cien testigos que digan lo contrario.⁵³

Finalmente, si nuestra teoría del caso es contradictoria con los hechos que no se pueden cambiar o contraria a la ley, es una mala teoría y debe ser reemplazada.

⁵² PFEFFER U., EMILIO, en *Código Procesal Penal*, obra citada, pág. 474, citando la historia del art. 307 del CPP, analizando la posibilidad de ocultar la identidad de los testigos señala: *"En la legislación procesal penal, lo que el juez toma en cuenta es la calidad del testigo. Los testigos se pesan, no se suman; por lo tanto, lo que vale es la calidad del testimonio"*.

⁵³ A este respecto, no está de más señalar que en EE.UU. en los casos de exculpaciones luego de haberse demostrado condenas equivocadas mediante pruebas de ADN, se ha logrado determinar que la principal causal de condena equivocada en ese país se da en los casos de reconocimiento (entendiendo por casos de reconocimiento aquellos en que una persona es víctima de un delito y su autor no es detenido en forma flagrante si no con posterioridad, ya sea por un proceso de reconocimiento por fotos, exhibiciones en el cuartel policial, rueda de presos u otros). En muchos de esos casos la defensa había llevado al juicio prueba para demostrar que el acusado no estaba en el lugar del ataque, lo que se conoce como coartada, que evidentemente fue desechada por los jurados. Al respecto cabe visitar la página web www.innocenceproject.org y consultar el documento "Convicted by Juries, Exonerated by Science: Case Studies in the Use of DNA Evidence to Establish Innocence After Trial", U.S. Department of Justice, Office of Justice Programs, National Institute of Justice, 1996. Este último estudio identifica y analiza 28 casos en que personas condenadas son exoneradas demostrando su inocencia a través de pruebas de ADN. Al analizar en general los casos de identificación el informe señala que muchos de los imputados presentaron coartadas, como defensa, las que aparentemente no tuvieron la suficiente fuerza en contra de la declaración de los testigos presenciales, "...The alibis apparently were not sufficient weight to the juries to counter the strength of eyewitness testimony", pág. 15.

1.7. ¿Cómo encontrar los hechos imposibles de cambiar?

Para encontrar **los hechos imposibles de cambiar** el litigante debe hacer una lectura completa de todos los documentos y antecedentes de la investigación, no sólo de aquellos que se reúnen en la carpeta del fiscal. Así, se deberá indagar en los documentos relacionados con la cadena de custodia, los documentos confeccionados por los funcionarios policiales que no fueron remitidos a la carpeta del fiscal, los protocolos realizados por los peritos que participan en la investigación, etc. En resumen todos los documentos que hayan sido confeccionados por alguna de las personas que participan en la investigación.⁵⁴

El fiscal o el querellante no solo debe leer los documentos de la investigación o los que se adjunten a ella por la defensa, sino que además deben reunir antecedentes relacionados con el imputado que sean anteriores a los hechos, ya que éstos podrán ser útiles al momento de establecer hechos imposibles de cambiar. De este modo, si la defensa se basa en una imputabilidad disminuida y el imputado estuvo en una escuela especial, será necesario que el fiscal conozca esos hechos ya que la circunstancia de que estuvo en una escuela especial es un hecho que no se puede cambiar. La conclusión que emana de ese hecho es lo que sí se puede modificar.

Pero no todo se reducirá a lectura de documentos. Será clave durante este proceso la revisión de evidencia física, tal como fotos, películas y videos, ya que este tipo de prueba, al igual que los documentos, no puede cambiar.

Otra forma de determinar los hechos imposibles de cambiar es someter a los principales testigos a un hipotético contrainterrogatorio. Como se ha señalado, el contraexamen es la herramienta que la litigación oral ha descu-

⁵⁴ Art. 188. *Conservación de las especies.* Las especies recogidas durante la investigación serán conservadas bajo la custodia del ministerio público, quien deberá tomar las medidas necesarias para evitar que se alteren de cualquier forma.

Podrá reclamarse ante el juez de garantía por la inobservancia de las disposiciones antes señaladas, a fin que adopte las medidas necesarias para la debida preservación e integridad de las especies recogidas.

Los intervinientes tendrán acceso a esas especies, con el fin de reconocerlas o realizar alguna pericia, siempre que fueren autorizados por el ministerio público o, en su caso, por el juez de garantía. El ministerio público llevará un registro especial en el que conste la identificación de las personas que fueren autorizadas para reconocerlas o manipularlas, dejándose copia, en su caso, de la correspondiente autorización.

bierto para establecer la verdad. Si los testigos propios y los de la contraparte son sometidos a hipotéticos contraexámenes aparecerán los hechos indubitados. **Este es el camino más rápido y seguro para establecer los hechos imposibles de cambiar.**

Por último, aquellos hechos que se repiten en todas las declaraciones en forma inequívoca, se convierten en hechos que, en principio, son imposibles de cambiar: Todos los testigos señalan que la víctima fue atacada por dos personas.

En conjunto con los hechos imposibles de cambiar debemos identificar las conclusiones que emanan de ellos, ya que éstas también podrán convertirse en hechos que no se pueden cambiar: Su cliente (el imputado) fue encontrado en la vía pública a las 5:30 AM, al lado de una de las especies que se denuncia como robada desde una casa que está sólo a tres cuadras del lugar en que fue encontrado el imputado. La investigación arroja que el imputado estaba en mala situación económica y desesperado por dinero. Asimismo, la investigación señala que el imputado conocía la casa robada y que no tenía un buen motivo para estar en el lugar donde fue detenido. Quizás ninguno de estos hechos, por sí solos, conducen a la conclusión inequívoca de que el imputado entró a la casa y sustrajo la especie, pero del conjunto de ellos se puede concluir lo anterior.

En síntesis, los hechos imposibles de cambiar resultan de un análisis profundo de los antecedentes y de someter a los principales testigos, propios y de los otros intervinientes, a hipotéticos contraexámenes.

2. Preparación del contraexamen

Una vez analizada la forma general de preparar un caso y decidida su teoría, debemos desarrollar cada contraexamen en particular mediante las diferentes etapas y métodos de preparación que a continuación se analizan.

2.1. Proceso de lluvia de ideas del contraexamen

Al igual que para preparar un caso, para preparar cada contraexamen en particular, se debe realizar el proceso de lluvia de ideas respecto a cada uno de los testigos y peritos involucrados.

2.1.1. ¿QUIÉNES PARTICIPAN EN EL PROCESO? Al respecto me remito a lo señalado para la preparación del caso, participan abogados y quienes no lo sean. Estos últimos pueden tener una participación aún más residual que en el proceso de preparación del caso mismo.⁵⁵ Los participantes comienzan a decir en voz alta lo que se quiere obtener de cada testigo, que podrá consistir en hechos favorables a nuestra teoría del caso, o bien en hechos que dañan la credibilidad del testigo o su relato. Estos hechos e ideas deben escribirse en un lugar visible para que todos los que participan los vean. Luego que éstos se han anotado y los apuntes obtenidos estén en un lugar visible, se deben agrupar bajo un título. Ej.: "Hechos para atacar la credibilidad del testigo". Los grupos de hechos así determinados serán los que formarán un capítulo de contraexamen.⁵⁶

2.1.2. DECIDIR EL OBJETIVO. Durante el proceso de lluvia de ideas el abogado y quienes participan en él deben decidir el objetivo perseguido en el contraexamen de cada testigo en particular, lo que podrá hacerse luego de conocer quién es el declarante o perito a ser presentado por la contraparte, investigar qué rol juega éste en la teoría del caso de la parte contraria y la propia.

Para decidir el objetivo que perseguirá el contrainterrogatorio es necesario determinar si el testigo o perito declarará hechos: i) Acordes con los que componen la teoría del caso de quien lo debe contrainterrogar; o ii) El relato que hace el testigo tiene áreas para atacar; o bien iii) La credibilidad de éste es susceptible de ser atacada por su interés en el resultado del juicio, falta de imparcialidad, declaraciones anteriores, falta de capacidad para percibir o recordar los hechos, o por lo señalado por el resto de la evidencia.

2.1.3. IDENTIFICAR LOS HECHOS IMPOSIBLES DE CAMBIAR. Este concepto de hechos imposibles de cambiar también debe acompañarnos en la preparación de cada contrainterrogatorio en particular. Al momento de elegir el objetivo perseguido con el contraexamen del testigo deben estar presentes los hechos que no se pueden cambiar. Si se quiere desacreditar a un testigo por no haber visto el incidente, pero éste estaba justo al frente del lugar del suceso, probablemente el objetivo buscado por el contraexamen no pueda cumplirse, ya que luego de su declaración el hecho de que éste lo pudo ver no se podrá cambiar.

⁵⁵ Ver nota 50.

⁵⁶ Véase Capítulo V de esta obra.

2.1.4. BUSCAR LOS HECHOS Y FRASES MÁS POSITIVOS. En el proceso de lluvia de ideas también deben buscarse las palabras o frases que son de máxima utilidad para quien debe realizar el contraexamen. Es así como en la declaración de los testigos aparecen frases y palabras que pueden servir para crear el *lema* del juicio, *trilogías*⁵⁷ o simplemente palabras clave que es necesario resaltar a través de la técnica del *looping*⁵⁸ (técnicas avanzadas de contraexamen).

Así, si la víctima en un caso de reconocimiento señala que *no daría su vida para asegurar que la persona que la atacó es la misma que reconoce en la foto*, esta frase debe ser resaltada por la defensa en su contraexamen. Estas palabras o expresiones deben ser descubiertas durante el proceso de lluvia de ideas y destacadas para que sean incluidas en el conainterrogatorio.

2.1.5. AGRUPAR LOS HECHOS. Durante el proceso de lluvia de ideas debemos agrupar los hechos según los temas de que traten, bajo los siguientes acápite: i) Los hechos por los cuales se puede atacar la credibilidad del testigo; ii) Los que deben ser incorporados a través de ese testigo; iii) Los que deben ser destacados en la declaración del testigo, y iv) Los hechos que limiten su declaración.

En cada grupo se deben identificar los hechos más positivos. Por un hecho positivo debemos entender aquél que es necesario para nuestra teoría y que es seguro de preguntar. El que reúna estas características será el que se ubicará al final del capítulo de contraexamen.

Un hecho seguro de preguntar es aquel que es susceptible de ser contrastado, de manera tal que si el testigo lo niega el abogado podrá contrastarlo con el documento que contiene el hecho mismo, logrando demostrar al tribunal lo contrario a lo señalado por el interrogado.⁵⁹

En el ejemplo anterior: *no daría mi vida para asegurar que la persona que me atacó es la misma que reconozco en la foto*, es un hecho seguro de preguntar ya que esa frase está contenida en un documento susceptible de ser usado para contrastar al testigo.

⁵⁷ Es el uso de tres palabras que transmiten una sensación o una idea de quien las presenta. El uso de trilogías es una técnica muy persuasiva para la memoria humana, por ejemplo: Sexo, Drogas y Rock and Roll. Esas tres palabras evocan toda una idea que va más allá de ellas.

⁵⁸ *Looping*. Es un método mediante el cual un hecho importante o favorable se destaca a través de la repetición de la información, en otra pregunta sin repetir la pregunta, ver Cap. XII ap. 2, Técnicas para destacar hechos favorables, de esta obra.

⁵⁹ Véase Capítulo IX, que trata la desacreditación de testigos y peritos con declaraciones previas inconsistentes.

Durante este proceso debemos desechar todo aquello que nos parezca innecesario.

Una vez ordenados los hechos según los criterios antes señalados, debemos revisar nuestra decisión respecto al objetivo perseguido con el contraexamen del testigo. Si el testigo daña a mi cliente y existe una gran cantidad de hechos que sirven para poner en duda su credibilidad, ¿es la mejor decisión no atacarla?

2.1.6. REEVALUAR LO REALIZADO. Al respecto hay que remitirse a lo ya analizado. En el proceso de lluvia de ideas de un contrainterrogatorio en particular debemos estar constantemente analizando si atacaremos la credibilidad del testigo o si obtendremos testimonio favorable de éste, o bien si intentaremos neutralizarlo.

3. Sistemas de preparación del contraexamen⁶⁰

Una vez realizado el proceso de lluvia de ideas, estaremos listos para usar algún sistema de preparación de contraexamen.

A continuación se estudiarán tres sistemas para preparar un contraexamen. Estos métodos pueden ser usados conjunta o separadamente, la decisión de usar uno o más de los propuestos dependerá de cada caso en particular.

3.1. Sistema de preparación del contraexamen mediante la clasificación de la información por materia

El sistema de preparación del contraexamen mediante la clasificación de la información por materia es muy útil cuando la teoría del caso se basa en que uno o más de los testigos de la contraparte están equivocados. Específicamente en aquellos casos en que el declarante está equivocado y su error es demostrable con el resto de las evidencias o al comparar sus declaraciones con las de otros testigos del juicio. Este sistema es especialmente útil en los casos de identificación.

⁶⁰ Basados en *Cross-Examination Science and Techniques*, obra citada.

La primera etapa de preparación consiste en hacer un listado con todos los hechos relacionados con el tema respecto al cual el declarante está equivocado.

Supóngase un caso de accidente de tránsito en el cual un testigo dice que su cliente -el acusado- fue el culpable en virtud de no haber respetado una luz roja. El imputado sostiene que él no pasó con luz roja. La defensa sostiene que el testigo no vio el accidente. El abogado defensor necesita demostrar al tribunal que el testigo en realidad no presencié el accidente, por lo que su testimonio no es confiable para condenar al acusado.

La primera etapa será agrupar los hechos que servirán para crear los capítulos de contraexamen que demostrarán que el testigo no vio el accidente y menos aún puede dar fe de quién paso con luz roja.

Listado

- Color del auto.
- Personas al interior de cada vehículo que participó en el accidente.
- Conductor que bajó primero.
- Llegada del SAMU.
- Llegada de bomberos.

El listado para demostrar que el testigo está equivocado es específico para cada caso y emanará de la lectura de antecedentes por parte del litigante. En el ejemplo del accidente de tránsito:

Color del auto	Testigo: X	
"No recuerdo el color de los autos del accidente".	Parte policial, pág. 2.	10-02-04
. .el que se pasó la luz roja parece que era verde...".	Declaración fiscalía, pág. 4, tercer párrafo.	22-04-04
"..el auto que produjo el accidente era de un color clarito...".	Orden de investigar, pág. 3, primer párrafo.	18-03-04

Luego se podrá hacer una ficha con las declaraciones del testigo respecto a las personas que estaban al interior de los autos que participaron en el accidente, conductor que bajó primero, llegada del SAMU, llegada de bomberos, etc.

Este primer sistema de preparación del contraexamen permite clasificar la información de forma tal que todo lo declarado por un testigo referente a un acontecimiento pueda visualizarse en una sola ficha. Este método facilita la confección de los capítulos de contrainterrogatorio de cada declarante que se refiera a la materia clasificada en la ficha.

El ideal es que la ficha contenga: i) el nombre del testigo; ii) el asunto discutido; iii) la individualización de la confesión del declarante, con la indicación de día y personas que estuvieron presentes en ella.⁶¹

3.2. Sistema de preparación del contraexamen mediante la división de la información en sucesos o metas

Este método consiste en dividir los eventos en las etapas que lo componen con el mayor detalle posible, para luego, en cada una de esas fases, aislar uno a uno los hechos que las conforman.

El origen de este sistema está dado por la existencia de conceptos que son demasiado amplios como para preparar un contraexamen, los que deben fraccionarse en las partes que lo componen. Así, por ejemplo, el concepto de "detención" es complejo. Este concepto deberá dividirse en los hechos que componen la detención y, luego, en los que componen cada uno de esos eventos para verificar si ésta fue legal o ilegal, si hubo apremios en la declaración del imputado o si fue voluntaria, etc.

Este sistema de preparación contempla tres etapas: i) Determinar la secuencia de cada evento y dividirla en fragmentos, precisando cada uno de los sucesos; ii) Aislar los hechos; iii) Resumir la declaración del testigo en una sola ficha.

3.2.1. DETERMINACIÓN DE LA SECUENCIA DE CADA EVENTO Y SU DIVISIÓN EN FRAGMENTOS. Suponga usted el siguiente parte policial:

⁶¹ Esto último es importante para los efectos del artículo 330 inc. 2º del CPP Contrastar con otras versiones presentadas en el juicio.

Yenifer Pérez Carreño, 27 años, casada, chilena, labores de casa, cédula de identidad N° 14.547.360-9, nacida el 26 de julio de 1976, domiciliada en calle Caupolicdn N° 40, Comuna de Concepción, detenida en el cuerpo de guardia de esta Iª Comisaría de Carabineros de la Ciudad de Concepción a las 3:15 horas del día de hoy, por el siguiente hecho:

Porque momentos antes en circunstancias que se encontraba en su domicilio la imputada en compañía de algunas personas y de su cónyuge Iván Elentorio Gómez Catalán, 21 años, casado, obrero, domiciliado en Caupolicdn 40 de la ciudad de Concepción, y con el cual se encuentra casada hace 4 meses a la fecha, compartiendo e ingiriendo alcohol y debido a una discusión de índole sentimental, el Sr. Gómez Catalán procedió a agredirla con golpes de pie y puños en diversas partes del cuerpo, para posteriormente lanzarla a la pared, e intentar estrangularla, cayendo al suelo, instante en que ésta aprovechó para tomar entre sus manos un arma blanca, específicamente un cuchillo, clavándose en el tórax para posteriormente salir corriendo en dirección de esta unidad con la finalidad de dar cuenta del hecho.

Acto seguido, personal del tercer turno en la población a cargo del Sgto. Figueroa Sánchez procedió a tomar conocimiento del hecho, se presentó en el domicilio y comprobó la denuncia de la imputada encontrando además en el antejardín del inmueble, el cuerpo de Gómez Catalán en el suelo en posición decúbito dorsal, presentando una herida corto punzante en el tórax, procediendo a solicitar de inmediato ambulancia a la asistencia pública del Hospital de esta ciudad.

Se hace presente además que tanto la imputada como su cónyuge se encontraban en estado de ebriedad manifiesta".

Claramente la teoría del caso de la defensa será legítima defensa. Pero para poder sostenerla y decidir si es la mejor hipótesis, el suceso de la discusión y la muerte de la víctima son demasiado amplios.

A este respecto existen ciertas preguntas que deben ser contestadas: ¿Qué le dijo la víctima al imputado en la discusión? ¿Qué le contestó la imputada? ¿Cuántos golpes de pie le dio la víctima a la inculpada? ¿Dónde? ¿Cuántos golpes de puño recibió la imputada? ¿Dónde? ¿La inculpada tiene lesiones? ¿La víctima tiene otra lesión? ¿Qué envergadura física tiene la víctima? ¿Cuánto pesaba? ¿Qué envergadura física tiene la inculpada? ¿Cuánto pesa? ¿En qué momento la imputada es lanzada a la pared y qué le sucede? ¿Cuántas veces fue lanzada? ¿En ese momento la denunciada tenía algo en la mano? ¿Cuando la víctima intenta estrangular a la imputada ésta tiene algo en la mano? ¿Cuando la acusada tomó el cuchillo, éste dónde estaba? ¿Caminó hacia el

cuchillo? ¿La imputada clavó el cuchillo mientras la víctima caía sobre ella? ¿En ese momento ella ya estaba en el suelo? ¿En ese instante la víctima la intentaba estrangular? ¿La imputada tiene evidencias en su cuello del intento de estrangulamiento? ¿La imputada le propinó una sola herida a la víctima? ¿Después de herirlo fue a buscar ayuda? ¿Trató de salvarlo? ¿Qué le dijo a la policía?

Estos sucesos deben dividirse a lo menos en:

- a) Discusión.
- b) La víctima ataca a la imputada.
- c) La víctima golpea a la imputada.
- d) La imputada es lanzada contra la pared.
- e) La víctima intenta estrangular a la imputada.
- f) La imputada cae al suelo.
- g) Imputada toma el cuchillo.
- h) Víctima estrangula a la imputada.
- i) La imputada clava el cuchillo a la víctima.
- j) La imputada trata de buscar ayuda.
- k) La imputada se autodenuncia.

Los hechos que componen cada suceso en detalle nos llevarán a entender con claridad qué fue lo que realmente sucedió.

Con la secuencia de eventos ya determinada, se procede a descomponer cada suceso en los hechos que lo componen, tratando de alcanzar el mayor detalle posible.

El desafío de esta etapa es aclarar y entender los acontecimientos tal cual se fueron desarrollando y el momento en que se verificaron. Esas pequeñas diferencias hacen que una teoría del caso sea aceptada o rechazada por el tribunal. En el ejemplo propuesto, al momento que la imputada cae, deberá determinarse qué le dijo la víctima, si tenía algo en sus manos, qué actitud tenía la víctima. Estos hechos deben ser detallados, ya que de ellos dependerá que la teoría de legítima defensa invocada por el litigante tenga éxito.

La división debe provenir del orden cronológico en que sucedieron los hechos, pero quien contraexamina no está obligado a realizar el contraexamen en ese orden.⁶² Así, en el caso propuesto, si las agresiones iniciales de la

⁶² Véase Capítulo VIII de la presente obra.

víctima a la imputada fueron de un tono menor es probable que el abogado defensor no comience interrogando cronológicamente respecto a las agresiones, si no que empiece refiriéndose al momento en que la víctima intentó estrangular a la imputada, luego de que esas primeras agresiones ya se habían verificado. En el ejemplo, si se determina que la mujer tenía el cuchillo desde el inicio de la discusión, podría significar que fue una simple pelea y que la imputada no actuó en legítima defensa.

3.2.2. AISLAR LOS HECHOS. Una vez determinados la secuencia de cada evento y sus componentes, debemos aislar los hechos.

Testigo X: Imputada en el suelo.		
"...Ella estaba golpeada, e indefensa".	Testigo X Declaración Fiscalía	02-02-04
"... él le tenía la pierna en el abdomen y cuando se le acercó con las manos al cuello como para estrangularla ella le clavó el cuchillo..."	Testigo X Orden de investigar.	04-03-04
"...él la iba a estrangular".	Testigo X Orden de investigar.	04-03-04

Cada evento debe dividirse en cuadros y congelarse,⁶³ para luego explicar qué estaba sucediendo en cada cuadro que es parte del evento para clarifi-

⁵³ En inglés *Freezing* (PERRIN L., TIMOTHY, Y OTROS, obra citada, pág. 208), técnica mediante la cual se detiene al testigo en su relato para lograr que los jueces presten especial atención a lo que está por decir. Los hechos se desarrollan luego cuadro a cuadro. Esta técnica se usa con frecuencia durante el examen directo de un testigo. Ejemplo: Víctima de un robo por sorpresa que luego reconoce a su atacante en fotos. Durante el interrogatorio de la víctima debe detenerse su relato al momento que ésta comienza a relatar el ataque, en especial cuando tuvo frente a frente a su atacante para lograr graficar al tribunal que tuvo el tiempo para verlo. Estas técnicas deben adaptarse a nuestra realidad, que cuenta con jueces y no jurados.

car todos los detalles. Esto luego puede recrearse en el tribunal mientras los testigos declaran, deteniéndose para analizar lo sucedido estableciendo las acciones, dichos y/o actitudes de cada uno de los participantes en la discusión, lo que permite enfatizar o disminuir la importancia de cada hecho.

3.2.3. SÍNTESIS DE CADA TESTIMONIO EN UNA SOLA FICHA. En esta etapa quien prepara el caso deberá clasificar cada hecho señalado por cada uno de los testigos en una ficha, agrupándolos por temas. Las fichas deben contener las mismas palabras usadas por el testigo.

Así, en el ejemplo propuesto, si nos referimos al cuchillo en la mano de la imputada, el testigo X, señala que al momento de la agresión de la víctima a la inculpada ésta no tenía nada en la mano, que luego del golpe en la pared ella tampoco lo tenía y que sólo en el momento en que era agredida en el suelo tomó el cuchillo.

Testigo: X	Cuchillo imputada	
"...la primera vez que vi el cuchillo fue cuando ella estaba en el suelo..."	Declaración Fiscalía, pág. 1, párr. 5º	02-02-04
"No, jamás vi ese cuchillo al comienzo de la discusión".	Declaración Fiscalía pág. 2, párr. 3º	02-02-04

El testimonio anterior debe resumirse en una ficha que luego servirá para la construcción de cada capítulo de contraexamen.

3.3. Clasificación de la información por testigo

Este sistema está diseñado para aquellos casos en que un solo testigo es clave en el juicio, como, por ejemplo, la víctima en un proceso de violación cuando el imputado alega consentimiento en la relación sexual.

Este sistema de preparación está basado en la posibilidad de que el testimonio de ese testigo se resuma en fichas y se comparen todas sus declaraciones acerca del hecho. Cada declaración del testigo debe dividirse en hechos y ellos deben ser materia de cada ficha.

Por ejemplo, para el caso de la víctima de una violación, primero deberá dividirse su declaración en los diferentes hechos que la componen. Luego se deberá verificar si esos sucesos han sido siempre narrados de igual forma en todas las declaraciones prestadas por la víctima y si son o no coincidentes con el resto de los antecedentes del caso.

La primera etapa será dividir la declaración en los hechos que la componen, por ejemplo:

- El toco el timbre.
- Primero me preguntó por mis padres.
- Yo sabía que era amigo de mis padres.
- Yo lo dejé entrar.
- Una vez en la casa, se sentó en el sillón del living.
- Conversamos un rato.
- Me preguntó por el pelo y se me acercó.
- Etc.

Posteriormente deberán compararse esos hechos con los documentos reunidos en el curso de la investigación. La víctima señala en su primera declaración que no conocía al imputado y luego señala que en realidad era amigo de sus padres. Ese es un hecho que debe ser aislado en una ficha para compararlo con todas las demás declaraciones en que la víctima se ha referido a él.

Víctima: Conocimiento imputado.		
"...yo no lo conocía".	Parte Policial, págs. 2/3	15-08-04
"...era amigo de mis padres".	Declaración Fiscal, pág. 1, párrafo 5º	17-08-04

En síntesis, lo que logra este sistema es que la información contenida en una declaración sea dividida en hechos y que éstos se comparen en todas las declaraciones prestadas durante la investigación y juicio por el mismo testigo. En el caso propuesto, si se quiere atacar la versión dada por la víctima, se podrá construir un capítulo por cada tema en que ella haya modificado los hechos de su versión.

Un ejemplo de contraexamen para este punto sería:

TÍTULO: Vamos a hablar del conocimiento previo del imputado.

PREGUNTA: ¿Usted le dijo a la policía que no conocía al imputado?

Respuesta: Sí.

PREGUNTA: ¿ESO se lo dijo al carabinero X a las X X horas del día de los hechos, cierto?

Respuesta: Sí.

PREGUNTA: Específicamente usted le dijo "...yo no lo conocía...".

Respuesta: Sí.

PREGUNTA: ¿El carabinero lo anotó?

Respuesta: Sí.

PREGUNTA: ¿Hizo un informe con lo que usted le dijo?

Respuesta: Sí.

PREGUNTA: ¿Luego usted declaró ante el fiscal?

Respuesta: Sí.

PREGUNTA: ¿A él usted le dijo que en realidad sí conocía al imputado, no es cierto?

Respuesta: Sí.

PREGUNTA: Usted le dijo ¿"era amigo de mis padres"?

Respuesta: Sí.

Vamos a pasar a otro tema,...

Cada ficha entonces debe contener el hecho que va a ser materia del contraexamen, el nombre del testigo, las frases pronunciadas por él respecto del hecho determinado y dónde fueron registradas.

4. Preparación de cada contraexamen en el cuaderno o archivador del juicio

Una vez determinados cuáles son los sistemas de preparación del contraexamen, debemos analizar cómo prepararlos para ser llevados al juicio. Asimismo, deberemos decidir la secuencia en que cada capítulo del contrainterrogatorio será preguntado en el juicio.⁶⁴

⁶⁴ Véase Capítulo VIII, secuencia del contraexamen, de esta obra.

Cada contraexamen debe ser preparado EN UNA HOJA INDEPENDIENTE. Si un testigo va a ser contrainterrogado en varios temas, cada capítulo de contraexamen debe ser anotado en una sola hoja. Si se incluyen dos o más secciones de contraexamen en una sola hoja será difícil ver los apuntes en el juicio. Por otra parte, si una misma hoja contempla dos capítulos de contraexamen quien está contrainterrogando puede confundir las preguntas de un capítulo con las de otro acápite por estar todas en la misma hoja.

Es esencial que **cada capítulo esté sólo en una hoja para determinar en qué orden se realizará el interrogatorio**. El orden preestablecido puede ser inconveniente a la luz de lo que suceda en el juicio. Por ejemplo, al momento de planificar el contraexamen se ideó un capítulo para el caso que el testigo declarara respecto a hechos que afectaban nuestra teoría del caso, los que debían ser atacados por quien contraexaminara al testigo. Sin embargo, el testigo no se refiere a esos hechos durante su examen directo, lo que hace innecesario preguntar acerca de esa materia. La única forma de descartar capítulos es que éstos estén en una sola hoja independiente el uno de otro. Sólo al tener esa división se pueden eliminar capítulos o cambiar su orden.

4.1. Hoja de contraexamen

Señaladas ya las razones por las cuales cada contraexamen y, a su vez, cada capítulo del mismo, deben ser plasmados en una sola página, debemos establecer el contenido de las hojas que se llevarán al juicio. Al respecto hay quienes dividen la hoja en dos columnas; la primera para las preguntas o borrador de preguntas y la segunda para la fuente de la información que genera cada pregunta del capítulo de contraexamen.

Testigo: Adriana Soto V. (acápites Testigos N° 2 auto de apertura).	
¿Sra. Adriana, usted trabaja en calle Merced?	Fuente: Declaración policía. 02.01.03, pág. 1, párrafo 3°.
¿Merced N° 550?	
¿Específicamente su lugar de trabajo está al frente de una farmacia?	

Otros dividen la hoja en tres columnas que son las ya señaladas, más una tercera columna para anotaciones, donde se pueden realizar notas relativas al uso de evidencia con el testigo, a nueva información surgida durante el examen directo prestado por el declarante, a inconsistencias con otros testigos u otras declaraciones, etc.

Testigo: Jaime López C.		
TITULO: Vamos a hablar de las características que usted ha dado de su atacante.	Fuente	Anotaciones
		En todas las declaraciones ha cambiado
¿Luego del incidente usted fue a la policía?		
¿Fue a la policía a declarar?		
¿Usted declaró que su atacante medía aproximadamente 1 metro 80 cm?	1,80 aprox. • Parte Policial declaración víctima 3 ^{er} párrafo. • Testigos de la declaración: Cabos Ramírez y Parra, día 15/03/2003	

El orden de las columnas puede ser cambiado de la forma que más cómoda le resulte.

Cuando la hoja de contraexamen tiene tres columnas se hace más eficiente y fácil el manejo de la información y, por ende, el desarrollo del contraexamen. La **tercera columna de la hoja** del capítulo de contraexamen servirá para anotar, entre otras cosas, **la información surgida durante el juicio de la que**

no se tenía noticia, como podrían ser nuevos antecedentes declarados por el testigo en el examen directo, **los que de ser útiles para el capítulo de contraexamen que se había preparado** se anotará en esta tercera columna.

4.2. Escrituración de las preguntas

Respecto a escribir o no escribir las preguntas que se harán en el contraexamen, no existe una opinión unánime. **En general, los autores señalan que se deben escribir las preguntas como parte de la preparación del contraexamen**, existiendo, a su vez, diferentes posiciones acerca de lo que se debe llevar al juicio como apuntes.

Algunos autores creen que deben escribirse y llevarse al juicio todas las preguntas que se harán en el contraexamen; otros están por escribir sólo las palabras clave de cada pregunta; algunos creen que lo más conveniente es hacer un borrador,⁶⁵ y existe una cuarta posición que señala que lo mejor es no llevar nada escrito acerca de lo que se preguntará en el contraexamen.

Esta última posición parece del todo inadecuada, ya que una máxima de la litigación oral es la preparación. Por esta razón, si bien existe discusión acerca de cuánto escriturar las preguntas del contraexamen que se harán en el juicio oral, no es discutible la necesidad de preparar cada actuación en el juicio, lo que contempla llevar a lo menos un apunte de las preguntas que se planea realizar.

Aquellos que no son partidarios de escribir las preguntas argumentan que el hecho de escribirlas hace que el que contrainterroga esté más preocupado de hacer la siguiente pregunta de su lista que de escuchar al testigo.

Personalmente creo que es innegable **la necesidad de escriturar, a lo menos, un esbozo de las preguntas que se realizarán en el juicio**, y que ese apunte que se lleve al juicio debe contener el título del capítulo, las palabras clave de cada pregunta y la última pregunta a realizar en el capítulo.

En la primera etapa de la preparación del contraexamen es útil escribir todas las preguntas que se harán en el juicio. El proceso más conveniente es escribir al final de la hoja lo que se quiere establecer con la línea de contraexamen -la meta-; luego, el título o motivo del capítulo;⁶⁶ y, finalmente, las preguntas que llevarán a la respuesta buscada, yendo de lo más general a lo más específico.

⁵⁵ STEVEN LUBET, obra citada, borrador u outline, pág. 106.

⁶⁶ Véase Capítulo V de esta obra.

Este primer borrador sufrirá transformaciones a fin de preparar el documento definitivo que se llevará al juicio. El hecho de tener un primer borrador permite estudiar las preguntas, perfeccionarlas, buscar las palabras más adecuadas y eliminar los términos complejos, legales o relativos, afinándolo hasta que sirva para preparar los apuntes que se llevarán.

Los esbozos que se llevarán pueden ser la totalidad de las preguntas o sólo las palabras clave de ellas.

Imagine un testigo presencial de un choque que señala que después que escuchó el impacto salió de la farmacia y vio el choque. El defensor intenta establecer que sólo llegó una vez que el choque se había producido y, por lo tanto, no pudo ver cuál automovilista pasó con luz roja.

Lugar en que se encontraba al momento en que escucha el choque		
Preguntas	Fuente	Apuntes
Usted el día de los hechos estaba en Prat con Bulnes.		Exhibir diagrama.
Comprando /farmacia.		
Cercano a la caja.	Declaración parte social, pág. 2. 23/10/2004.	
Al interior.		
Mucha gente.		
Descripción del interior de la farmacia: — Puerta a calle Prat. — Estantes. — Gente entre la puerta y las cajas. — Caja. —		

De espaldas a la calle.		
¿Al salir de la farmacia el choque se había producido y usted sólo en ese momento miró los semáforos?		

En el ejemplo anterior falta escriturar todas las preguntas que logran graficar el tiempo que le tomó al testigo salir de la farmacia y ver el choque, con cuyas respuestas se demostrará que fue imposible que haya visto los semáforos justo en el momento del accidente.

Como se puede observar las preguntas clave se pueden anotar en su totalidad, mientras que puede hacerse sólo referencia a las demás preguntas mediante la utilización de palabras clave. En la práctica lo que usualmente se lleva al proceso es un borrador de las preguntas que se realizarán.

Al preparar las preguntas es conveniente primero hacer cada pregunta en forma oral y luego escribirla. Al anotarlas en los mismos términos en que uno espontáneamente las formula, será más fácil repetir las mismas preguntas en el tribunal, lo que evita que deban memorizarse.

Un último elemento en este proceso es el uso de un diccionario de sinónimos, a fin que cada interrogante sea formulada en un lenguaje simple pero exacto, ya que al desarrollar una idea ésta se grafica mejor cuando se utilizan las palabras precisas. El uso del diccionario de sinónimos es indispensable para perfeccionar el primer borrador de preguntas.

Luego de hacer el borrador que se llevará al juicio, se debe practicar el capítulo del contraexamen con una tercera persona hasta lograr ritmo y claridad en las preguntas que se realizarán en el juicio.

Una vez en el juicio y durante el proceso del contraexamen, si bien se deben tener presentes los apuntes como apoyo, nunca deberán leerse las preguntas, ya que esto le restaría ritmo y espontaneidad al contrainterrogatorio y haría que los jueces tengan la sensación de que el abogado está más preocupado de realizar todas las preguntas que tenía planificadas que de escuchar las respuestas que está obteniendo. El leer las preguntas tiene otro inconveniente, que consiste en que impide controlar al testigo con la mirada y escuchar sus respuestas con la debida atención.⁶⁷

⁶⁷ Una de las claves de un contraexamen exitoso es **ESCUCHAR AL TESTIGO**, lo que significa que quien realiza un contraexamen debe escuchar la respuesta para luego hacer su

4.3. Principios de la "primacía"TM y de lo "último o más reciente"[®]

Una de las principales herramientas de persuasión con que cuenta un abogado litigante es lo *primero que dice*, lo que en litigación se conoce como el concepto de *primacía*.

El concepto de *primacía* significa que lo primero que se escucha se recuerda con más facilidad y se hace más imborrable en la memoria del receptor. Existen dos aspectos de la naturaleza humana que explican este principio de la comunicación: i) La atención de los oyentes (jueces) es mayor en los primeros momentos, y ii) En los momentos iniciales los oyentes se forman la primera impresión del caso y de quien lo expone, lo que influirá hasta el término del juicio.

Este concepto de primacía es aplicable a todos los aspectos y etapas del proceso -el control de detención, primer encuentro con la contraparte, entrevista con la víctima, funcionario investigador, o el cliente, alegato de apertura, alegato de clausura, examen directo, contraexamen, etc.—; ese impacto inicial producido por lo primero que se dice es muy importante y debe tenerse en cuenta al momento de tomar decisiones en el proceso de preparación de un juicio oral.

El concepto de *lo más reciente* o *lo último que se escucha* se refiere a que **lo último que una persona escucha permanecerá en el ambiente y en la memoria por más tiempo**. La atención del oyente al percibir que se acerca el final vuelve a tener un punto alto y ese hecho debe ser aprovechado por el abogado.

Las últimas frases y palabras que dice un litigante son una excelente oportunidad para introducir el *lema* o una frase que impacte en la decisión

siguiente pregunta. En un caso de reconocimiento donde el abogado defensor interroga a la víctima referente a la descripción que realizó de su atacante debe estar siempre atento a sus respuestas, ya que de no estarlo puede perder valiosa información. Pregunta: ¿Usted al describir a su atacante no indicó el color del pelo? Respuesta: NO. Pregunta: ¿Usted al describir a su atacante no indicó su altura? Respuesta: En realidad no pude hacerlo ya que no recuerdo nada de sus características. Pregunta: ¿Usted al describir a su atacante no indicó su peso? Claramente en el ejemplo propuesto si el abogado estuviera escuchando al testigo procedería que la última pregunta fuese: ¿Usted hoy en este tribunal nos ha señalado que en realidad no pudo describir a su asaltante ya que no recuerda ninguna de sus características?

⁶⁸ En inglés *Primacy*.

⁶⁹ En inglés *Recency*.

de los jueces. Así, jamás se podrá terminar un contraexamen perdiendo una objeción o con una larga explicación del testigo. Ambas situaciones no son memorables en favor de quien contrainterroga.

Los conceptos de la impresión inicial o *primacía* y lo último que se escucha o lo *más reciente* deben estar presentes para quien prepara un contraexamen al momento de: i) planificar las preguntas; ii) crear cada capítulo de contraexamen, y iii) determinar la secuencia de contraexamen.

En este capítulo sólo cabe tratar los principios de *primacía* y *lo más reciente* respecto a la planificación de las preguntas. La aplicación de estos principios a la creación de cada capítulo de contraexamen y la secuencia del contraexamen se verán en los Capítulos V y VIII, respectivamente.

4.4. Uso de los principios de primacía y lo más reciente en la planificación de las preguntas de contraexamen

Como se indicó, los principios de *lo más reciente* y *primacía* se aplican a todas las fases de la litigación oral, incluyendo la construcción de las preguntas que se realizarán en un contraexamen.

Si en cada pregunta de contraexamen se termina repitiendo la frase "*no es cierto*", el énfasis de la pregunta recae sobre estas palabras, toda vez que son siempre las últimas —*lo más reciente* de cada frase.

Si la frase "*no es cierto*" u otra similar se utiliza al comienzo y no al final de la pregunta, igualmente esas palabras serán las más recordadas por el receptor, pero ahora en virtud del principio de la *primacía*.

En el Capítulo VI, referido a las tres técnicas básicas del contraexamen, se trata como una técnica ineludible del contraexamen el uso de preguntas sugestivas, lo que en muchos casos puede significar terminar con frases como "*no es cierto*". Es muy útil durante el contraexamen usar una frase como esa para que una pregunta sea sugestiva, ya que esta fórmula entrega control sobre el testigo, pero también hace perder persuasión al litigante.

En la siguiente secuencia se usa la frase "*no es cierto*" para terminar cada pregunta. Al compararla con la secuencia siguiente que no la utiliza, se puede verificar que las palabras de cada frase son más persuasivas cuando no se utiliza la muletilla o frase de control.

PREGUNTA: ¿Usted es hermano de la víctima, no es cierto?

Respuesta: Sí.

PREGUNTA: ¿Usted vivía con su hermano, no es cierto?

Respuesta: Sí.

PREGUNTA: ¿Usted lo veía todos los días, no es cierto?

Respuesta: Sí.

PREGUNTA: ¿Usted conocía a sus amigos, no es cierto?

Respuesta: Sí.

PREGUNTA: ¿Usted sabía que Juan era amigo de su hermano, no es cierto?

Respuesta: Sí.

PREGUNTA: ¿Usted sabía que su amigo Juan era traficante, no es cierto?

Respuesta: Sí.

Sin el uso de la muletilla:

PREGUNTA: ¿Usted es hermano de la víctima?

Respuesta: Sí.

PREGUNTA: ¿Usted vivía con su hermano?

Respuesta: Sí.

PREGUNTA: ¿Usted lo veía todos los días?

Respuesta: Sí.

PREGUNTA: ¿Usted conocía a los amigos de su hermano?

Respuesta: Sí.

PREGUNTA: ¿Usted sabía que Juan era amigo de su hermano?

Respuesta: Sí.

PREGUNTA: ¿Usted sabía que Juan era traficante de drogas?

Respuesta: Sí.

Si el lector realiza la primera secuencia de preguntas de forma muy veloz probablemente quien lo escuche recordará muy nítidamente las palabras "*no es cierto*" pero no así la parte previa de la pregunta, que es la más importante.

El uso de las muletillas siempre resulta molesto, distrae y termina por provocar que quien las escuche se fije en ellas más que en cualquier otra parte del mensaje.

La conclusión clara e ineludible es que el uso de muletillas atenta contra los principios de litigación de la *primacía y lo más reciente*, pero el realizar preguntas de contraexamen sin usarlas es un riesgo enorme, ya que puede implicar que el testigo escape de la línea de contraexamen trazada por quien lo realiza.

¿Cómo compatibilizar el uso de preguntas declarativas durante el contraexamen con los principios generales de litigación *de lo reciente* y *primacía*?

A través de dos técnicas se puede reemplazar la muletilla de cada pregunta a realizar en el contraexamen y seguir haciendo preguntas sugestivas. A saber, i) como se señala en el capítulo referido a las tres técnicas básicas (Capítulo VI), al construir las preguntas del contraexamen hay que tener presente que cada una de éstas debe referirse a un solo hecho y ser más que preguntas sugestivas verdaderas afirmaciones o mejor aún declaraciones y ii) a efecto de reemplazar la muletilla "*no es cierto*" el litigante podrá realizar una inflexión de voz, o un silencio en el medio de la frase que destaque la palabra final, o algún gesto, movimiento o mirada que transforme la pregunta sugestiva en declarativa.

4.5. Vuelta a la muletilla o frase de control

Si las técnicas descritas para realizar preguntas declarativas sin el uso del "*no es cierto*" hacen que quien contraexamina pierda el control del testigo o éste comience a desviarse en sus respuestas o a tomarse mucho tiempo, logrando salir del ritmo del contraexamen el abogado debe volver al uso de la muletilla, la que podrá consistir en "*no es cierto*", o otra frase como "*no es verdad que*", "*estamos de acuerdo en que*" *concordamos que...* frase que asegure el control del testigo.

La segunda ocasión en que se debe volver al uso de las muletillas es cuando el testigo se rehúsa a contestar o comienza a explicar sus respuestas. Ante esta segunda situación **inmediatamente** quien contraexamina debe volver al uso de la muletilla "*no es cierto*" o alguna fórmula similar.

En síntesis, no cabe duda que el uso de estas muletillas atenta contra los principios de la *primacía* y de *lo más reciente*, pero es igualmente cierto que el uso de fórmulas como "*no es cierto*" aseguran el control del testigo, aspecto esencial en el contraexamen.

El primer consejo es usar las muletillas al construir las frases de contraexamen. No obstante, en el curso del contraexamen se podrá abandonar las muletillas **sólo** si el testigo y el control que se ejerce sobre el mismo lo permiten. Ante la pérdida de control el abogado que realiza el contraexamen deberá volver al uso de fórmulas como el "*no es cierto*".

O C O R T T ^

j SUPREMA í

[BIBLIOTECA)

4.6. Forma de las preguntas

Muchas de las materias cubiertas en esta sección están incluidas también en el Capítulo VI, referido a las tres técnicas básicas. Aquí se tratarán las técnicas específicas para la preparación de las preguntas en el contraexamen.

Uno de los principales aspectos que debe tener presente un abogado al momento de planificar las preguntas que hará en el contraexamen, es asegurar el control del testigo. Al asegurar el control del testigo las respuestas dadas en el contraexamen serán acordes con lo que el abogado había planificado y la información que ingresará al juicio será la que el abogado estaba buscando. El máximo control del testigo se traducirá en que la totalidad de las respuestas dadas por el testigo no sólo no dañan la teoría del caso del litigante que contraexamina, sino que la fortalecen.

4.7. Características de las preguntas

Las **preguntas del contraexamen** deben ser cortas, referidas a un **solo hecho** y deben ser sugestivas o mejor aún, como ya se dijo, **declarativas**.

Es preferible no comenzar las preguntas con verbos. Los verbos siempre implican acción y dan pie para que el testigo abandone el "sí" o el "no" y comience a dar explicaciones. Sólo deben planificarse preguntas sugestivas que afirmen o propongan un hecho. **Las mejores preguntas son proposiciones o afirmaciones de un hecho con entonación de pregunta.**

Sólo deben formularse preguntas que se encuentren en alguna de las siguientes categorías: se sabe la respuesta, o se puede documentar la respuesta, o sólo una respuesta es lógica, o cualquier respuesta es útil.

Todos estos elementos deben tenerse en cuenta al momento de planificar las preguntas que se harán en el contraexamen, lo que será latamente tratado en el Capítulo VII.

5. Preparación del archivador del juicio

El CPP establece una investigación desformalizada,⁷⁰ lo que significa que la investigación realizada por el fiscal no tiene un orden preestablecido

⁰ Al respecto es interesante lo señalado por don JORGE BOFILL GENZSCH, en un Informe en Derecho encargado por la Defensoría Penal Pública, titulado "Alcance de la Obligación del

por la Ley y que la forma de los registros tampoco está señalada por ésta. Asimismo, el defensor no tiene la obligación de hacer declarar a sus testigos durante el período de la investigación fiscal, pero sí está obligado a señalar su prueba en la APJO, según lo prescrito en los artículos 263 y 259 del CPP. Todo lo anterior hace que el orden que tiene la investigación realizada por el fiscal pueda ser poco útil al momento del juicio oral.

En su declaración en el juicio oral el testigo ha cambiado la versión de los hechos que prestó en la fiscalía. El abogado defensor está realizando un excelente contraexamen para desacreditar al testigo dejando de manifiesto que el testigo ha cambiado su versión. En un momento el testigo contesta que lo señalado en el juicio oral es exactamente lo mismo que declaró ante el fiscal, pero el defensor sabe que eso no es efectivo. El abogado debe entonces comenzar el proceso para desacreditar al testigo contrastando con su declaración previa.⁷¹ Si el abogado defensor, al momento de solicitar la autorización al tribunal para hacer uso del artículo 332 del CPP, olvida en qué declaración el testigo señala lo contrario a lo que declara en el juicio oral, el proceso pierde su efectividad. SS. solicitó un tiempo para buscar la declaración que le será exhibida al testigo... Este hecho produce una mala impresión en el tribunal, el abogado no está preparado, al momento de contrastar se habrá perdido toda la tensión necesaria para que el cambio de versión del testigo quede en evidencia y sirva para restar credibilidad al testimonio del testigo. Por situaciones como la recién descrita, llevar al juicio la investigación de la fiscalía y documentos de la defensa en el mismo orden que tienen durante la etapa investigativa es un error y no tiene ninguna utilidad práctica.

Existen muchas formas de ordenar los documentos para el juicio y la que se expone a continuación es sólo una de ellas:

fiscal de registrar sus actuaciones durante la investigación. Consecuencias de su incumplimiento en las diferentes etapas del procedimiento", quien luego de señalar la obligación de la policía y Ministerio Público de registrar las diligencias que realizan hace una mención al concepto de desformalización a propósito del tema del registro señalando: "Empero, la desformalización -concepto por lo demás no definido por ley- alude a una cuestión distinta, cual es que los registros de la investigación no requieren de formalidades o ritualismos en su confección, toda vez que ellos no son constitutivos de prueba ni pueden sustituir la rendición de la misma en el juicio oral, de conformidad a los principios y normas que regulan su desarrollo. La solución correcta de este tipo de situaciones exige incorporar en la interpretación las normas de los artículos 227 y 228 CPP y su directa vinculación con el ejercicio del derecho a defensa del imputado en el proceso penal...".

⁷¹ Véase Capítulo EX, de esta obra, contraexamen para desacreditar al testigo o su testimonio.

Se disponen los documentos de la investigación, defensa y querellante en el orden fijado por el auto de apertura del juicio oral. Así, en un archivador se pueden agrupar los testigos de la fiscalía por una parte, los peritos por otra, y separadamente la evidencia. A cada copia de la declaración del testigo se le debe asignar el número del auto de apertura de juicio oral. Con los testigos, peritos y evidencia de la defensa y de la parte querellante debe hacerse de igual forma.

Al terminar esta primera etapa aparecen una gran cantidad de documentos de la investigación fiscal que no son declaraciones o peritajes, tales como oficios, informes, certificaciones, etc. Todos esos documentos se deben guardar en el mismo archivador en apartados especiales. Algunos de esos documentos son de vital importancia al momento del contraexamen, por lo que en muchos casos se deben terminar guardando en conjunto con las declaraciones del testigo que tiene relación el documento.

Como una segunda etapa y luego de perforar todas las hojas de la investigación fiscal y documentos, se agrupan todos los documentos y declaraciones de un mismo testigo. Por ejemplo, si un testigo declaró en sede policial y dicha declaración está adjuntada al parte policial debe separarse y agregarla a la declaración hecha ante el fiscal, quedando todas las declaraciones de un testigo juntas.

Una vez reunidas todas las declaraciones en que participó el testigo, en el lado izquierdo del archivador y con perforaciones al lado derecho de la hoja se ordenan éstas con cada capítulo de contraexamen, de manera tal que al abrir el archivador en un testigo determinado, al lado derecho estarán todas sus declaraciones y documentos relacionados con él y al lado izquierdo las hojas con los apuntes para el contraexamen (como se señaló, una hoja por capítulo de contraexamen). En el juicio y cuando se procede a conainterrogar deben sacarse las hojas del archivador y ponerlas encima del escritorio respetando el lado derecho para las declaraciones y otros documentos y el izquierdo para los apuntes.

Este sistema de organizar el archivador del juicio es sólo una sugerencia, cada abogado podrá crear un sistema propio. Lo que no parece conveniente es conservar los documentos en el mismo orden que tienen durante la investigación fiscal.

6. Conclusiones

Para preparar un contraexamen, el abogado debe haber decidido la teoría del caso a la luz de los hechos del caso y la ley aplicable a ellos.

Un sistema de preparación del contraexamen debe tener lectura de antecedentes, investigación de los hechos y quienes intervienen en ellos, teoría del caso, la que debe contener los hechos que no se pueden cambiar y generar un sistema que logre clasificar los antecedentes para preparar cada capítulo de contraexamen. Cada contraexamen deberá decidirse dependiendo el tipo de testigo que se interroga y objetivos buscados con ese testigo a la luz de la teoría del caso.

Capítulos de contraexamen

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Dividir los eventos en los hechos que los componen. 3. ¿Cuántos hechos debe abarcar cada capítulo? 3.1. Un hecho por capítulo. 3.2. Número de preguntas por capítulo. 4. Construcción de capítulos. 4.1. Introducción. 4.2. La búsqueda de metas para cada capítulo. 4.3. Título del capítulo. 4.4. Poner los hechos en contexto. 4.4.1. Las bases de un hecho. 4.5. Metas negativas. 4.6. Metas positivas. 4.7. Sensaciones. 5. Actitud para desarrollar un capítulo de contraexamen. 6. Creación de capítulos de contraexamen bajo los principios de *primacía* y *lo más reciente*. 7. Conclusión.

1. Introducción

Un capítulo de contraexamen es una secuencia de preguntas dirigidas a obtener un objetivo concreto: i) introducir un hecho; ii) destacar un hecho; iii) discutir un hecho, o iv) debilitar un hecho.

Cada capítulo del contraexamen debe ser hecho en el marco de la teoría del caso desarrollada en el juicio y para agregar un elemento positivo a ésta. En otras palabras **cada capítulo agrupa un conjunto de preguntas que van dirigidas a establecer un hecho, que sirve a los jueces para aceptar la teoría del caso de quien interroga.**

El trabajo está destinado a obtener una meta,⁷² que consiste en que el testigo acepte o repita una frase o palabras que son de utilidad para quien

⁷² Otros llaman punto, ver BLANCO Y OTROS, obra citada, págs. 210 y siguientes.

contraexamina. El objetivo debe ser un hecho determinado, no una idea abstracta. Es peligroso que el abogado realice el contraexamen en términos generales. En este último caso no se buscan hechos determinados, si no que se analizan temas en términos generales, y el abogado terminará conversando con el testigo quien no responderá las preguntas particulares del contraexaminador. Esta no es una técnica adecuada.

En síntesis, el desafío de cada capítulo de contraexamen es obtener hechos puntuales de cada testigo, que sirvan a la teoría del caso del abogado que interroga.

Una advertencia final: uno de los errores más comunes durante un con-trainterrogatorio es que muchos abogados solo repiten el examen directo. Lo anterior es muy negativo, ya que normalmente la historia del testigo de la otra parte es la versión contraria a nuestra historia. De la lectura de los antecedentes y declaraciones de los testigos normalmente solo serán útiles un par de frases o extractos de la declaración, los que podrán ser utilizados en la preparación del contraexamen, en otros casos nada de lo señalado por el testigo será usado en el con-trainterrogatorio, como puede ser el caso de aquel que se dirige a demostrar la parcialidad de un testigo.

2. Dividir los eventos en los hechos que los componen

Como se vio en el capítulo anterior, para crear un capítulo de contraexamen debemos dividir los sucesos en los hechos que los componen y luego esos hechos deben ser individualizados hasta sus mínimos detalles. Todos los casos están compuestos de un conjunto de eventos formados por los hechos que en conjunto forman el caso. Para identificar qué sucesos del caso son útiles para nuestro trabajo, se debe dividir éste en pequeñas partes. Los acontecimientos que son útiles para nuestra teoría del caso, serán las metas de cada capítulo de contraexamen.⁷³

Supongamos que en una defensa criminal existe una confesión del imputado, quien alega inocencia. El suceso de la confesión es un hecho negativo para el abogado. En este contexto es necesario que la defensa explique al tribunal la

⁷³ Estas metas son las que aparecen en el proceso de lluvia de ideas que se debe realizar para cada contraexamen en particular.

falta de validez de la confesión del imputado para solicitar que no sea tomada en cuenta al momento de decidir el juicio. Lo anterior se logra descubriendo y luego exponiendo los hechos que le restan validez a la confesión.

En este caso, la confesión se divide en los hechos que la componen y luego en sus detalles, tales como: que el imputado no sabía leer, que fue presionado a declarar; que nunca se le leyeron sus derechos, que al momento de la confesión no estaba presente su abogado defensor,⁷⁴ que no se le informó con claridad la imputación que existía en su contra de acuerdo al artículo 194 del CPP.⁷⁵ Luego del análisis de estos hechos surgen actos positivos a la teoría del caso que fundamentan la solicitud del defensor respecto a la confesión. Los hechos antes descritos deberán ser materia de varios capítulos de contraexamen para representar al tribunal que la declaración del imputado fue obtenida bajo presión, es ilegal, es falsa y no debe ser tomada en cuenta para fundar la sentencia.

3. ¿Cuántos hechos debe abarcar cada capítulo?

3.1. Un hecho por capítulo

Cada evento puede tener varios hechos de importancia para la teoría del caso, cada uno de los hechos de importancia en un evento deberá ser tratado en un capítulo independiente de contraexamen.

⁷⁴ Ver artículo 131 del CPP, obligación de notificar al defensor.

⁷⁵ La Ilustrísima Corte de Apelaciones de Talca en sentencias de 16 de diciembre de 2003, Rol 1.186 y 15 de diciembre de 2003, Rol 1.191, ambas publicadas en la *Revista Proceso Penal* N° 18 del mes de febrero de 2004, de la Editorial LexisNexis, rechazan los recursos de apelación interpuestos por el Ministerio Público que pretendían revocar las resoluciones de los jueces de Garantía que habían excluido como prueba para rendirse en juicio oral, las declaraciones de testigos de oídas de lo declarado por el imputado en atención a que en la investigación fiscal no existía constancia del cumplimiento de lo prescrito en el artículo 194 del CPP, el primero de los fallos citados señala: "4° Que no consta, en dicho acto, que se hubiera dado cumplimiento a la comunicación que, sobre el particular, exige el precepto legal citado en el razonamiento 2°) (artículo 194 del Código Procesal Penal), en virtud de lo cual es evidente la falta de un presupuesto esencial para la validez del mismo. 5° Que la aludida formalidad no se suple con la simple lectura de los derechos que le confiere el artículo 193, del referido Código, todavez que el artículo 194 del mismo texto obliga al fiscal a hacer la comunicación en los términos precisos y concretos que indica". Como se señaló, el fallo confirma la resolución apelada. El paréntesis es nuestro.

Siempre será un problema decidir en cuántos capítulos dividir los hechos de un evento. ¿Se deben realizar dos breves capítulos separando los hechos?, o ¿es mejor crear un solo capítulo que abarque varios hechos? En general y por claridad, es recomendable hacer **un capítulo por cada hecho de importancia** para que el juzgador tenga absoluta claridad acerca de la información que se está introduciendo al juicio.

Jamás se deben incluir todos los hechos de un evento determinado, en un solo capítulo de contraexamen, porque eso nos lleva a la confusión.

3.2. Número de preguntas por capítulo

Otra dificultad que se presenta al momento de planificar un capítulo de contraexamen, es decidir el número de preguntas que se deberán realizar. Al momento de tomar la decisión acerca de la cantidad de preguntas se debe considerar al menos tres conceptos, i) en algunos casos es necesario realizar varias preguntas con el objeto de *crear las bases* para obtener la meta del capítulo; ii) en otros casos es necesario realizar gran cantidad de preguntas para intentar situar la información en un *contexto* determinado, y iii) en nuestros juicios, que se realizan ante jueces y no ante jurados, en muchos casos se requiere que el abogado **vaya de manera más directa al hecho discutido**.

El primer concepto es tratado en el capítulo de las tres reglas básicas (Capítulo VI). En esta parte sólo diremos que muchas veces para lograr una meta, es esencial que las primeras preguntas comprometan al testigo con las respuestas siguientes, y con la meta del capítulo de contraexamen. Estas preguntas preliminares cierran las vías de escape para aquellos testigos que no querrán aceptar la meta de quien contraexamina. Así por ejemplo, si un testigo señala que cuando ocurrieron los hechos estaba de día, que él estaba sobrio, que tiene buena vista y se encontraba situado en un paradero de buses sin nada que le impidiera ver la calle, deberá aceptar que pudo ver el accidente que sucedió justo al frente. Las preguntas preliminares habrán servido entonces para crear las bases de la meta buscada.

El segundo concepto es tratado en este capítulo en el acápite referido a poner los hechos en contexto.

Sobre el tercer concepto Thomas A. Mauet,⁷⁶ refiriéndose a los juicios que se realizan ante jueces y no jurados en EE.UU., señala que éstos en con-

⁶ THOMAS A. MAUET, en *Trial Techniques*, obra citada, en su Capítulo XII acerca de

traposición a los jurados **requieren que los intervinientes vayan más directamente al punto**. Lo anterior no significa que con una sola pregunta se logre el objetivo del contraexamen, **ya que en muchos** casos para graficar la meta del capítulo **es necesario realizar varias preguntas**, pero sí se debe tener en cuenta al momento de decidir el número de éstas que a algunos jueces no les gustan los contraexámenes demasiado extensos, lo que deberá ser evaluado por el abogado litigante.⁷⁷

4. Construcción de capítulos

4.1. Introducción

Al construir un capítulo de contraexamen, **debemos pensar en una pirámide invertida**, poniendo en la **parte inferior de ésta la meta del capítulo**, en la parte superior debemos poner el título de la serie de preguntas — *'ahora hablaremos del reconocimiento'*—, que servirá para que los jueces conozcan el tema que será tratado. Luego del título, debemos iniciar la serie de preguntas, desde lo general a lo específico, lo que nos llevará a la meta del capítulo.

4.2. La búsqueda de metas para cada capítulo

Para comenzar a construir capítulos debemos buscar entre los antecedentes, la ley, la evidencia, los testigos, el sitio del suceso, el proceso de lluvia

Bench Triáis, juicios ante Jueces, pág. 552, se refiere a las diferencias entre el contraexamen ante un juez en contraposición a los juicios de jurados. Sobre el último concepto Thomas A. Mauet, señala que los jueces en contraposición a los jurados requieren que los intervinientes vayan más directamente al punto. El ejemplo citado por este autor es que si se quiere demostrar que el testigo tiene alguna falta de imparcialidad se le muestre al juez señalando los hechos en que se funda ese interés del testigo ¿Usted debe al imputado \$ 100.000, desde hace 6 meses, no es cierto? Lo anterior no significa que con una sola pregunta se logre desacreditar al testigo, en el caso propuesto deberá vincularse el hecho que el testigo adeuda dinero en favor de quien está declarando, con el hecho que el testigo omite, cambie o mienta respecto a un hecho determinado.

⁷⁷ Otra recomendación general en litigación es conocer al juez. Esto es lograr comprender que se debe persuadir de la teoría del caso al juez y al efecto quien pretende persuadirlo debe conocerlo, para poder planificar una estrategia que logre convencer al juez de lo solicitado. Ver MAUET, *Triáis strategy, skills, and the power of persuasion*, obra citada, Cap. XI 11.3, KnowThe Judge, pág. 566.

de ideas y la lógica, un hecho que sea útil para nuestra teoría del caso teniendo siempre en cuenta el objetivo del contraexamen para el testigo.

Si el objetivo es desacreditar a un policía, es muy probable que el trabajo del abogado se oriente a que el policía admita tareas o diligencias que no realizó durante la investigación. La meta en el caso propuesto no estará en los antecedentes de la investigación ni en los antecedentes propios, y tendrá su fundamento en la ley o en las obligaciones del investigador.⁷⁸ Lo más común es que los hechos estén en la evidencia de los intervinientes o en la del fiscal. La meta de un capítulo determinado puede ser una frase o una palabra declarada por el testigo o contenida en su informe.

Volvamos al ejemplo de un caso de reconocimiento, luego de identificar a su atacante en la foto, la víctima declara "*...en realidad no daría mi vida para asegurar que él es el autor*", esa frase será el objetivo de un capítulo de contraexamen, y constituirá el final de la serie de preguntas que se le harán a la víctima para que reconozca la meta del capítulo.

Sr. X vamos a hablar del segundo reconocimiento al que usted fue citado:

ABOGADO: ¿El 15 de mayo de 2004 habían pasado 10 días desde el robo?

Testigo: Sí.

ABOGADO: ¿Ese día usted recibió una llamada?

Testigo: Sí.

ABOGADO: ¿Era de Investigaciones?

Testigo: Sí.

ABOGADO: ¿Al fin la policía estaba haciendo su trabajo?

Testigo: No se a qué se refiere.

⁷⁸ Es usual ver en nuestros juicios contraexámenes de policías donde la defensa solo intenta establecer lo que la policía no hizo, cuestión que para nuestros jueces no tiene mayor importancia en algunos casos. Este tipo de contraexámenes debe ser hecho con un objetivo claro; ya sea, i) para desacreditar al policía en su credibilidad, o ii) poner de manifiesto que la prueba presentada por el acusador es insuficiente para fundar una condena en el marco legal que nos rige. Lo grave es que en muchos casos esos contraexámenes no tienen una buena razón y los jueces terminarán criticando la labor del abogado defensor. Por lo anterior es necesario recordar que un contraexamen debe ser realizado en función de la teoría del caso, y no como un ejercicio aislado. El tema de los contraexámenes que no tiene relación con las teorías del caso expuestas es especialmente sensible en nuestro sistema que tiene jueces profesionales. Para ser justos, cabe señalar que en muchos juicios, los hechos disputados son pocos, ya que en nuestro sistema algunos juicios se producen por la imposibilidad de terminar las causas por otras vías atendidas las limitaciones de la ley para las suspensiones condicionales, los acuerdos reparatorios y los procedimientos abreviados.

ABOGADO: ¿La llamaron porque la necesitaban en la unidad nuevamente?

Testigo: Sí.

ABOGADO: ¿Le contaron de la investigación?

Testigo: Bueno, sí conversamos acerca de lo que habían hecho.

ABOGADO: ¿Le dijeron que le mostrarían unas fotos?

Testigo: Sí.

ABOGADO: ¿Una diligencia importante?

Testigo: Sí.

ABOGADO: ¿Le mostraron 5 fotos?

Testigo: Sí.

ABOGADO: ¿Luego de a lo menos 2 minutos usted reconoció a mi representado?

Testigo: Sí.

ABOGADO: ¿El oficial le preguntó por su grado de seguridad?

Testigo: Sí.

ABOGADO: ¿Usted le dijo *en realidad no daría mi vida para asegurar que él es el autor?*

Testigo: Sí.

ABOGADO: ¿ESO fue lo que usted contestó a la pregunta del grado de seguridad con que reconocía a mi representado?

Testigo: Sí.

ABOGADO: ¿Que no daría su vida para asegurar que mi representado era el autor?

Testigo: Sí.

Para obtener las metas de contraexamen debemos aislar *la frase o frases* que constituirán la meta del capítulo de contraexamen desde la declaración, el texto o la ley, para luego planificar las preguntas que nos lleven a esa meta. Debemos ir desde lo más general a lo más específico, usar la lógica y no repetir el examen directo, ya que esto ultimo provocará que los jueces no escuchen el contraexamen.

4.3. Título del capítulo

Cada capítulo debe comenzar con un título o pregunta que indique el tema que tratará el contraexamen, como se señala en el Capítulo VI, *Tres técnicas básicas*, en el acápite *de lo general a lo específico*.

El objetivo de los títulos es anunciar al juez el contenido del capítulo, y sirve además para ordenar los bloques de argumentos que se usarán en la apertura y en el alegato de clausura.

Si la cónyuge del imputado fue presentada como testigo de coartada el fiscal podrá señalar en su alegato de apertura y clausura la "*imparcialidad de la testigo de coartada*" o ¿La testigo de coartada tiene interés en el resultado de este juicio?

La defensa en el alegato de apertura podrá usar el título usado en el capítulo de contraexamen "*vamos a hablar del reconocimiento hecho 10 días después de los acontecimientos*" y bajo él los hechos que terminen con la misma frase señalada por el testigo, para advertir al tribunal de la falta de seguridad de la víctima en su reconocimiento. "SS. La víctima 10 días después de sufrido el incidente concurrió al cuartel policía a reconocer entre los registros policiales al autor. El oficial a cargo lo recibió señalando lo importante que era esta diligencia, que debería tratar de reconocer a alguien. La víctima está nerviosa, pensaba que aún su atacante podía andar en la calle, estaba ansiosa, sintió un grado de molestia porque la policía aún no hacía nada. Comenzó a ver fotos... Luego de reconocerlo señaló *en realidad no daría mi vida para asegurar que él es el autor*, ya era tarde, el oficial sonrió y le señaló buen trabajo". Luego se puede pasar a otro bloque de argumentos con otro título.

Por último, el hecho de comenzar con un título o que entre las primeras preguntas del capítulo se indique el tema, jamás deberá ser útil para que el testigo se predisponga en forma negativa al contraexamen y termine siendo hostil a quien lo contraexamina. Esta situación es especialmente peligrosa en el caso de los testigos profesionales.⁷⁹ Así por ejemplo, si el defensor le dice a un policía que "*...vamos a hablar de los errores del procedimiento investigativo*" el contraexaminado inmediatamente intentará eludir todas las preguntas y discutir cualquier hecho o pregunta con el abogado, lo que hará imposible que sea contrainterrogado. Al policía se le puede decir "*...Usted era el policía a cargo de la investigación, de eso vamos a hablar, de la investigación*".

⁷⁹ Entendiendo por aquellos los que regularmente testifican en juicio, como un policía o perito.

4.4. Poner los hechos en contexto

4.4.1. LAS BASES DE UN HECHO. En la construcción de capítulos de contraexamen deben establecerse todos los hechos que nos llevan a la meta, que debe estar fundada en una cantidad de detalles y hechos que conviertan el objetivo o meta en un hecho que no admita dudas cuando los jueces tomen su decisión.

Volvamos al caso de un accidente de tránsito en que existen dudas sobre cuál vehículo pasó con luz roja. La parte querellante lleva un testigo que señala haber visto el accidente y qué vehículo pasó con luz roja. La defensa sabe que al momento del accidente el testigo de la parte querellante estaba comprando en la farmacia y es imposible que haya visto el accidente. Es esencial que quien realice el contraexamen logre acreditar que el testigo no pudo ver el accidente.

ABOGADO: ¿Usted al momento del accidente estaba en la farmacia X?

Testigo: Sí.

ABOGADO: ¿Usted estaba comprando en esa farmacia?

Testigo: Sí.

ABOGADO: ¿Cuando sintió el ruido usted estaba en la caja, no es cierto?

Testigo: Sí.

ABOGADO: ¿Justo pagando al cajero?

Testigo: Sí.

ABOGADO: ¿La farmacia tiene una sola vía de ingreso a la calle?

Testigo: Sí.

ABOGADO: ¿La caja está al fondo del local?

Testigo: Sí.

ABOGADO: ¿Aproximadamente a 15 pasos de la puerta de ingreso?

Testigo: Sí.

ABOGADO: SS. La defensa solicita autorización para exhibir la evidencia signada con el N° 5 del auto de apertura de la defensa ya incorporada al juicio consistente en plano de la farmacia X.

TRIBUNAL: Srs. Querellante y Fiscalía.

QUERELLANTE Y FISCALÍA: Nada que decir SS.

ABOGADO: Sra. testigo le voy a exhibir un plano de la farmacia.

ABOGADO: ¿Sra. testigo la caja está en ese lugar del plano, no es cierto?

Testigo: Sí.

ABOGADO: ¿Para pagar usted debe estar de espalda a la entrada, no es cierto?

Testigo: Sí.

ABOGADO: ¿Las murallas laterales de la caja no tienen ventanas que den al exterior?

Testigo: No.

ABOGADO: ¿De espaldas no se puede ver el exterior, no es cierto?

Testigo: No.

ABOGADO: ¿Para ver el exterior debe salir de la farmacia?

Testigo: Sí.

ABOGADO: ¿LOS semáforos se pueden ver al doblar por la esquina de la farmacia?

Testigo: Sí.

ABOGADO: ¿Para salir desde la farmacia y ver los semáforos debemos dar unos 7 pasos, no es cierto?

Testigo: Sí.

ABOGADO: ¿Más los 15 pasos desde la caja a la puerta de la farmacia, no es cierto?

Testigo: Sí.

ABOGADO: ¿Usted ya nos dijo que ese día la farmacia estaba llena de gente?

Testigo: Sí.

ABOGADO: ¿Gente a su espalda cuando usted estaba pagando en la caja?

Testigo: Sí.

ABOGADO: ¿Para salir usted debió terminar de pagar?

Testigo: Sí.

ABOGADO: ¿Recibir el vuelto?

Testigo: Sí.

ABOGADO: ¿Cerrar su cartera?

Testigo: Sí.

ABOGADO: ¿Darse vuelta?

Testigo: Sí.

ABOGADO: ¿Tomar a su hijo?

Testigo: Sí.

ABOGADO: ¿SU hijo tiene 7 años?

Testigo: Sí.

ABOGADO: ¿Debe preocuparse de él?

Testigo: Sí.

ABOGADO: ¿Sobre todo en lugares donde hay mucha gente?

Testigo: Sí.

ABOGADO: ¿Ese día lo tomó del brazo?

Testigo: Sí.

ABOGADO: ¿Se dio vuelta?

Testigo: Sí.

ABOGADO: ¿Caminó entre la gente?

Testigo: Sí.

ABOGADO: ¿Caminó los 15 pasos hacia el exterior de la farmacia?

Testigo: Sí.

ABOGADO: ¿Llegó al exterior?

Testigo: Sí.

ABOGADO: ¿Y luego dobló la esquina para ver los semáforos?

Testigo: Sí

ABOGADO: ¿Todo con su hijo menor de 7 años de la mano?

Testigo: Sí.

ABOGADO: ¿Usted no corrió al exterior, no es cierto?

Testigo: No.

ABOGADO: ¿NO saltó entre la gente para salir más rápido?

Testigo: No.

ABOGADO: ¿Antes de comenzar a pagar usted escuchó el ruido del accidente, no es cierto?

Testigo: Sí.

ABOGADO: ¿Antes de cerrar la cartera, no es cierto?

Testigo: Sí.

ABOGADO: ¿Antes de llegar al exterior de la farmacia?

Testigo: Sí.

Si se pregunta únicamente si estaba pagando en la farmacia, y no se establece todo lo que la testigo tuvo que hacer para salir de la farmacia, es posible que el hecho que no haya podido ver el accidente pase a ser un hecho dudado al momento que los jueces tomen su decisión de absolución o condena. Con la serie de preguntas que establecen todo lo que la testigo tuvo que hacer antes de salir de la farmacia, queda en evidencia que es imposible que la testigo haya alcanzado a ver el semáforo y determinar cuál vehículo fue el causante del accidente, esas preguntas constituyen las bases de la meta del capítulo de contraexamen.

4.5. Metas negativas

Ya se dijo que muchas veces la meta para cada capítulo de contraexamen no está en la declaración o documento y en otros casos está, pero la meta que se debe obtener en el capítulo de contraexamen debe ser lo contrario a lo que está en el documento o declaración.

Todos los casos tienen hechos favorables y desfavorables, hechos que se deben destacar y hechos que no se deben destacar. Los hechos favorables deben ser reiterados por la parte a que le son favorables y los hechos desfavorables no pueden ser destacados por aquel a quien le son perjudiciales.

Las metas negativas son aquellas metas que demuestran al juzgador lo que faltó acerca del hecho que está en los antecedentes. Esta meta negativa, como todo el contraexamen, debe estar ligada a la teoría del caso de quien contraexamina.

Un ejemplo ilustra mejor el concepto. En un caso de robo con violencia en una calle de noche, en que dos víctimas se entrevistan con carabineros escasos minutos después que fueron atacadas por 5 asaltantes, las víctimas señalan a los carabineros que los asaltantes huyeron en una determinada dirección. Entre los antecedentes del fiscal solo se consigna que las víctimas les dijeron a carabineros que un asaltante usaba un chaleco gris, el otro azul y asimismo la declaración consigna que solo señalaron *características generales*, sin indicar cuáles. El contraexamen de la defensa al carabinero deberá graficar todo lo que no le describió la víctima a carabineros, sin señalar lo que sí le describió.

PREGUNTA: ¿Sr. carabinero, usted se entrevistó con las víctimas?

Respuesta. Sí.

PREGUNTA: ¿Unos 5 minutos después del asalto?

Respuesta. Sí.

PREGUNTA: ¿Antes de ir a buscar a los imputados?

Respuesta. Sí.

PREGUNTA: ¿En ese momento no preguntó si eran altos?

Respuesta. No.

PREGUNTA: ¿Bajos?

Respuesta. No

PREGUNTA: ¿Tez clara?

Respuesta. No.

PREGUNTA: ¿Oscura?

Respuesta: No.

PREGUNTA: ¿Si tenían tatuajes?

Respuesta: No.

PREGUNTA: ¿Si usaban gorro?

Respuesta: No.

PREGUNTA: ¿Tipo de pantalón?

Respuesta: No.

PREGUNTA: ¿Si usaban zapatillas?

Respuesta: No.

PREGUNTA: ¿Zapatos?

Respuesta: No.

PREGUNTA: ¿Alguna cicatriz?

Respuesta: No.

PREGUNTA: ¿Y luego de la conversación con las víctimas fue a buscar a los autores?

Respuesta: Sí.

Otra última pregunta podría ser: ¿Sin ninguna de esas características fue en busca de los asaltantes? Esta última pregunta por no ser ni sugestiva ni declarativa corre el riesgo de ser contestada, señalando con las características que sí fueron los carabineros, lo que sería perjudicial para quien contraexamina.

En el ejemplo la meta debe ser un hecho contrario a lo consignado en la declaración, toda vez que aún cuando sea muy pobre la descripción de las víctimas, si quien contrainterroga realiza preguntas tales como:

PREGUNTA: ¿Sr. carabinero, usted conversó con las víctimas antes de la detención de mis representados?

Respuesta: Sí.

PREGUNTA: ¿Acerca de las características de los asaltantes?

Respuesta: Sí.

PREGUNTA: ¿Solo le dijeron chaleco gris?

Respuesta: Sí.

PREGUNTA: ¿Chaleco azul?

Respuesta: Sí.

PREGUNTA: ¿Características generales?

Respuesta: Sí.

PREGUNTA: ¿Solo con eso detuvo a mis representados?

Respuesta: Sí.

Lo que se logra con esta última secuencia no es disminuir la importancia de las características dadas por la víctima si no que destacarla.

Entonces en muchos casos para expresar una idea determinada deben buscarse metas contrarias a lo consignado en la declaración o documento.

4.6. Metas positivas

Con el mismo ejemplo tratado el fiscal podrá construir una meta positiva. Se debe agregar que los imputados fueron detenidos cerca del lugar sin escapar, uno de ellos llevaba un polerón azul y el otro un chaleco asimilable al gris. Ambos imputados alegaban venir saliendo de una fiesta y no escaparon ante la presencia policial.

PREGUNTA: ¿Sr. carabinero, luego que conversó con las víctimas salió en busca de los autores?

Respuesta: Sí.

PREGUNTA: ¿Buscó en un lugar aledaño?

Respuesta: Sí.

PREGUNTA: ¿Los detenidos estaban ahí?

Respuesta: Sí.

PREGUNTA: ¿El lugar era un lugar grande?

Respuesta: Sí.

PREGUNTA: ¿De un par de cuadras?

Respuesta: Sí.

PREGUNTA: ¿LO revisaron entero?

Respuesta: Sí.

PREGUNTA: ¿LOS imputados eran los únicos que estaban ahí?

Respuesta: Sí.

PREGUNTA: ¿Uno con un polerón azul?

Respuesta: Sí.

PREGUNTA: ¿El otro con algo gris?

Respuesta: Sí.

PREGUNTA: ¿Cómo nos dijo que no había nadie más ahí?

Respuesta: No.

Usando la misma descripción, si se reviste de hechos positivos esta "pobre descripción" se hace más importante y destacada.⁸⁰ v

4.7. Sensaciones

En algunos casos no basta que se establezca la información o meta del capítulo de contraexamen, sino que se debe crear un sentimiento en los jueces sobre un hecho determinado o sobre un testigo determinado, que lleve a aceptar la teoría del caso de quien la expone. Esta circunstancia debe estar presente al momento de construir un capítulo de contraexamen.

Supongamos que la testigo que declara en favor del imputado es su cónyuge, que vive con el imputado y depende económicamente del mismo. Para el fiscal será fácil obtener la respuesta de que la testigo es cónyuge del imputado.

PREGUNTA: ¿Sra. Juana, usted es la cónyuge del imputado?

Respuesta- Sí.

PREGUNTA: ¿El trabaja?

Respuesta: Sí.

PREGUNTA: ¿El alimenta a su familia?

Respuesta: Sí.

PREGUNTA: ¿Usted no quiere que quede preso, no es cierto?

Respuesta: No.

A través de la secuencia anterior no se logra el objetivo del fiscal o querellante que es que los jueces desestimen los dichos de la testigo por ser parcial. La secuencia anterior es insuficiente para graficar al tribunal todos los intereses que este testigo tiene respecto al acusado y que la transforman en una testigo parcial y con interés en los resultados del juicio.

Para lo anterior es necesario dividir los hechos que demuestran el interés del testigo en varios capítulos de contraexamen, tales como:

⁸⁰ Se debe tener presente que en nuestro sistema no está permitido el uso de preguntas sugestivas en el examen directo y el ejemplo anterior es solo para graficar lo expresado en este acápite, sin ser posible en un juicio en atención a lo prescrito en el artículo 330 del CPP este tipo de preguntas en el examen directo.

- Desastre económico.
- Afectación de los hijos por privación de libertad.
- Vida de pareja.

TITULO DEL CAPÍTULO:

Vamos a hablar del sustento económico de su familia.

PREGUNTA: ¿Sra. X usted vive en Lincoyán 320?

Respuesta: Sí.

PREGUNTA: ¿Esa casa, usted con su marido, la arriendan?

Respuesta: Sí.

PREGUNTA: ¿El monto del arriendo es de \$ 70.000, no es cierto?

Respuesta: Sí.

PREGUNTA: ¿Deben pagarlo mensualmente antes del 5 de cada mes?

Respuesta: Sí.

PREGUNTA: ¿LOS últimos meses se habían atrasado? *{Pregunta relativa, da Imposibilidad que el testigo se escape, porque la expresión últimos meses es relativa.}*

Respuesta: No, no los últimos meses.

PREGUNTA: Sr. X ¿el último mes se atrasó en el pago, no es cierto?

Respuesta: Sí.

PREGUNTA: ¿El penúltimo mes también se atrasó en el pago?

Respuesta: Sí.

PREGUNTA: ¿Usted, además del arriendo, debe pagar la cuenta del agua?

Respuesta: Sí.

PREGUNTA: ¿Asimismo la cuenta de la luz?

Respuesta: Sí.

PREGUNTA: ¿La del teléfono?

Respuesta: Sí.

PREGUNTA: ¿SU familia está compuesta por dos personas más?

Respuesta: Sí, tenemos dos hijos.

PREGUNTA: ¿Deben comprar comida?

Respuesta: Sí.

PREGUNTA: ¿Comprar ropa a los niños?

Respuesta: Sí.

PREGUNTA: ¿SU marido trabaja, no es cierto?

Respuesta: Sí.

PREGUNTA: ¿El gana aproximadamente \$ 200.000 mensuales?

Respuesta: Sí.

PREGUNTA: ¿Usted no trabaja?

Respuesta: No, no trabajo.

PREGUNTA: ¿SU familia no es de esta ciudad?

Respuesta: No.

PREGUNTA: ¿La familia de su marido no es de esta ciudad?

Respuesta: No.

PREGUNTA: ¿Solo con el dinero que gana su marido se pagan las cuentas?

Respuesta: Sí.

PREGUNTA: ¿Usted lo único que quiere es que lo dejen trabajar?

Respuesta: Sí.

PREGUNTA: ¿Para mantener a su familia?

Respuesta: Sí, es lo que corresponde.

PREGUNTA: ¿El le ha dicho que cuando esto termine va a trabajar para mantener a sus hijos? *(Esta pregunta solo puede hacerse si existe un respaldo, si no es así se dejará hasta la pregunta anterior.)*

Respuesta: Yo sé que si él sale, va a volver al trabajo y todo va a cambiar.

Luego se podrá dirigir todo un capítulo destinado a demostrar que el hecho de que el acusado quede privado de libertad afectará su vida de pareja y otro para demostrar que afectará a los hijos. Al final de todos los capítulos, los jueces sabrán que el cónyuge tiene demasiado interés en el resultado del juicio.

En muchos casos, cada capítulo de contraexamen tiene un segundo propósito, tanto o más importante que establecer un hecho o meta, y consiste en crear una emoción o sentimiento en los jueces, para contextualizar el hecho que se establece en el capítulo de contraexamen, explicando por qué la información entregada por el testigo no debe ser aceptada.

5. Actitud para desarrollar un capítulo de contraexamen

Al momento de preparar los capítulos, debemos decidir qué actitud vamos a adoptar durante el interrogatorio. **La regla general de quien contraexamina es el respeto hacia el testigo**, sin embargo existen diversas situaciones que deben ser analizadas.

f c o T í T
J S U P R E M A

No es lo mismo interrogar a una víctima de un delito de violación que a un policía o a un perito. Los factores para determinar la actitud para interrogar a un testigo, víctima, imputado o perito, dicen relación con el objetivo perseguido por el contraexamen. Si el objetivo del contraexamen es demostrar interés, parcialidad o que el testigo falsea la realidad, quien interroga puede usar un tono más agresivo que al interrogar a un testigo imparcial.

En general, el abogado que contrainterroga debe generar una actitud de seguridad en su trabajo frente a los jueces, y sólo puede tener un tono levemente agresivo para casos muy especiales en que el testigo esté faltando a la verdad y ello sea evidente. En este sentido el abogado que provoca una situación tensa en la sala de audiencias, debe tener el "permiso" del tribunal para ser levemente agresivo con el testigo. Una actitud igualmente agresiva con todos los testigos, además de ser impertinente a las reglas de un juicio oral y al comportamiento en audiencia, puede generar una actitud de solidaridad del tribunal con el testigo, lo que será contraproducente para quien interroga.

Por último, jamás el abogado debe dejar de hacer su trabajo por la condición del testigo. Aun cuando éste haya sufrido el más terrible de los delitos, en el juicio oral deberá declarar y someterse a las preguntas del contraexamen, el que debe realizarse con el respeto que corresponda, equivalente al que debe observar el testigo con el abogado que le contrainterroga.⁸¹

6. Creación de capítulos de contraexamen bajo los principios de *primacía* y *lo más reciente*

Ya se explicó el significado de los conceptos de *primacía* y *lo más reciente*, entendiéndose por una parte que lo primero que se escucha es más difícil de olvidar y produce un impacto mayor que lo que se escucha con posterioridad, y por otra parte, lo último que se escucha será recordado con mayor facilidad.

Ambos conceptos pueden ser aplicados al momento de planificar un capítulo de contraexamen. Cada capítulo deberá comenzar con algo importante y terminar con algo importante y pertinente.

El concepto de *primacía* se debe aplicar al primer momento de atención de cada etapa o subetapa del juicio. El uso del silencio, de los movimientos,

⁸¹ Ver arts. 293, 298 y 329 del CPP.

la revisión de notas u otros movimientos de quien contraexamina, serán de utilidad para dividir las subetapas de un juicio.

Volvamos al ejemplo tratado en el Capítulo III, acápite 2.3.2, en que la defensa de uno de los tres imputados no discute que su cliente hubiera estado en el lugar del homicidio, si no que sostiene que los otros dos imputados son los autores y que su cliente no había participado en la persecución, que había finalizado con la muerte de la víctima. El siguiente ejemplo emana del interrogatorio del policía investigador cuestionado por la defensa en atención a la insuficiente investigación en relación a la participación de los imputados.

PREGUNTA: ¿Para probar quién participó en un homicidio se deben traer pruebas, no es cierto? *(Lo que se intenta establecer como hecho es que la evidencia es lo que debe buscar el policía, no importando sus opiniones personales. Esta pregunta es pertinente para los elementos discutidos en el juicio.)*

Respuesta: Sí.

PREGUNTA: ¿Usted llegó al sitio del suceso sólo 1 hora después que le avisaron de la unidad? *(El título del capítulo puede ser "el sitio del suceso".)*

Respuesta: Sí.

PREGUNTA: ¿Cuando usted llegó, Carabineros había acordonado el sitio del suceso?

Respuesta: Sí.

PREGUNTA: ¿El sitio del suceso era abierto?

Respuesta: Sí.

PREGUNTA: ¿El sitio del suceso era aproximadamente de una cuadra de cien por cien metros?

Respuesta: Sí.

PREGUNTA: ¿Ubicado en un predio agrícola?

Respuesta: Sí.

PREGUNTA: ¿En ese espacio no existen plantaciones?

Respuesta: No.

PREGUNTA: ¿En ese espacio hay solo tierra?

Respuesta: Sí.

PREGUNTA: ¿En criminalística, a usted le enseñan que cuando dos cuerpos chocan existe intercambio de materiales, no es cierto?

Respuesta: Sí.

PREGUNTA: ¿ESO dicen sus colegas los peritos de huellas?

Respuesta: Sí.

PREGUNTA: ¿Cuando usted llegó al sitio del suceso los testigos señalaron que la víctima había estado tomando con tres personas más?

Respuesta: Sí.

PREGUNTA: ¿Habían estado tomando bajo un parrón?

Respuesta: Sí.

PREGUNTA: ¿El cuerpo estaba en una acequia?

Respuesta: Sí.

PREGUNTA: ¿Como a 80 metros del parrón? *(Pregunta relativa, que debe estar respaldada por un antecedente que el testigo conozca.)*

Respuesta: Sí.

PREGUNTA: ¿A usted le dijeron que los sospechosos eran obreros?

Respuesta: Sí.

PREGUNTA: ¿Le describieron que usaban zapatos de obrero?

Respuesta: Sí.

PREGUNTA: ¿Le describieron que uno era guatón y chico?

Respuesta: Sí.

PREGUNTA: ¿Otro delgado y alto?

Respuesta: Sí.

PREGUNTA: ¿Otro de mediana estatura?

Respuesta: Sí.

PREGUNTA: ¿Usted nos ha dicho que entre el parrón y el cadáver se encontraron huellas?

Respuesta: Sí.

PREGUNTA: ¿Usted nos ha dicho que esas huellas pertenecían a diferentes personas?

Respuesta: Sí.

PREGUNTA: ¿Usted no ordenó levantar esas huellas?

Respuesta: No.

PREGUNTA: ¿Usted no ordenó fotografiar esas huellas?

Respuesta: No.

PREGUNTA: ¿Usted tenía un fotógrafo en el equipo?

Respuesta: Sí.

PREGUNTA: ¿En la unidad existe un perito de huellas?

Respuesta: Sí.

PREGUNTA: ¿Usted estaba a cargo de la unidad esa noche?

Respuesta: Sí.

PREGUNTA: ¿Usted sabía que los sospechosos eran varios?

Respuesta: Sí.

PREGUNTA: En las conclusiones de su informe, ¿usted establece que la participación de los imputados se puede establecer por las heridas que presentaba el cadáver, no es cierto?

Respuesta: Sí.

PREGUNTA: ¿Lo que según usted se ratifica por su experiencia?

Respuesta: Sí.

PREGUNTA: ¿Su experiencia no es evidencia, no es cierto?

Respuesta: No.

Al comenzar el capítulo de contraexamen, debemos hacerlo con una pregunta que despierte interés en escuchar. Al terminar, debemos tener una meta que sea relevante para nuestra teoría del caso, para mantener a la audiencia en un punto alto. En el ejemplo tratado, se comienza señalando que para probar un homicidio es necesario tener pruebas y se termina de igual forma, respetando el principio de la *primacía y lo más reciente*.

En el Capítulo VIII, de secuencia del contraexamen, volveremos sobre los conceptos de *primacía y lo más reciente*, para determinar el orden más persuasivo en que se preguntarán los capítulos del contraexamen.

7. Conclusión

Cada **capítulo de contraexamen** debe establecer **un hecho** por capítulo. Cada **capítulo** debe planificarse desde **lo general a lo específico** y cada **meta de un capítulo** de contraexamen debe estar constituida por **un solo hecho**. De existir más de un hecho, deben realizarse dos capítulos de contraexamen. Los capítulos de contraexamen deben referirse a hechos determinados y precisos, útiles a la teoría del caso de quien interroga. Estos hechos pueden estar en los antecedentes, en la lógica, emanar de la evidencia o la ley. Por último jamás el contraexamen debe repetir el examen directo.

Tres técnicas básicas⁸²

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Use solo preguntas sugestivas. 3. Un solo hecho por pregunta. 3.1. Graficar en el contraexamen. 3.1.1. Graficar situaciones. 3.1.2. Graficar lugares. 4. De lo general a lo específico. 5. Conclusión.

1. Introducción

En el contraexamen se deben **obtener puntos favorables** a nuestra teoría del caso, procurando que el testigo **no haga daño, anotando puntos en contra de nuestra teoría del caso**. Lo anterior sólo se puede obtener, si se logra el control total del testigo.

Como ya se dijo, en el contraexamen no buscamos el ingreso de toda la información al juicio, sino sólo de aquella parte que es útil a nuestra teoría del caso. Quien contraexamina no es un novelista que quiere escuchar la repetición del examen directo, por lo anterior es necesario que logre el objetivo del contraexamen y para ello debe siempre estar en control total del testigo. A continuación examinaremos las tres técnicas básicas que procuran este objetivo, y que son: i) usar solo preguntas sugestivas; ii) ir desde lo general a lo específico, y iii) preguntar un solo hecho por pregunta.

Como el contraexamen es una técnica y no un arte,⁸³ estas tres técnicas básicas deben ser siempre respetadas por el litigante para lograr el objetivo particular de cada capítulo de contraexamen.

⁸² Basado en apuntes NDCDC, Trial Practice Institute, Macón Georgia, EE.UU., julio 2003 y *Cross-Examination Science and Techniques*, Capítulo 12, obra ya citada.

⁸³ LARRY S. POZNER y ROGER J. DODD, obra citada, pág. 3, los autores citados contraponen la definición de contraexamen como una ciencia a la que la considera un arte, según lo

2. Use solo preguntas sugestivas⁸⁴

El artículo 330 del CPP prohíbe realizar preguntas sugestivas a los litigantes que presentan al testigo. Asimismo, ese artículo define lo que se entiende por una pregunta sugestiva, señalando que es aquella que sugiere la respuesta. Desde la perspectiva de las técnicas de la litigación una pregunta es sugestiva cuando la pregunta sugiere o induce la respuesta, o mejor aún, cuando declara la **respuesta**.

De lo prescrito y la historia del artículo 330 del CPP⁸⁵ se ha entendido por la práctica forense que en el contraexamen se pueden realizar preguntas sugestivas. Una vez más el CPP no señala expresamente la facultad de poder realizar preguntas sugestivas en el contraexamen, dejando a la práctica la aplicación de la correcta técnica de litigación.

Algunos autores sostienen que en el contraexamen se pueden hacer preguntas abiertas.⁸⁶ Lo anterior no está reafirmado por la doctrina mayoritaria, que en general las prohíbe.⁸⁷

clásicamente establecido en el libro de FRANCIS WELLMAN, *The Art of Cross-Examination*, Macmillan Company de 1903. Del concepto de contraexamen como ciencia se derivan importantes consecuencias tales como: Que tiene reglas, métodos, técnicas, que pueden ser descritas y prácticas, todo lo cual nos lleva a estudiarlas, conocerlas y practicarlas. Por otra parte, se destruye el mito que el realizar un buen contraexamen es solo para algunos abogados con esta habilidad "innata", más bien un buen contraexamen emana del manejo de buenas técnicas y mucha preparación.

⁸⁴ L. TIMOTHY Y OTROS, obra citada, citada como principio N° 2 del contraexamen el uso de preguntas sugestivas.

THOMAS A., MAUET, *Trial Techniques*, 6ª ed. 2002, Aspen Publishers, pág. 254. Bajo el acápito estilo de las preguntas, señala que las preguntas durante el contraexamen deben ser sugestivas. En los mismos términos LARRY S. POZNER y ROGER J. DODD, en su obra citada.

⁸⁵ Ver nota 8.

⁸⁶ BERGMAN, PAUL en *La defensa en juicio*, Abeledo Perrot, pág. 143, entre nosotros BAYTELMAN y DUCE, ob. cit. La posición de los autores nacionales se explica porque su obra tiene como fuente, entre otras, la de Paul Bergman.

⁸⁷ LARRY S. POZNER y ROGER J. DODD, obra citada, pág. 298, STEVEN LUBET, obra citada, pág. 254.

L. TIMOTHY Y OTROS, obra citada, pág. 303. Al respecto en la primera de las obras citadas se señala: "The 'leading questions only rule means that, in trial, never, ever, no matter how well-intentioned the reason, use a question that is not strictly leading". La regla que señala que durante el contraexamen solo se deben usar preguntas sugestivas, significa que no importa qué buenas intenciones tenga el litigante, jamás debe usar una pregunta que no sea sugestiva.

Por otra parte, cabe señalar que siempre ante una pregunta abierta, existe una mejor sugestiva.

El uso de preguntas sugestivas durante el contraexamen tiene su fundamento teórico en el carácter hostil del testigo, aspecto ya analizado en el Capítulo I de este trabajo. En este acápite corresponde analizar las razones técnicas por las cuales durante el contraexamen se justifica usar solo preguntas sugestivas, que son las siguientes:

i) Debemos considerar especialmente que el contraexamen es una "ciencia" y como toda ciencia tiene sus reglas, que al respetarse nos llevarán al resultado previsto. Si durante el contraexamen se hacen preguntas abiertas, el testigo será el que hable y el abogado perderá el control sobre él.⁸⁸ Si se hacen preguntas sugestivas con un solo hecho por pregunta, el testigo contestará a través de un sí o un no y estará en completo control de quien lo examina.

En muchos casos, quienes realizan preguntas abiertas en juicio obtiene excelentes respuestas, de gran utilidad para su teoría del caso, la fórmula funciona para dos, tres, cuatro y hasta cinco preguntas, pero la sexta pregunta trae una respuesta que causa daño a la teoría del caso de quien la realiza, resultando final; un pésimo contraexamen de utilidad sólo para la contraparte.

En este ejemplo, la defensa alega que el imputado es consumidor de pasta base, la testigo de la defensa declaró en el examen directo que ella siempre pasaba por la casa del imputado y lo veía consumiendo. El extracto que se reproduce es el contrainterrogatorio del fiscal que intenta desacreditar a la testigo de la defensa.

PREGUNTA: Sra., ¿usted nos ha dicho que ha visto fumar pasta base al imputado?

Respuesta- Sí.

PREGUNTA: ¿Usted nos acredita que él es consumidor, no es cierto?

Respuesta- Sí.

PREGUNTA: ¿Usted nos ha dicho que lo veía consumir en el patio de la casa?

Respuesta- Sí.

PREGUNTA: ¿Usted nos ha dicho que esto lo veía cuando usted pasaba por frente a su casa?

Respuesta: Sí.

^m En el contraexamen es fundamental el control del testigo, una buena prueba para verificar si estamos en control del testigo es la prueba del 90%. Durante el contraexamen el abogado debe hablar un 90% del tiempo y el testigo solo un 10%. THOMAS A. MAUET, *Triáis Strategy, Skilts, and the New Power of Persuasión*, obra citada, pág. 218.

PREGUNTA: ¿Usted nos ha dicho que usted no se detenía en la casa del imputado, no es cierto?

Respuesta: No, no me detenía.

PREGUNTA: ¿Usted nos ha dicho que no recuerda los días exactos en que vio al imputado consumir pasta base, no es cierto?

Respuesta: No, no me acuerdo.

PREGUNTA: ¿Usted nos ha dicho que nunca entró a la casa del imputado cuando él supuestamente consumía?

Respuesta: No.

PREGUNTA: ¿Usted es más bien amiga de su mujer?

Respuesta: Sí.

PREGUNTA: ¿Cuando usted pasaba, usted no sabía si el imputado estaba hace poco o mucho tiempo fumando, no es cierto?

Respuesta: No.

PREGUNTA: ¿Usted tampoco veía con detalle lo que fumaba?

Respuesta: No.

PREGUNTA: ¿El patio donde estaba el imputado estaba al interior del sitio, no es cierto?

Respuesta: Sí.

PREGUNTA: ¿Luego hay una reja?

Respuesta: Sí, de esas chicas de madera.

PREGUNTA: ¿Usted pasaba por la vereda?

Respuesta: Sí.

PREGUNTA: Sra., ¿entonces explíquenos cómo sabía usted que él fuma pasta base los días que usted supuestamente lo veía? ¿Cómo puede estar tan segura?

Respuesta: Bueno Sr., es que yo tengo un hijo que tiene el mismo vicio y él tiene la misma cara de angustia que mi vecino y como los cigarros que le alcanzaba a ver son iguales a los de mi hijo, el olor lo sentí tantas veces, yo sé que eso es pasta base. Incluso por lo que me tocó vivir con mi hijo que hoy está preso por ese vicio, conversé muchas veces con mi vecina para que convenciera a su marido de dejar el vicio.

Como se ve, la última pregunta abierta realizada a la testigo fue una excelente oportunidad para que ella explicara, destruyendo todo el trabajo de desacreditación que había realizado el fiscal.

ii) En el contraexamen el actor principal no es el testigo, si no el abogado, quien ingresa la información al juicio, por ello es que las respuestas del testigo deben ser breves.

Si la información es ingresada por el abogado, y el testigo sólo otorga breves respuestas, será más fácil para los jueces, quienes transcriben la información, escuchar la pregunta, apuntar el concepto de la pregunta y anotar la breve respuesta dada por el testigo consistente en un sí o no.

Si se realizan preguntas abiertas, los jueces deben anotar la pregunta, pensar el concepto y resumir la respuesta. Es muy probable que en ese proceso la información que el abogado intentaba ingresar al juicio se desvanezca y el juez no pueda anotar lo que el abogado quería ingresar como información al juicio.

iii) El contraexamen es un desafío intelectual entre quien contraexamina y el testigo, una batalla cuerpo a cuerpo, en que sólo a través de preguntas sugestivas se puede dominar e impedir que este testigo escape. No debemos olvidar que lo principal en el contraexamen **es mantener el control del testigo**, cuestión imposible de realizar a través de preguntas abiertas.

Una vez establecidas las razones técnicas por qué en el contraexamen debemos usar **solo preguntas sugestivas**, es necesario señalar que las mejores preguntas de contraexamen son aquellas **que declaran la respuesta**,⁸⁹ por lo cual las preguntas deben ser verdaderas afirmaciones que tengan como respuesta solamente un sí o un no .

Para que nuestras preguntas sean aún más precisas, debemos usar **preguntas sugestivas cerradas con final que sean verdaderas declaraciones**, si éstas además no comienzan con un verbo, el contraexamen incrementará notablemente su calidad.

Ejemplos:

- ¿De qué color era el auto? *Pregunta abierta.*
- ¿Era el auto verde, no es cierto?
- ;EI auto era verde, no es cierto?

⁸⁹ LARRY S. POZNER y ROGER J. DODD, obra citada, pág. 298, señalan que definir las preguntas sugestivas como aquellas que sugieren la respuesta es algo muy "vago" o "impreciso", y señalan que las verdaderas preguntas sugestivas no solo sugieren las respuestas si no que las declaran.

Si se observan con detenimiento la segunda y la tercera pregunta, ambas parecen sugestivas, pero al no comenzar con una forma verbal, la tercera pregunta es aún más sugestiva que la segunda y declara la respuesta, ese es el tipo de preguntas que se debe usar en el contraexamen.

Evite comenzar de la siguiente forma:

— ¿Estaba usted en la calle Pompeyo la noche del incidente?

Es mejor señalar:

— ¿La noche del incidente usted estaba en la calle Pompeyo, no es cierto?

Como en el ejemplo anterior, la segunda pregunta no comienza con un verbo, lo que la hace aún más declarativa. Se debe lograr que las preguntas tengan la menor cantidad de verbos, para que las preguntas sean una afirmación que declare la respuesta y el testigo pueda contestar solamente con un *a /, u »* si o no .

Los verbos incluyen acciones, lo que constituye una excelente oportunidad para que el testigo explique las acciones y deje de contestar a través de un "sí" o un "no". Perderemos la oportunidad de realizar un contraexamen ordenado, en el cual la información ingresa por parte del abogado y en su lugar habrá un contraexamen donde los jueces se pierden, el testigo escapa y al final queda una sensación de dominio del testigo al abogado y de confusión total para la parte que interroga.

Debemos recordar que en el Capítulo IV, *Preparación del Contraexamen*, bajo el acápite, *El uso de los principios de primacía y lo más reciente* afirmamos que en las preguntas de contraexamen, el uso del "no es cierto" al final de cada pregunta atenta contra el principio de *lo más reciente*, y las preguntas pierden persuasión. A efecto de contrarrestar dicho efecto existen algunas técnicas para hacer preguntas sugestivas o declarativas tales como: el tono de la voz, la inflexión de la voz. Por ejemplo: ¿El 15 de enero de 2006 en la NOCHE usted fue a la FIESTA del Sr. López?, destacando a través de la voz las palabras noche y fiesta la pregunta será sugestiva. Si a lo anterior le agregamos un gesto con la cabeza o mano del abogado que la realiza, esta pregunta será aún más sugestiva. Para el uso de estas técnicas también deberá tenerse en cuenta el uso del silencio.

El empleo de preguntas sugestivas permite que la información ingrese al juicio mediante el trabajo del abogado, sin explicaciones ni controversia con

el testigo, cuestión que genera un absoluto control sobre la información que se está ingresando.

Por último, en el contraexamen no deben hacerse preguntas que comiencen con: quién, qué, cuándo, dónde, cómo, por qué, díganos, explique,⁹⁰ etc. Todas estas palabras agregan un riesgo adicional de que el testigo escape al control de quien interroga.

3. Un solo hecho por pregunta⁹¹

La segunda técnica básica del contraexamen es establecer **un solo hecho por pregunta**. Esta se complementa con la tercera regla básica del contraexamen, que es *desarrollar las preguntas desde lo general a lo específico*. Un solo hecho por pregunta tiene un objetivo preciso: **el control del testigo**. Además, de esta forma se evitan objeciones, ya que las preguntas son claras y precisas, y por consiguiente se pueden realizar interrogatorios rápidos, claros y específicos.

Un hecho por pregunta, nos lleva a preguntas cortas de no más de 10 a 12 palabras, con un solo concepto o hecho, de tal forma que si existe más de un concepto o más de un hecho, hay que dividir en dos o más preguntas.

Con un buen desarrollo de esta técnica, se logra establecer detalles, graficar los puntos que son importantes para la teoría del caso, fijar las bases para llegar a la meta específica del capítulo de contraexamen.

Establecer un hecho por pregunta, y fijar las bases de la meta del capítulo específico de contraexamen, evita que quien está siendo contrainterrogado pueda negar un hecho, ya que sus afirmaciones anteriores convierten en poco creíble la respuesta en que niega un hecho que se desprende de sus respuestas anteriores. Un testigo puede dar cualquier respuesta pero no todas las respuestas son creíbles.

En un caso de tráfico ilícito de estupefacientes, el policía a cargo del procedimiento dijo que incautó un recipiente plástico porque tenía un fuerte olor a pasta base. El envase no fue sometido a prueba de orientación para detectar pasta base de cocaína. La defensa realiza el siguiente interrogatorio:

⁹⁰ Todas estas palabras son típicamente usadas durante el examen directo, ya que hacen que el testigo hable, cuestión pertinente en esa etapa del interrogatorio.

⁹¹ L. TIMOTHY Y OTROS, obra citada, lo propone como principio N° 3 del contraexamen.

PREGUNTA: ¿Sr. X, usted pertenece hace 13 años a la Policía de Investigaciones de Chile, no es cierto?

Respuesta: Sí.

PREGUNTA: ¿Usted estudió 3 años en la Escuela de Investigaciones?

Respuesta: Sí.

PREGUNTA: ¿Usted pertenece hace 10 años a la Brigada Antinarcóticos?

Respuesta- Sí.

PREGUNTA: ¿Usted detenta el grado de inspector?

Respuesta- Sí.

PREGUNTA: ¿Usted tiene cursos de capacitación especial en narcóticos, no es cierto?

Respuesta- Sí.

PREGUNTA: ¿Usted ha acudido a esos cursos de especialización? *(Si se sabe cuáles son y cuántos son se preguntan en forma sugestiva.)*

PREGUNTA: ¿En esos cursos se les informa sobre qué procesos se realizan en la elaboración de droga?

Respuesta: Sí.

PREGUNTA: ¿Usted sabe que en la elaboración de pasta base de cocaína primero se trituran las hojas de coca?

Respuesta: Sí.

PREGUNTA: ¿Luego de trituradas las hojas se les puede aplicar queroseno, no es cierto?

Respuesta: Sí, le aplican hidrocarburos.

PREGUNTA: ¿También se les puede aplicar acetona, no es cierto?

Respuesta: Sí, también.

PREGUNTA: ¿Derivados del queroseno se venden en las estaciones de servicio, no es cierto?

Respuesta: Sí.

PREGUNTA: ¿Usted tiene auto, no es cierto?

Respuesta: Sí.

PREGUNTA: ¿Ha cargado combustible?

Respuesta: Sí.

PREGUNTA: ¿Conoce el olor de la bencina?

Respuesta: Sí.

PREGUNTA: ¿Conoce el olor del queroseno?

Respuesta: Sí.

PREGUNTA: ¿Usted es casado?

Respuesta: Sí.

PREGUNTA: ¿La acetona sirve para sacarse el esmalte de las uñas?

Respuesta: Sí, creo.

PREGUNTA: ¿En su casa existe acetona?

Respuesta: Sí, creo.

PREGUNTA: ¿El olor de la acetona no es igual que el olor del queroseno, no es cierto?

Respuesta: No, no podría decirle.

La última respuesta no parece muy sincera a la luz de las respuestas anteriores.

Por otra parte, no establecer un hecho por pregunta en áreas más complejas, produce el efecto que el testigo intente explicar la parte de la pregunta que lo afecta. De separarse los hechos en varias preguntas, el testigo deberá aceptar aquello que en la pregunta compleja habría argumentado o explicado. Asimismo, esta técnica nos permite aislar la parte de la pregunta que está siendo negada.

Ejemplo:

PREGUNTA: ¿Usted usaba una polera roja con azul y rayas, no es cierto?

Respuesta: No.

En este punto no sabemos a que dijo *no*, ¿a los colores?, ¿a las rayas?, ¿no estaba usando polera?

Lo correcto sería descomponer los hechos en varias preguntas, e identificar el hecho que el testigo niega:

PREGUNTA: ¿Usted esa noche usaba una polera, no es cierto?

PREGUNTA: ¿La polera tenía dos colores?

PREGUNTA: ¿Tenía rojo, no es cierto?

PREGUNTA: ¿Asimismo tenía azul, no es cierto?

PREGUNTA: ¿Además del azul y del rojo tenía rayas?

3.1. Graficar en el contraexamen

La técnica de preguntar un solo hecho por pregunta además de lograr el control total del testigo, nos permite graficar a través del contraexamen. Con

lo anterior se logra reproducir la atmósfera y sensaciones de la situación vivida. Asimismo la técnica de un hecho por pregunta, logra que el testigo diga las palabras clave que el abogado quiere introducir al juicio.

3.1.1. GRAFICAR SITUACIONES. Suponga que representa a un cliente que apuñaló a la víctima y previamente la víctima en una fiesta había agredido a su cliente. La teoría del caso de la defensa es que el imputado apuñaló a la víctima en defensa propia. Es fundamental aclarar lo acontecido en el incidente previo, donde el imputado fue la víctima.

Un hecho por pregunta	Varios hechos por pregunta
PREGUNTA: ¿Sr. X la noche del 21 de septiembre de 2004 usted fue a una fiesta, no es cierto?	
<i>Respuesta:</i> Sí.	PREGUNTA: ¿Antes que usted llegara no habían habido peleas en la fiesta, no es cierto?
PREGUNTA: ¿La fiesta era en calle X con Z?	<i>Respuesta:</i> No sé, parece que no, porque este gallo estaba calmado, pero cuando llegamos no sé qué le pasó...
<i>Respuesta:</i> Sí.	En esta forma de inicio, la pregunta contiene dos hechos, provocando que el testigo explique.
PREGUNTA: ¿Usted fue acompañando a Juan?	
<i>Respuesta:</i> Sí.	

PREGUNTA: ¿María iba con ustedes, no es cierto?

Respuesta: Sí.

PREGUNTA: ¿Usted no conocía a la dueña de casa?

Respuesta: No.

PREGUNTA: ¿La dueña de casa era amiga de María?

Respuesta: Sí.

PREGUNTA: ¿Ustedes llegaron alrededor de las 23:00 horas?

Respuesta: Sí.

PREGUNTA: ¿Cuando ustedes llegaron, mi cliente ya se encontraba en la fiesta?

Respuesta: Sí.

PREGUNTA: ¿La fiesta había empezado como una hora antes de que ustedes

Uegaran:

Respuesta: Sí.

PREGUNTA: ¿Hasta ese momento no había existido ninguna pelea en la fiesta, no?

Respuesta: No sé, parece que no.

PREGUNTA: A ver don X, ¿usted cuando llegó, la gente estaba bailando?

Respuesta: Sí.

PREGUNTA: ¿Otros, bebiendo?

Respuesta: Sí.

PREGUNTA: ¿Otros, conversando?

Respuesta: Sí.

PREGUNTA: ¿No había ninguno peleando, no es cierto?

Respuesta: No.

Así se puede continuar graficando el lugar, la fiesta y que hasta la llegada del testigo había estado todo en calma.

3.1.2. GRAFICAR LUGARES. Supongamos que se trata de un caso de violación, en que el imputado está acusado de violar a la víctima, durante la noche, en una bodega construida de material ligero. El lugar es colindante a una casa de madera liviana. El acusado niega haber violado a la víctima y alega haber tenido una relación sexual consentida. El abogado defensor, en su interrogatorio al dueño de casa, querrá demostrar que si la víctima hubiera gritado, o se hubiera opuesto a las relaciones sexuales con el imputado, se habrían escuchado los gritos de la víctima.

A continuación se reproduce el contraexamen del abogado defensor, al dueño de la casa colindante al lugar en que sucedieron los hechos:

PREGUNTA: Don Juan, ¿usted vive en una parcela, no es cierto?

Respuesta: Sí.

CÉOTT^

^SUPREMA?

ijBUOTECA^

PREGUNTA: ¿SU parcela queda en el km 400 de la ruta longitudinal sur?

Respuesta: No exactamente, en la carretera queda para adentro.

PREGUNTA: Bien, don Juan, ¿si usted sale a la carretera es el km. 400 de la carretera, no es cierto?

Respuesta: Claro.

PREGUNTA: ¿Su casa está en la parcela, no es cierto?

Respuesta: Sí.

PREGUNTA: ¿Desde su casa a la carretera uno demora unos 10 minutos?

Respuesta: Depende como camine, pero más o menos.

PREGUNTA: ¿Desde su casa no se ve la carretera?

Respuesta: No.

PREGUNTA: ¿Existe un camino rural que llega a su parcela, no es cierto?

Respuesta: Sí.

PREGUNTA: ¿Por ese camino rural no pasa locomoción, no es cierto?

Respuesta: Pasa uno que otro vehículo, pero no hay locomoción.

PREGUNTA: ¿Desde su casa no se escuchan los autos que pasan por la carretera?

Respuesta: En la noche se escucha el paso de los vehículos.

PREGUNTA: ¿Solo en la noche se escucha pasar a los vehículos, no es cierto?

Respuesta: Sí.

PREGUNTA: ¿Si tiene la TV puesta, ya no se escuchan los vehículos de la carretera, no es cierto?

Respuesta: No.

PREGUNTA: ¿Con las ventanas cerradas, en invierno, no se escuchan los autos de la carretera?

Respuesta: No, se escucha solo el viento y la lluvia.

Bien, vamos a hablar de la tranquilidad de la noche.

PREGUNTA: La noche es tranquila en el campo.

Respuesta: Sí.

PREGUNTA: ¿Se escucha el viento?

Respuesta: Sí, sobre todo en invierno.

PREGUNTA: ¿Se escucha la lluvia?

Respuesta: Sí.

PREGUNTA: ¿Se escuchan las gallinas?

Respuesta: Sí.

PREGUNTA: ¿Se escuchan los perros?

Respuesta: Sí.

PREGUNTA: ¿Si alguien grita afuera de su casa, de noche, usted escucharía, no es cierto?

Respuesta: Sí.

Bien, vamos a hablar del taller que está al lado de su casa.

En este punto del contraexamen, se realizan las preguntas referentes a la descripción del taller, y que el taller está solo a 50 centímetros de su casa, para graficar al tribunal que si la víctima hubiera gritado, se habrían escuchado sus gritos.

Por otra parte, la técnica de un hecho por pregunta, *logra que el testigo mencione las palabras clave de nuestro lema, trilogía o teoría del caso.* Al igual que en el ejemplo explicado en el capítulo anterior, relativo al reconocimiento donde la víctima luego de identificar al imputado dice "*en realidad no daría mi vida para asegurar que él es el autor*", esta frase puede incluirse para que el testigo la reitere a través de la técnica de un hecho por pregunta.

En atención a que nuestro sistema procesal penal tiene jueces profesionales, es necesario evitar el abuso en la aplicación de esta técnica de contraexamen y terminar aburriendo a los jueces, ya que debemos tener en cuenta que nuestros receptores -los jueces— normalmente quieren que los abogados vayan directo al punto y eviten excesivos histrionismos. Los jueces casi siempre quieren perder el menor tiempo posible y ser eficientes en la tramitación de los casos.

4. De lo general a lo específico

Esta tercera técnica general de contraexamen, consiste en empezar realizando preguntas generales, acerca de la materia que se está preguntando y luego incorporar preguntas más específicas, que terminen con la meta del capítulo. Lo anterior deberá realizarse a través de preguntas sugestivas, que contengan un solo hecho por pregunta. En atención a esta regla es que al momento de construir un capítulo de contraexamen debemos pensar en una pirámide invertida (véase Capítulo V, Construcción de cada capítulo).

Los testigos, por lo general, concederán respuestas afirmativas a las preguntas iniciales, ya que son preguntas generales que respetan la lógica. Por otra parte, durante el contraexamen, el testigo debe mantener el tono amable con que respondió a las preguntas del examen directo, de lo contrario el cambio de actitud del testigo deberá restarle credibilidad frente al tribunal.

El capítulo de contraexamen comenzará con preguntas generales, las que serán cada vez más específicas, progresando en forma lógica y clara. Este desarrollo del contraexamen hará que los jueces entiendan rápidamente hacia dónde va la línea de interrogación y rechazar las objeciones hasta que el abogado complete su capítulo de contraexamen. Este método requiere que el contraexaminador vaya de lo muy general a lo específico y comience con un título que ilustre al testigo y al tribunal de qué tema tratará cada capítulo de contraexamen. Así se puede comenzar señalando, "*Ahora hablaremos de cuánto conoce usted al imputado*" o "*Ahora hablaremos de sus condenas anteriores*".

Los testigos, casi siempre responden afirmativamente a preguntas generales, pero ante preguntas específicas que los afectan en su idoneidad, credibilidad, imparcialidad o versión de los hechos, suelen responder en forma general y no admiten el hecho que los afecta en su credibilidad o versión de los hechos. Si se realizan preguntas de lo general a lo específico, se logra bloquear las vías de escape a las respuestas específicas que los afectan. En este sentido, las primeras preguntas estarán destinadas a *fijar las bases* de la meta del capítulo específico de contraexamen, que evitarán que el testigo pueda escapar.

Como se dijo al preparar nuestros capítulos de contraexámenes, debemos pensar en una pirámide invertida. Es recomendable escribir lo que queremos obtener, en la parte inferior de la pirámide, lo que constituye la meta de ese capítulo, que está constituida por la frase o hechos que queremos que el testigo diga o acepte, como por ejemplo: "*...sí, yo soy amigo del imputado*". La meta del capítulo de contraexamen jamás deberá ser una idea abstracta sino una afirmación basada en hechos que están en la declaración del testigo, en la ley, en otra evidencia, o en la lógica. La meta deberá estar constituida por palabras determinadas de la declaración del testigo, o un hecho específico que deberá aceptar el testigo.

Si el capítulo que se ha decidido para el contraexamen es particularmente complicado y el testigo niega el hecho que se quiere obtener, es necesario que la última línea de contraexamen -la meta del capítulo- esté respaldada en un documento.

5. Conclusión

Usar sólo preguntas sugestivas, ir de lo general a lo específico y preguntas de un solo hecho, SON LAS TRES TECNICAS BASICAS QUE SIEMPRE se deberán utilizar por QUIEN CONTRAEXAMINA. Al usar

estas técnicas básicas tendremos el control total del testigo, nuestra contraparte, y estaremos en condiciones de salvar con éxito las objeciones. El manejo y uso de estas tres técnicas básicas de contraexamen permitirá utilizar técnicas más avanzadas de contraexamen.

Control del testigo⁹²

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Normativa legal. 3. Técnicas de control. 3.1. Técnicas generales de control. 3.1.1. Desarrollar el contraexamen de pie. 3.1.2. Mantener el contacto visual con el testigo. 3.1.3. Permanecer de pie sin moverse. 3.1.4. Escuchar la respuesta. 3.2. Técnicas específicas de control. 3.2.1. Preguntar y repetir. 3.2.2. Preguntar, repetir y reversar. 3.2.3. Detenerse, fijar la pregunta y repetirla. 3.2.4. Uso de la mano. 3.2.5. Interrupción física. 3.2.6. Dejarlo hablar. 3.2.7. Escribir la pregunta. 3.2.8. Eso no contestó mi pregunta. 3.2.9. Su respuesta es afirmativa. 3.2.10. Si la respuesta verdadera es sí, usted responderá con un sí. 3.2.11. Uso del nombre formal. 3.2.12. Descarte. 4. Preguntas que hacen perder el control. 4.1. Abandonar las preguntas sugestivas. 4.2. Preguntas abiertas con final. 4.3. Preguntas conclusivas. 4.4. Preguntas de caracterización. 4.5. Preguntas acerca de lo declarado. 4.6. Preguntas que solicitan explicaciones. 4.7. Preguntas para conocer información. 4.8. La pregunta reiterativa. 5. Testigo que llora. 5.1. Lo que no debemos hacer. 5.2. Técnicas que sí funcionan. 5.2.1. Identificar la emoción. 5.2.2. Concentrarse en detalles. 5.2.3. Uso de evidencia. 5.2.4. Ritmo de las preguntas. 6. Conclusión.

1. Introducción

Sin lugar a dudas el mayor temor del abogado que debe realizar un contraexamen, es que el testigo escape de su línea de preguntas, utilice evasivas y termine no contestando las preguntas.

⁹² Basado en Capítulo 15 de "Cross-Examination Science and Techniques", y apuntes de NCDC.Trial Practice Institute, Macón, Georgia, EE.UU., julio 2003.

El testigo que huye, habla sin control y no contesta las preguntas, aparece de improviso durante el juicio. Quien realiza el contraexamen entra en pánico y su único deseo es que el testigo vuelva a contestar las preguntas.

El siguiente es un extracto de un juicio oral en que el abogado defensor solicita a uno de los carabineros que participó en un procedimiento por robo en lugar habitado, supuestamente con dos autores, para que informe las características físicas del que no fue detenido durante el procedimiento.

TITULO: Vamos a conversar del sujeto que escapó.

ABOGADO: ¿Estamos de acuerdo en que el carabinero X no le dijo a usted las características físicas de ese sujeto?

Testigo: Solo manifiesta acerca de un segundo individuo que al parecer tenía una polera blanca.

ABOGADO: ¿NO le dijo si tenía el pelo oscuro o claro?

Testigo: No. No porque en ese momento...

ABOGADO (interrumpe): No le estoy preguntando eso. La segunda pregunta que le voy a hacer...

Testigo (interrumpe): No, no, pero es que me puede dejar terminar.

TRIBUNAL: Está en su derecho el testigo.

Testigo- Ya los colegas, al detener al primer individuo, se percatan que un segundo individuo sale con un televisor y un bolso, por lo que manifiestan los colegas, proceden a detener al primer individuo, el otro suelta la especie y escapa...

ABOGADO: Ya Sr. testigo, ¿puedo seguir interrogándolo?

Testigo: Sí.

ABOGADO: Dígame, ¿el carabinero X no le manifestó a usted si el segundo sujeto tenía el pelo largo o corto?

Testigo: Le acabo de manifestar lo que alcanzaron a ver porque si procedieron a la detención yo no puedo estar mirando para el lado por las actitudes que pueden tener los individuos cuando yo lo estoy deteniendo.

ABOGADO (interrumpe): Por favor.

Testigo (interrumpe): ¿Puedo terminar?

ABOGADO: Sí.

Testigo: Si yo me distraigo en otra cosa el que va a resultar herido o agredido voy a ser yo como carabinero, entonces al primer individuo lo debo tener reducido y esposado.

ABOGADO: ¿Entonces estamos de acuerdo en que él no le dijo ninguna característica física de esa segunda persona?

Testigo: Como le señalé ¿él habló de una polera blanca.

EL FISCAL: Objeta, por reiterativa.

Tribunal: Rechaza la objeción.

ABOGADO: ¿Me podría contestar?

Testigo: ¿Me repite la pregunta?

ABOGADO: ¿NO le dijo si era alto o bajo?

Testigo: No.

ABOGADO: ¿Si era mayor o menor de edad?

Testigo: Nos estamos refiriendo a que los colegas deben dejar de proceder para percatarse de la segunda persona, eso es lo que tiene que hacer.

INTERVIENE EL TRIBUNAL: Testigo, debe limitarse a responder las preguntas.

ABOGADO: Le repito la pregunta. El carabinero x ¿no le dijo si esa segunda persona era mayor o menor de edad?

Testigo: No, porque estaban dedicados al primer individuo, ellos debían primero...

Como aparece en el extracto, es usual que los testigos intenten no responder las preguntas o responder algo distinto a lo que se les consulta. Un par de factores suele hacer más difícil el desafío para el abogado que contraexamina: i) las objeciones de su contraparte; ii) el tribunal a través de la resolución de las objeciones o otras recomendaciones al abogado que realiza el contraexamen.

La **meta del abogado** que conduce el contraexamen, **es que el testigo conteste sus preguntas**, sin alterarse o enojarse y si el testigo no contesta, **sea el tribunal quien reitere al testigo que debe responder las preguntas**. En síntesis el desafío es que el testigo que evada las preguntas deje una mala impresión ante el tribunal, y no el abogado.

El presente capítulo se refiere a las técnicas para controlar al testigo que no da respuestas, que intenta escapar de las preguntas, o que evade las preguntas durante el contraexamen. Estas facultan al abogado para que el testigo conteste las preguntas que se le están realizando, y de paso disciplinar al testigo, quien finalmente contestará, no importando cuál sea su conducta previa. De esta manera se entrega un importante mensaje, quien dirige el constraintrogatorio es el abogado y no el testigo.

Por otra parte, veremos cómo actuar frente al testigo que llora en la sala del tribunal, y finalmente se analizan las preguntas mediante las cuales un abogado pierde el control durante el contraexamen.

2. Normativa legal

Cuando en nuestros juicios orales el testigo no contesta las preguntas del contraexamen, es usual que el abogado solicite al tribunal que le señale al interrogado que debe contestar a través de un "sí" o un "no". Lo anterior no tiene sustento normativo legal alguno ya que el artículo 329 del CPP señala en su inciso 3º: "*La declaración de los testigos se sujetará al interrogatorio de las partes*". La norma citada no señala que ante la pregunta de uno de los intervi-
 1 - 1 1 C « »
 mentes el testigo deba contestar con un sí o un no .

A mayor abundamiento, cabe señalar que en la practica es usual que ante la solicitud de los abogados a los jueces que instruyan al testigo que debe contestar a través de un sí o un no, el tribunal haga exactamente lo contrario y le recuerde al abogado que el testigo tiene derecho a contestar⁹³ libremente y sin interrupciones las preguntas que se le realicen.

De lo prescrito en el artículo 329 del CPP emana el derecho del abogado que contraexamina a un testigo o perito que éste le conteste su pregunta. Como ya se señaló en este trabajo, la obligación que el testigo conteste las preguntas es uno de los fundamentos por los cuales se permite el uso de preguntas sugestivas durante el contraexamen.

En síntesis, la normativa legal que rige el contraexamen no faculta al abogado para solicitar al testigo que conteste a través de un "sí" o un no , pero de esa normativa emana la obligación del testigo a contestar las preguntas que se le realizan durante el contraexamen.

3. Técnicas de control

Las primeras técnicas de control son las tres técnicas básicas del contraexamen analizadas en el Capítulo VI de este trabajo, sobre las cuales se construye todo en el contraexamen.

Las técnicas de control del testigo se pueden clasificar en: i) *Técnicas generales de control*, y ii) *Técnicas específicas de control*, las que se analizarán a continuación.

⁹³ Muchos jueces orales instruyen a que los testigos terminen con toda calma su respuesta y advierten al abogado del derecho del testigo a contestar libremente, lo que sirve como claro mensaje al testigo que no está solo y tiene a alguien que lo protege nada menos que el Juez que dirige la audiencia. En este panorama, el testigo se sentirá avalado para entregarnos nuevas respuestas evasivas o que nada tienen que ver con la pregunta realizada.

3.1. Técnicas generales de control

3.1.1. DESARROLLAR EL CONTRAEXAMEN DE PIE. La primera técnica general de control **es desarrollar el contraexamen de pie**, para que el abogado pase a ser el centro de la atención en la sala de audiencia. En algunos tribunales no se permite que el abogado se ponga de pie, aduciendo que se podría afectar el registro de audio. Lo anterior no es efectivo ya que el sistema de audio que se ha implementado en los tribunales con motivo de la reforma procesal penal es muy sensible y registra cualquier ruido que se produzca en la sala de audiencia. Para evitar inconvenientes procure situar el micrófono sobre algún elemento que lo ubique más cerca de su voz, para dar mayor fidelidad al registro.

Contrainterrogar de pie, permite que los movimientos del abogado sean más visibles para los asistentes a la audiencia, marquen la pausa del contraexamen, distinguan las respuestas importantes de las menos importantes y destaquen los momentos dramáticos del contraexamen. Así, al final de una respuesta importante podrá tomar el vaso de agua, hacer una pausa para que la respuesta útil a la teoría del caso se haga notar en la sala de audiencia.

Contrainterrogar de pie, permite el control físico del testigo a través de todo el cuerpo del abogado, ya que la presencia genera un respeto en el testigo que es necesario para desarrollar el contraexamen.

3.1.2. MANTENER EL CONTACTO VISUAL CON EL TESTIGO. La segunda técnica general de control es **mantener el contacto visual con el testigo**. Evitar la mirada proyecta desconfianza y debilidad e incluso genera desconcentración en el testigo. A través del contacto visual, se entrega un importante mensaje: estoy completamente atento a tus respuestas y si no contestas o intentas escapar seré el primero en enterarme.

3.1.3. PERMANECER DE PIE SIN MOVERSE. La tercera técnica general es **mantenerse** de pie y sin **moverse**, al realizar las preguntas más conflictivas, ya que el movimiento da tiempo al testigo para explicar su respuesta o contestar a través de una larga respuesta evasiva. El estar de pie sin moverse obliga a estar muy atentos a nuestros propios movimientos corporales. Por otra parte, generará el efecto que una vez realizada la pregunta, las miradas de los asistentes se dirigirán al testigo, quien se verá obligado a responder. En caso contrario, cualquier movimiento del abogado producirá distracción en los jueces y el testigo tendrá un valioso tiempo, que probablemente será aprove-

chado para responder algo que le permita evitar una respuesta que provoque daño a su versión de los hechos.

3.1.4. ESCUCHAR LA RESPUESTA. La mejor técnica para controlar a un testigo es hacer buenas preguntas, mediante la técnica de interrogar de un solo hecho por pregunta y para verificar si eso sucede, el contraexaminador debe escuchar al testigo. Es posible que éste no conteste la pregunta, simplemente porque está mal formulada o por no entenderla, así que siempre debemos estar muy atentos a oír la respuesta. Si la pregunta es compleja o no se entiende, el abogado deberá cambiar su pregunta. El escuchar la respuesta es una técnica de control del testigo.

3.2. Técnicas específicas de control

3.2.1. PREGUNTAR Y REPETIR. La pregunta realizada por el abogado debe ser simple, clara, y breve, de tal manera que sólo admita un "sí" o un "no" como respuesta. Puede que el contraexaminado conteste con una respuesta larga y evasiva. La técnica de control nos obliga a fijar la mirada en el testigo, repetir la pregunta usando exactamente las mismas palabras, de manera más lenta y pausada que la primera vez.

Entonces la técnica consiste en esperar pacientemente que el testigo termine con su respuesta evasiva y volver a realizar lentamente la misma pregunta.

De esta manera ilustraremos al tribunal en orden a que el testigo rehusa contestar una simple y clara pregunta, y si el juez presidente está atento al uso de sus facultades, deberá instruir al testigo que conteste la pregunta.

PREGUNTA: ¿Usted estaba a cargo del procedimiento policial, no es cierto?

Respuesta- Esa noche salimos con el cabo Gutiérrez y Aguilar, en el tercer turno a eso de las 4:00 AM recibimos una llamada...

PREGUNTA: ¿Usted-estaba-A CARGO -del -procedimiento-policial, no es cierto? (*Más lento y con más énfasis en las palabras "a cargo"*)

Respuesta- Como ya le dije esa noche yo andaba en el Z con el cabo Gutiérrez y Aguilar, y como le dije como a las 4:00...

PREGUNTA: ¿Usted - estaba - A - CARGO - del - procedimiento - policial, - no es cierto? (*Aún más lento*).

En este punto el tribunal puede intervenir instruyendo al testigo para que conteste la pregunta o el fiscal podría objetar la pregunta por reiterativa. La objeción debe ser rechazada ya que la pregunta no ha sido contestada.

Frente a la objeción el abogado deberá evacuar el traslado, y tiene una inmejorable oportunidad para informar al tribunal que el testigo no ha contestado, "SS. he tenido que repetir la pregunta porque el testigo no la ha contestado... y como SS. bien conoce solo son objetables las preguntas reiterativas cuando intentan engañar al testigo por lo cual a lo menos el testigo deberá contestar la pregunta...".⁹⁴ En ese traslado el abogado podrá repetir al tribunal la pregunta y la respuesta del testigo entregando al tribunal los hechos con que se demuestra que la pregunta no ha sido contestada.

Es importante destacar que el derecho del abogado que contraexamina, consiste en que se le contesten sus preguntas, y no que se deba suponer o inferir la respuesta de lo dicho por el testigo. Volvamos al ejemplo expuesto al inicio de este capítulo:

ABOGADO: ¿Entonces estamos de acuerdo en que él no le dijo ninguna característica física de esa segunda persona?

Testigo: Como le señalé, él hablo de una polera blanca.

EL FISCAL: Objeta, por reiterativa.

Existen tribunales que acogen la objeción, considerando que la pregunta está contestada porque el testigo dijo que el otro carabinero sólo describió al segundo sujeto señalando que usaba una polera blanca. El tribunal supone que el otro carabinero no señaló las características físicas del segundo sujeto, esa respuesta nunca fue dada por el testigo, por lo cual acoger la objeción no es procedente.

3.2.2. PREGUNTAR, REPETIR Y REVERSAR. Una variación de la técnica de repetir la pregunta consiste en preguntar, repetir y reversar, que se aplica en conjunto con la técnica de control antes expuesta. Se debe comenzar por repetir la pregunta por segunda vez con las mismas palabras y más lento, y si el testigo insiste en escapar, se reversa la pregunta.

⁹⁴ Ver Capítulo XI: Las objeciones en el contraexamen, ap. 7.1.2.3.

PREGUNTA: ¿Usted estaba A CARGO del procedimiento policial, no es cierto?

Respuesta. Esa noche salimos con el cabo Gutiérrez y Aguilar, en el tercer turno a eso de las 4:00 AM recibimos una llamada...

PREGUNTA: ¿Usted-estaba-A-CARGO-del-procedimiento-policial,-no-es-cierto?

Respuesta. Como ya le dije, esa noche yo andaba en el Z con el cabo Gutiérrez y Aguilar, y como le dije como a las 4:00...

PREGUNTA: ¿Usted hoy nos está diciendo que no estaba a cargo del procedimiento policial, esa noche? ¿Eso está diciendo?

Respuesta. No, no, no es eso lo que le estoy diciendo...

PREGUNTA: ¿Entonces usted estaba a cargo del procedimiento policial, no es cierto?

Respuesta. Sí.

Sin perjuicio que la técnica original explicada por Pozner y Dodd,⁹⁵ señala que la pregunta debe repetirse dos veces antes de reversarla. En muchos casos, en nuestros juicios es conveniente reversarla inmediatamente sin repetir la pregunta original, porque lo más normal es que ante la segunda pregunta exista una objeción por reiterativa, y el tribunal se conforme con la respuesta dada por el testigo, porque de ella infiere la respuesta a la pregunta original, que fue contestada en forma evasiva por el testigo.

Por último, cabe señalar que esta pequeña disputa con el testigo es importante, ya que si el abogado gana esta pequeña batalla, envía un importante mensaje al testigo que marcará todo el contraexamen, "yo mando y usted deberá contestar todo lo que yo le pregunto, en forma precisa y sin evasivas". Si el testigo contesta en forma evasiva y el abogado deja pasar la respuesta evasiva, lo más probable es que frente a las preguntas conflictivas el testigo sepa cómo evadir las preguntas y quien contraexamina deberá extremar sus recursos para volver a disciplinar al testigo en la forma de contestar.

3.2.3. DETENERSE, FIJAR LA PREGUNTA Y REPETIRLA. En este punto también se puede usar otra variable a la técnica de repetir la pregunta, que consiste en detenerse, fijar la pregunta y luego repetirla.

⁹⁵ *Cross Examination Science and Techniques*, obra ya citada, pág. 409.

PREGUNTA: ¿Usted estaba a cargo del procedimiento policial, no es cierto?

Respuesta-. Esa noche salimos con el cabo Gutiérrez y Aguilar, en el tercer turno a eso de las 4:00 AM recibimos una llamada...

PREGUNTA: ¿Usted estaba a cargo del procedimiento policial, no es cierto?

Respuesta-. Como ya le dije esa noche yo andaba en el Z con el cabo Gutiérrez **y Aguilar, y como le dije como a las 4:00...**

TITULO QUE FIJA LA PREGUNTA: **Ya que no me contestó la pregunta se la voy a repetir acerca de quién estaba a cargo del procedimiento policial esa noche.**

PREGUNTA: ¿Usted estaba a cargo del procedimiento policial, no es cierto?

A través de esta variable se fija el punto para luego repetir la pregunta. El uso de esta técnica no debe convertirse en una pelea con el testigo, sino que debe emplearse en forma sutil para indicar al tribunal que el testigo no está contestando. Lo anterior es de vital importancia, ya que jamás debe verse a quien conainterroga como quien pelea con el testigo, si no que, debe ser el testigo quien genera molestia ante el tribunal, al evadir la pregunta a pesar de que el abogado hace una simple y clara pregunta, que él no quiere contestar. Si el uso de esta técnica hace que el abogado pierda su crédito frente al tribunal, no la use.

Existen otras técnicas de control del testigo, que son **más** agresivas, y **solo podrán** usarse mientras **más molestia genere el testigo en el tribunal** con su actitud evasiva de no contestar las preguntas claras y simples que el abogado realiza. Un testigo mal intencionado y poco sincero hace que el tribunal "permita" al abogado usar técnicas de control más agresivas.

El usar técnicas agresivas de control en testigos que no han sido mal intencionados o poco sinceros en sus respuestas, hace que ciertos tribunales sientan que el abogado "abusa del testigo" a través del interrogatorio, y el abogado pierde credibilidad frente a los jueces.

Siempre debemos evaluar el riesgo de ir usando técnicas más agresivas de control sobre el testigo. A este respecto, debe recordarse que el límite legal en nuestro CPP para el abogado que conainterroga es la coacción⁹⁶ del testigo, lo cual está muy lejos de los estilos que cada litigante exhiba, para hacer su contraexamen. Pero como se dijo existe otro límite a las técnicas agresivas

⁹⁶ *Diccionario de la Lengua Castellana*, Editorial Universitaria, abril de 1999, "Coacción": Violencia que se hace a alguien para que diga o haga lo que no quiere.

de control; la credibilidad del abogado frente al tribunal, que se traduce en el prestigio y respeto que los jueces tengan de quien contraexamina, aspecto que constituye uno de los grandes capitales del abogado.

3.2.4. USO DE LA MANO. Antes de analizar las técnicas más agresivas de control, analizaremos el uso de la mano. Cuando el testigo comienza con una respuesta evasiva el abogado lo interrumpe levantando su mano como un carabinero dirigiendo el tránsito.

PREGUNTA: ¿Usted estaba a cargo del procedimiento policial, no es cierto?

Respuesta: Bla, blaa.

ABOGADO: Teniente (*se extiende la mano*) la pregunta es simple, ¿usted estaba a cargo del procedimiento policial, no es cierto?

3.2.5. INTERRUPCIÓN FÍSICA. Una variante de la técnica anterior es **la de interrumpir al testigo a través del uso del cuerpo**. Esta técnica debe reservarse para casos extremos, en que el testigo evade las preguntas y el tribunal "permitirá" el uso de estas técnicas más agresivas de control.

Mientras escucha las respuestas evasivas, el litigante debe usar todo el cuerpo para demostrar su molestia por el hecho que el testigo no está contestando. Esto puede consistir en que se siente durante la respuesta del testigo, y mire al vacío. Al sentarse no es recomendable hablar con su colega ni leer las notas. Luego represente al testigo que no contestó y repita la pregunta.

Esta técnica es agresiva toda vez que el hecho de sentarse y mirar al vacío, a menudo puede interpretarse como un gesto de mala educación hacia quien le habla, que sólo "puede" estar justificada cuando el testigo está siendo intencionalmente desleal en su actitud, durante su declaración.

ABOGADO: ¿Usted estaba a cargo del procedimiento policial, no es cierto?

Testigo: Blaa, Blaa, blaaa.

(El abogado se sienta y mira al vacío).

TRIBUNAL: Sr. abogado, ¿terminó?

ABOGADO: NO SS. Voy a volver hace la pregunta, ya que nuevamente el testigo no me la contestó.

ABOGADO: Sr. x le voy a repetir la pregunta, ¿usted estaba a cargo del procedimiento policial, no es cierto?

Otra variante de esta técnica consiste en dar la espalda al testigo mientras contesta y hacer otra cosa con el objeto que el tribunal recrimine al abogado, momento en el cual se podrá indicar al tribunal que el testigo no ha contestado y justificar el actuar del abogado. Esta variante debe ser usada solo en el caso que el abogado esté absolutamente seguro que el tribunal se lo permitirá.

3.2.6. DEJARLO HABLAR. Ante un testigo que evade la respuesta, o escapa con ella, refiriéndose a temas no preguntados por el abogado, lo que puede hacer es dejar que el testigo se explye libremente en sus respuestas. Al momento en que el testigo comience a escapar a través de su respuesta, quien contraexamine le deberá señalar, "Sr. testigo luego hablaremos de eso, ahora quiero que me conteste esto" *y le repite la pregunta.*

PREGUNTA: ¿Usted no describió ningún tatuaje de su agresor, no es cierto?

Respuesta- Abogado, a mí me asaltaron, en la mitad de la noche...

PREGUNTA: Sra. Berta, luego hablaremos de eso. ¿Usted cuando llegó a la comisaría no describió ningún tatuaje de su agresor no es cierto?

Respuesta: No, no describí ningún tatuaje.

Esta técnica tiene una variación que consiste en señalar al testigo, "Sr. testigo, quiere decir algo más...", luego que el testigo termine y diga todo lo que le parezca se le señala, "bueno, ahora le reiteraré la pregunta para que me la conteste...":

ABOGADO: ¿Usted estaba a cargo del procedimiento policial, no es cierto?

Testigo: Blaa, Blaa, blaaa.

ABOGADO: Sr. testigo, quiere decir algo más acerca del punto.

Testigo: No.

ABOGADO: Sr. X, ya que no me contestó la pregunta, se la voy a repetir, ¿usted estaba a cargo del procedimiento policial, no es cierto?

3.2.7. ESCRIBIR LA PREGUNTA. Esta es otra técnica extrema de control del testigo, y debe ser usada principalmente con aquellos testigos que comiencen a contestar algo distinto a lo que se le pregunta. En esta técnica el abogado que contraexamina debe escribir la pregunta en un pizarrón, en un papel adhesivo, o en uno blanco, etc., y luego mostrar el papel que contiene la pregunta escrita al testigo.

Por el carácter agresivo de esta técnica, se recomienda usarla cuando el abogado esté absolutamente seguro que el tribunal se lo "permitirá".

3.2.8. ESO NO CONTESTÓ MI PREGUNTA. Estas técnicas de control se traducen en el uso de preguntas para controlar al testigo. "*Eso no contestó mi pregunta, ¿no es cierto?*".

ABOGADO: ¿Entonces, usted estaba a cargo del procedimiento policial, no es cierto?

Testigo: Esa noche yo salí en la Z con el cabo...

ABOGADO: ¿Eso no contestó mi pregunta, no es cierto?

Testigo: Sí, sí la contestó.

ABOGADO: ¿Me puede repetir la pregunta?

Testigo: Fue acerca de lo que hicimos en el procedimiento...

ABOGADO: NO, NO era esa. ¿Si usted estaba a cargo del procedimiento policial, y usted estaba a cargo, no es cierto?

Segunda variable:

ABOGADO: ¿Entonces, usted estaba a cargo del procedimiento policial, no es cierto?

Testigo: Esa noche...

ABOGADO: ¿ESO no contesta mi pregunta, no es cierto?

Testigo: No.

ABOGADO: Mi pregunta fue si usted estaba a cargo del procedimiento y usted estaba a cargo, ¿no es cierto?

Testigo: Sí, yo estaba a cargo.

Las variantes de esta técnica de control son: i) El testigo dice que sí contestó la pregunta, se le responde "mi pregunta fue..."; ii) El testigo contesta que en realidad no contestó la pregunta, se le repite la pregunta.

3.2.9. SU RESPUESTA ES AFIRMATIVA. Esta técnica consiste en que luego que el testigo termina su larga y evasiva respuesta quien lo contrainterroga sin moverse o dejar de mirar al testigo y ojalá con una sonrisa le señala al testigo "*entonces su respuesta es afirmativa*".

PREGUNTA: ¿Entonces usted estaba a cargo del procedimiento policial, no es cierto?

Respuesta: Esa noche salí en el Z...

PREGUNTA: ¿ESO significa que usted estaba a cargo del procedimiento policial, no es cierto?

Respuesta-. Sí, yo estaba a cargo.

3.2.10. Si LA RESPUESTA VERDADERA ES SÍ, USTED RESPONDERÁ CON UN SÍ. Esta técnica es de mayor utilidad cuando el testigo contesta con una respuesta evasiva a una simple y clara pregunta que los jueces saben que debe contestarse en forma afirmativa.

ABOGADO: ¿Si la respuesta verdadera es sí, usted contestará con un sí?

Testigo-. Claro.

ABOGADO: ¿Usted fue al sitio del suceso?

Testigo-. Sí.

ABOGADO:¿En el sitio del suceso estuvo como 15 minutos?

Testigo: Sí.

ABOGADO: ¿Luego fue al hospital?

Testigo: Sí.

ABOGADO: ¿En el hospital estuvo como 10 minutos?

Testigo: Sí.

ABOGADO: ¿Mientras estuvo en el hospital recibió una llamada del fiscal?

Testigo: Sí.

ABOGADO: ¿Para que lo acompañara a buscar la orden de detención?

Testigo: Sí.

ABOGADO: ¿Usted salió del hospital a la unidad?

Testigo: Sí.

ABOGADO: ¿En la unidad se reunió con el fiscal?

Testigo: Sí.

ABOGADO: ¿Desde ahí salieron a la casa del juez?

Testigo: Sí.

ABOGADO: ¿Esa fue la secuencia?

Testigo: Sí.

ABOGADO: ¿ESO fue lo que pasó?

Testigo: Sí.

3.2.11. USO DEL NOMBRE FORMAL. Esta técnica consiste en que antes de repetir la pregunta se individualice al testigo a través de su **nombre**. Una vez

que evade la pregunta y termina su respuesta, la siguiente pregunta comienza con el nombre completo del testigo más la frase, "le voy a repetir la pregunta" y la misma pregunta en iguales términos.

Esta técnica tiene un componente psicológico, nos recuerda cuando éramos niños y en la sala de clases, luego de un desorden, la profesora en un tono alto y claro nos llamaba por el nombre y el efecto era inmediato, un silencio absoluto y quien había sido llamado por su nombre se presentaba ante la profesora. Es recomendable usar esta técnica con policías y testigos que estén acostumbrados a trabajar con autoridades o bajo mando.

ABOGADO: ¿Usted estaba a cargo del procedimiento policial, no es cierto?

Testigo: Blaa, Blaa, blaaa.

ABOGADO: Cabo Carlos Gutiérrez Soto, le voy a repetir la pregunta: ¿Usted estaba a cargo del procedimiento policial, no es cierto?

3.2.12. DESCARTE. Finalmente se puede usar la técnica del descarte, que es válida para enseñar al testigo en el sentido que evadir las respuestas puede traer como consecuencia quedar en ridículo frente al tribunal.

PREGUNTA: ¿Usted estaba a cargo del procedimiento policial, no es cierto?

Respuesta: Esa noche yo blaa, blaa, blaa...

PREGUNTA: A ver cabo, ¿esa noche el cabo Aguilar no estaba a cargo del procedimiento, no es cierto?

Respuesta: No.

PREGUNTA: ¿El cabo Gutiérrez tampoco estaba a cargo del procedimiento?

Respuesta: No.

PREGUNTA: ¿Entonces usted estaba a cargo del procedimiento policial, no es cierto?

Respuesta: Sí.

4. Preguntas que hacen perder el control⁹⁷

Aun cuando el presente capítulo está destinado a las técnicas de control del testigo que escapa a través de sus respuestas, es necesario revisar cierto tipo

⁹⁷ Basado en *Modern TrialAdvocacy*, Capítulo 5º y *The Art & Science of TrialAdvocacy*, Capítulo 8º, ambas obras ya citadas.

de preguntas que pueden hacer perder el control del testigo. Este tipo de preguntas **no deberán ser realizadas durante el contraexamen**. Esta sección nos recuerda que el contraexamen es una "ciencia", si se siguen sus reglas el resultado es predecible, si no se siguen el resultado también es predecible, pero no el deseado.

4.1. Abandonar las preguntas sugestivas

Una de las tres técnicas básicas del contraexamen es usar preguntas sugestivas, ya que estas aseguran el control del testigo hostil. Si el uso de preguntas sugestivas está permitido, cabe preguntarse ¿por qué tantas veces los abogados abandonan esta técnica? El principal temor parece ser que la calidad de la información que ingresa al juicio podría verse afectada, cuestión que, como se analizó, no es efectivo.⁹⁸

Otra razón para que algunos abandonen el uso de preguntas sugestivas, es que resulta incómodo poner palabras en la boca de otras personas y más aún cuando no estamos seguro de lo que contestarán. Si usted se ve enfrentado a esta clase de problemas, le recomendamos que practique hasta mejorar su técnica, sabiendo de antemano que quien abandone las preguntas sugestivas en algún momento perderá el control y recibirá una respuesta letal para su teoría del caso, porque siempre es un riesgo hacer preguntas abiertas durante el contraexamen.

4.2. Preguntas abiertas con final

Una pregunta abierta con final es una pregunta que no sugiere la respuesta, pero que a través de su final restringe la información solicitada, como por ejemplo: *¿Qué hizo usted las últimas 6 horas antes de ser arrestado?* Este tipo de preguntas, son una técnica del examen directo, ya que sin ser sugestivas, logra solicitar información más precisa que una pregunta abierta. Asimismo, este tipo de preguntas son de gran utilidad para la entrevista con el cliente, toda vez que no contamina la información solicitada.

⁹⁸ Para algunos, si el abogado ingresa la información esta sería menos creíble para el caso que si la ingresara el propio testigo.

El peligro de usar preguntas abiertas con final en el contraexamen, radica en que éstas invitan al testigo a explayarse sobre un tema determinado, con lo cual el abogado perderá todo control sobre el testigo, y no deben ser usadas durante el contraexamen.

4.3. Preguntas conclusivas

La pregunta conclusiva durante el contraexamen tiene dos errores: i) lo más probable es que el testigo no quiera concluir lo mismo que el contraexaminador, y comience a relativizar la conclusión ofrecida en la pregunta; ii) la pregunta conclusiva puede incluso ser impertinente toda vez que las conclusiones deben extraerlas los propios jueces y no los testigos. No se debe olvidar que el trabajo de quien contraexamina, es lograr exponer los hechos que llevarán a los jueces a las conclusiones deseadas.

ABOGADO: Sr. policía, ¿estará usted de acuerdo que en un procedimiento de drogas es bueno empadronar compradores?

Testigo: No, porque en muchos casos eso advierte al traficante, por lo cual es más bien riesgoso.

Estas preguntas no deben ser hechas durante el contraexamen por las razones ya expuestas.

4.4. Preguntas de caracterización

Cuando quien contraexamina, intenta que el testigo caracterice los eventos, personas, lugares, según sus preguntas, lo más probable es que el testigo no concuerde con esa caracterización y quiera señalar al tribunal las razones por las cuales no concuerda con ella.

PREGUNTA: ¿Hacía frío como para no llevar chaqueta, no es cierto?

Testigo: Para la gente del sur eso no es frío...

Las preguntas de caracterización no deben hacerse durante el contraexamen. La forma de lograr incorporar la información que la noche era fría es a través de la incorporación de los hechos que lleven a los jueces a concluir que hacía frío.

4.5. Preguntas acerca de lo declarado

Otra pregunta que hace perder el control del testigo, es aquella que lo retrotrae al examen directo. "Sr. testigo, *usted declaró en el directo...*". Normalmente los testigos nunca aceptan como propias las palabras que el abogado señala, aun cuando se usen las mismas palabras que el testigo usó en su examen directo.

ABOGADO: ¿Usted le dijo al fiscal que llegó al lugar a las 9:00 horas?

Testigo: Eso no fue lo que dije, yo dije que creo que llegamos como a las nueve, pero yo no he asegurado la hora de llegada.

Lo que debemos hacer para evitar este peligro es preguntar directamente los hechos omitiendo la formula "usted declaró en el directo que llegó a las 9:00 horas".

ABOGADO: ¿Usted dijo que llegó al lugar a las 9:00 horas?

Testigo: Sí.

El problema de la pregunta "usted declaró en el examen directo" es que faculta al testigo para discutir las palabras exactas que el abogado dice que el testigo usó durante el examen directo. Como se dijo, incluso si el abogado cita las mismas palabras pronunciadas por el testigo durante el examen directo, el testigo lo más probable es que no las recuerde y discutirá con él.

Como sostiene Steven Lubet,⁹⁹ y se dirá en el Capítulo IX de este trabajo, para desacreditar a un testigo con declaraciones previas inconsistentes, se requiere que el abogado retrotraiga al testigo a su declaración anterior. En estos casos el abogado que realiza el contraexamen puede señalar al testigo "*usted, cuando declaró en la fiscalía señaló...*". Esta fórmula no es contradictoria con lo señalado en este capítulo, ya que en los casos donde se retrotrae al testigo a una declaración anterior escrita y éste niega lo señalado por el contraexaminador, se le puede exhibir la declaración al testigo, zanjando definitivamente la discusión. Por otra parte, el abogado que realiza la desacreditación puede ceder parcialmente en esta discusión,¹⁰⁰ para el caso que retrotrai-

⁹⁹ STEVEN LUBET, *Modern Trial Advocacy*, obra ya citada, pág. 125.

¹⁰⁰ Lo que no significa que el testigo comience a no contestar o contestar cosas distintas a las preguntadas, ya que siempre esas pequeñas batallas deben ser ganadas por el abogado, a efecto de disciplinar al testigo y mantener el mensaje de control del abogado al testigo.

ga al testigo a lo declarado durante el juicio, ya que su objetivo es la desacreditación y no introducir esa información al juicio.

4.6. Preguntas que solicitan explicaciones

Jamás en el contraexamen podrán ser usadas preguntas preguntando *¿Porqué?* o *que soliciten explicaciones*. Estas serán siempre bien recibidas por el testigo quien gustoso explicará lo solicitado, escapando de la línea de contraexamen.

Normalmente existe un riesgo mayor de solicitar explicaciones, cuando el abogado recibe una respuesta absolutamente inesperada. Al necesitar saber *por qué*, el abogado puede caer en la tentación de pedir explicaciones. *¿A ver, Sr. testigo, explíquenos eso?* Y el testigo explicará largamente su respuesta a un contraexaminador aún más perplejo y desorientado.

ABOGADO: ¿Usted fue a una fiesta esa noche?

Testigo: Sí.

ABOGADO: ¿En esa fiesta bailó?

Testigo: Sí.

ABOGADO: ¿Comió?

Testigo: Sí.

ABOGADO: ¿Bebió?

Testigo: Sí.

ABOGADO: ¿Primero se tomó un par de cervezas?

Testigo: Sí.

ABOGADO: ¿Luego cuando llegó Pedro, se tomó dos cervezas más?

Testigo: Sí.

ABOGADO: ¿Antes de irse se tomó una última cerveza?

Testigo: Sí.

ABOGADO: ¿Como señalan los testigos, estuvo toda la noche con una cerveza en la mano?

Testigo: Sí.

ABOGADO: ¿Estaba medio ebrio?

Testigo: No, no, para nada.

ABOGADO: ¿Cómo si usted nos acaba de decir que siempre tuvo una cerveza en la mano, explíquenos cómo no estaba ebrio?

Testigo: Claro, lo que pasa es que esa semana yo estaba tomando un medicamento que hace que usted no pueda beber alcohol por lo cual la dueña de la fiesta me había comprado cerveza sin alcohol, la que bebí toda la noche.

Existen muchas formas de preguntar al testigo para que dé explicaciones tales como: ¿cómo sabe?, ¿por qué?, ¿cuéntenos?, etc. Ninguna de ellas podrá usarse en el contraexamen.

4.7. Preguntas para conocer información

Este es el tipo de preguntas que se conoce como "*salir de pesca*";¹⁰¹ es decir, aquellas que inquietan acerca de ciertas áreas con la esperanza de obtener algo que sea útil, sin saber la respuesta y sin poder contrastar esa respuesta. Este tipo de preguntas jamás podrán usarse en el contraexamen, ya que no es el momento para buscar información para contraexaminar al testigo. Este proceso debe realizarse en la etapa previa al juicio oral, investigando al testigo y su participación en los hechos, por lo tanto están absolutamente vedadas en el contraexamen.

4.8. La pregunta reiterativa

La pregunta reiterativa y final, tampoco debe hacerse en el contraexamen. Me refiero a aquella que quiere cerrar el punto, y pretende dejarlo totalmente claro para los jueces. Lo más probable es que si la pregunta fue contestada y se reitera, el testigo, lejos de concordar con lo preguntado, dará una explicación sobre el punto.

Examinemos un interrogatorio de la víctima por parte del defensor, en un caso de violación. Se trata de determinar si la víctima conocía o no con anterioridad al imputado.

¹⁰¹ PAUL BERGMAN, obra ya citada, página 167, señala: "Uno pesca cuando formula preguntas cuyas respuestas no puede refutar". Analiza esta clase de preguntas como aquéllas mínimamente seguras.

ABOGADO: ¿Srta. X, usted hoy nos ha dicho que conocía a mi cliente antes del incidente?

Testigo: Sí, lo conocía.

ABOGADO: ¿Usted declaró ante Carabineros la noche del incidente?

Testigo: Sí.

ABOGADO: ¿Carabineros que usted llamó para denunciar un delito?

Testigo: Sí.

ABOGADO: ¿Usted sabía que ellos iban a investigar?

Testigo: Sí.

ABOGADO: ¿Para investigar necesitaban la verdad?

Testigo: Sí.

ABOGADO: ¿Usted a ellos les dijo que no conocía a mi cliente?

Testigo: Sí, les dije que no lo conocía.

ABOGADO: ¿Entonces hoy podemos establecer que la noche del incidente usted le dijo a la policía que no conocía a mi cliente?

Testigo: Sí, es verdad

ABOGADO: ¿Pero eso no era verdad, y usted realmente lo conocía?

Testigo: Sí, pero entiéndame que yo estaba absolutamente choqueada y me confundí al declarar. Cuando lo comenté supe que era una persona amiga de mi papá, pero en realidad cuando declaré estaba muy choqueada y no me acordaba.

Claramente la última pregunta está de más y debe ser evitada.

5. Testigo que Nora¹⁰²

Un situación especial de control se verifica cuando durante el contraexamen un testigo comienza a llorar, ya no evade las preguntas y escapa a través de sus respuestas, simplemente el testigo no contesta o únicamente solloza.

Lo primero que deberá hacer el abogado, es controlar sus propias emociones y entender que a pesar del llanto o sollozo del testigo el contraexamen deber realizarse de igual manera.

Frente a la situación propuesta, muchos contraexaminadores sienten que el tribunal simpatiza con el testigo y la solución del problema es suspender el

¹⁰² Basado en *Cross-Examination, Science and Techniques*, Cap. 29.

contraexamen. Esta no es una buena solución. ¿Pero como pagar el menor costo de credibilidad frente al tribunal y seguir contraexaminando al testigo que llora? La solución dice relación con aplicar ciertas técnicas que nos lleven a identificar la emoción **que** provoca el llanto, luego lograr que el testigo deje de sentirla y que vuelva a su estado normal lo antes posible.

5.1. Lo que no debemos hacer

El abogado **no deberá ofrecer un receso**, un pañuelo, un vaso de agua o alguna otra actitud que denote lástima hacia el testigo, ya que éste pasará a controlar el contraexamen, lo que siempre es negativo. **Si el receso es ofrecido por el tribunal entonces se trata de una situación diferente y se puede consentir.**

Tampoco es conveniente que el testigo se percate de cambios de ánimo en quien contraexamina, tales como que su llanto logra socavar la intención del abogado de realizar su contraexamen y logrando finalmente que éste abandone su línea de preguntas.

Por último, no es una solución que el abogado deje de preguntar al testigo por temor a que éste logre desestabilizar al abogado. En síntesis el testigo a través del llanto no debe lograr el control del contraexamen.

5.2. Técnicas que funcionan

Las primeras técnicas de control para esta clase de testigos son las tres técnicas básicas del contraexamen y las técnicas **generales de control** ya analizadas. Asimismo, el abogado que contraexamina debe mantener la mirada sobre el testigo y una actitud absolutamente neutral hacia él. El mensaje para el testigo debe ser: *a pesar que llora, no salvará el día y deberá declarar igual, al tenor de las preguntas.*

5.2.1. IDENTIFICAR LA EMOCIÓN. Quien contraexamina a esta clase de testigos, debe **identificar la emoción** que **hace llorar al testigo**. Una vez identificada la emoción, debemos **evitar revivirla**. Si por ejemplo ella emana de la oscuridad del lugar del ataque y necesariamente quien contraexamina debe abordar el punto, se deben hacer las preguntas que logren graficar al tribunal que el lugar era oscuro, pero intercalando preguntas que eviten revi-

vir al testigo la emoción que lo hace llorar. Lo que debe intentarse durante el contraexamen, es no generar la atmósfera del lugar que trae aparejada la emoción. En estos casos, debemos modificar el sentido de la regla básica de contraexamen, de lo general a lo específico. Será preferible intercalar preguntas que eviten la emoción. Asimismo, el contraexamen no debe dirigirse a aspectos que denoten la relación personal con los demás testigos, ya que normalmente éstas traen aparejadas emociones.

5.2.2. CONCENTRARSE EN DETALLES. Luego de identificar la emoción que hace llorar al testigo, cada pregunta que realice el contraexaminador, **debe ser orientada a los detalles sobre la situación que está siendo objeto del contraexamen.** Si la pregunta requiere detalles cada vez más específicos, entonces obligará al testigo a concentrarse en ellos, y se **olvidará de la emoción** que le hace llorar en la sala de audiencia.

Como se dijo, las tres reglas básicas de contraexamen cobran especial importancia para controlar al testigo que llora. Usar un hecho por pregunta, debe ser aprovechado para consultar detalles que hagan concentrarse al testigo en esos detalles, olvidando la emoción que provoca su llanto.

No es conveniente el uso de preguntas que permitan narrar libremente lo sucedido, ya que volverá a la emoción detonante del llanto. El uso de preguntas sugestivas cobra mayor trascendencia y deberá ser usada con extrema experticia por quien realiza el contraexamen.

Por último, en estos casos es muy **poco aconsejable usar el orden cronológico para interrogar al testigo**, toda vez que si el incidente que debe recordar durante el interrogatorio es el que le produce la emoción que lo hace llorar, es probable que cuando el testigo comience a comprender que las preguntas se dirigen hacia ese incidente, nuevamente se desestabilice y comience a llorar. Así, un defensor que debe contraexaminar a la víctima de un delito de violación deberá identificar el hecho que se quiere obtener durante el capítulo de contraexamen, y obtenerlo sin preguntas cronológicas.

5.2.3. USO DE EVIDENCIA. Como ya se dijo, para lograr sacar al testigo de la emoción que lo hace perder el control y lo lleva a llorar, debemos concentrarlo en detalles. **Para** este objetivo, es **útil** durante el contraexamen, usar **la evidencia física** incorporada al juicio tales como planos, fotos u otros. El testigo comenzará a recordar detalles de la evidencia y se concentrará en ellos, con lo cual cambiará su centro emocional y dejará de llorar.

5.2.4. RITMO DE LAS PREGUNTAS. Luego que el llanto del testigo se detiene, **el ritmo de las preguntas debe ser más lento**, esto permitirá que el testigo tenga tiempo para que escuche y logre componerse ante el tribunal. Este cambio de ritmo de las preguntas solo debe ser temporal y con el preciso objeto de reorientar al testigo, luego debe volver a la normalidad en cuanto al ritmo de las preguntas.

6. Conclusión

Cuando un abogado planifica un contraexamen debe seguir las tres técnicas básicas, conocer y dominar un buen arsenal de técnicas de control del testigo. El desafío es lograr que el testigo sepa que deberá contestar todas las preguntas y que si quiere evadirlas el tribunal terminará recriminándolo hasta que responda. Todo lo anterior debe ejecutarse sin que el contraexaminador se enoje con el contraexaminado.

Por otra parte, el abogado jamás debe abandonar una pregunta que no fue contestada, subestimando su importancia. Esta actitud genera tres peligrosos mensajes: i) el primero, al testigo: *yo contesto cuando quiero y si quiero evado las preguntas'*, ii) el segundo, al juez: *lo que pregunta este abogado no es importante ya que frente a la primera dificultad abandona su línea de pregunta*, iii) por último, se envía un peligroso mensaje a la contraparte: *el abogado no es tan dominador de la situación cuando tiene problemas abandona al testigo, entonces lo voy a objetar*.

El dominio y aplicación de estas técnicas evitan que el abogado tenga una disputa con el testigo, y este último aparecerá como conscientemente evasivo, cuestión que le hará perder credibilidad ante los jueces, quienes terminarán por perder la paciencia ante el testigo evasivo. Las técnicas más agresivas de control deben usarse **sólo** cuando el tribunal lo **"permita"** y **frente a testigos que hayan sido consistentes y conscientemente evasivos**.

Por último, para el caso del testigo que llora durante el contraexamen debemos aplicar las tres técnicas básicas del contraexamen, pero también aquellas específicas tendientes a asegurar que aun esta clase de testigos deberá contestar las preguntas realizadas.

Secuencia del contraexamen

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Principio de *primacía* y lo más *reciente* en la secuencia del contraexamen. 3. No use el orden cronológico. 4. Secuencia del contraexamen con testigo del cual se debe obtener testimonio favorable y neutralizar o atacar parte de su testimonio. 5. Secuencia del contraexamen para atacar la credibilidad del testigo o su testimonio. 6. Terminar con un capítulo y una meta pertinente e impactante. 7. Establecer el control del testigo y luego contrainterrogar sobre capítulos de riesgo. 8. Cuando existen diferentes capítulos para impugnar la credibilidad del testigo comience con aquel en que la impugnación sea más clara. 9. Conclusión.

1. Introducción

El presente capítulo tiene por finalidad analizar los factores que debe tener presente el abogado litigante al momento de planificar la secuencia de los capítulos de contraexamen de un testigo determinado durante la audiencia de juicio oral.

Una vez determinado que el contraexamen se debe preparar a través de capítulos y elegidos los capítulos que realmente vamos a utilizar para contraexaminar a un testigo, debemos determinar en qué orden preguntaremos al testigo. Dicho de otra forma, qué capítulo de contraexamen irá primero, segundo, etc.

El orden a seguir hará que nuestros contraexámenes sean más persuasivos. Si se sigue un orden cronológico, lo más probable es que nuestro contrainterrogatorio pierda todo impacto persuasivo, ya que los jueces creerán estar escuchando la repetición del examen directo y dejarán de poner atención al contraexamen.

Al momento de decidir la secuencia debemos tener en cuenta cuál de los tres objetivos ya analizados tendrá el contraexamen.¹⁰³

2. Principio de *primacía* y lo más reciente en la secuencia del contraexamen

Cuando planificamos un juicio debemos tener presente que debemos persuadir a los jueces que nuestra teoría del caso es la más adecuada y debe ser aceptada en la sentencia. Por lo anterior, la litigación oral se nutre de técnicas de persuasión entre las cuales están los conceptos de *primacía* y lo más reciente (ya analizados en capítulos anteriores).

El concepto de *primacía* nos enseña que los primeros estímulos respecto a un hecho o evento determinado, tienen un efecto más permanente y duradero en nuestra memoria. Lo anterior se ve ratificado por el sentido común y nuestra propia experiencia. La primera impresión es importante, y si es negativa, debemos invertir bastante tiempo para cambiarla.

La primera regla respecto a la secuencia del contraexamen nos dice que debe comenzar con un capítulo que cree impacto y que sea atingente a nuestra teoría del caso. Debemos estructurar un capítulo que tenga un asunto relevante a la luz del objetivo general del contraexamen y que sea seguro de preguntar.¹⁰⁴ Por ejemplo, si se quiere atacar la credibilidad de un testigo por contradicciones entre lo declarado durante el juicio oral y sus declaraciones previas, se puede comenzar el contraexamen demostrando la contradicción más evidente y pertinente respecto a un hecho determinado. Para que este primer capítulo de contraexamen sea seguro, la contradicción debe emanar de las declaraciones dadas por el testigo y a efecto que cree impacto debe ser evidente.

Como ya se dijo, el principio de lo más reciente significa que lo último que se escucha permanece en la mente de los jueces por mayor tiempo, es decir, la última impresión es importante. Siempre un contraexamen debe

¹⁰³ Recordemos que los objetivos pueden ser: i) Establecer hechos positivos para la teoría del caso, ii) Atacar la credibilidad del testigo o de su testimonio, iii) Establecer algunos hechos positivos y asimismo atacar la credibilidad de parte del testimonio del testigo.

¹⁰⁴ Esta seguridad emana de la posibilidad que en el evento que el testigo niegue los hechos, éste pueda ser contrastado con una declaración previa dejando en evidencia la contradicción. Esto será analizado en el Capítulo IX de esta obra.

terminar en un punto alto. Si se ataca la credibilidad de un testigo, éste debe salir del tribunal sintiendo que fue desacreditado, por lo cual, el último capítulo de contraexamen no podrá ser un triunfo para el testigo.

La regla general respecto a la secuencia del contraexamen es **ubicar el mejor capítulo de contraexamen al final y el segundo mejor al principio**, lo que asegura el respeto y cumplimiento de los dos principios generales de persuasión antes analizados.¹⁰⁵

Esta secuencia del mejor capítulo al final y el segundo mejor al principio tiene excepciones, las que serán tratadas a continuación.

3. No use el orden cronológico

Otra regla general para establecer la secuencia de un contraexamen, nos dice que no debemos seguir el orden cronológico de cómo sucedieron los hechos, ni tampoco el orden cronológico en que declaró el testigo durante el examen directo. El uso de un orden cronológico suele ser útil para quien requiere establecer los hechos, cuestión excepcionalmente perseguida durante el contraexamen, que más bien es útil para obtener pequeñas porciones de información de quien pretende establecer una versión diferente de los hechos a la señalada por el testigo.

Por otra parte, construir los capítulos de contraexamen en el mismo orden cómo sucedieron los hechos, advertirá al testigo de las preguntas que vendrán con posterioridad, cuestión que lo faculta para preparar buenas respuestas evasivas que complicarán a quien contrainterroga.

Existen dos razones más que nos hacen no recomendable usar el mismo orden de los capítulos en que fue examinado el testigo durante el examen directo; los jueces creerán estar escuchando la repetición del examen directo y perderán interés en escucharlo; y el testigo aprovechará esta excelente oportunidad para llenar todos los vacíos de su declaración previa.

¹⁰⁵ Los principios de la *primacía* y *lo más reciente* aparecen destacados en litigación por diferentes autores como herramientas efectivas para la comunicación del abogado en el tribunal. Así THOMAS A. MAUET, en *Trial, strategy, skills, and the power of persuasion*, señala: "Effective communicators have a toolbox containing a variety of forensic tools. These include using: ...primacy (what is heard first is remembered better) recency (what is heard last is remember best)", pág. 4, obra citada.

En síntesis, el seguir un orden cronológico en el contraexamen presenta los siguientes problemas: i) El testigo tendrá la capacidad de prever las preguntas que vendrán e intentará escabullirse de las áreas sobre las cuales no quiere declarar, ii) Cede una de las principales herramientas de quien contrainterroga: la sorpresa que afecta a quien no conoce los temas que se le preguntan, iii) Produce desinterés en los jueces.

Excepcionalmente es recomendable usar un orden cronológico, cuando quien contraexamina debe crear las bases para la información buscada en el capítulo. Así por ejemplo, si se quiere establecer que un testigo no fue certero al momento de observar un evento determinado ya que esa noche estaba especialmente cansado a la hora del suceso, es posible que se deban ordenar los capítulos de contraexamen en el mismo sentido de las actividades que el testigo hizo durante el día. Esta técnica nos llevará a que en el último capítulo de contraexamen, el testigo acepte que ese día estaba especialmente cansado. Será necesario crear capítulos tales como *usted ese día se levantó temprano, llegó a trabajar a las 9:00, no tuvo tiempo de almorzar, tuvo mucho trabajo, etc.*

4. Secuencia del contraexamen con testigo del cual se debe obtener testimonio favorable y neutralizar o atacar parte de su testimonio

Existen casos en que frente a un mismo testigo, quien contraexamina debe por una parte: i) obtener testimonio favorable, esto es obtener algunos puntos que le son útiles, y ii) atacar la credibilidad del testigo o su testimonio o neutralizar ciertas áreas del testimonio de éste. La pregunta surge de inmediato: ¿Qué capítulos realizo primero? ¿Los que atacan la credibilidad del testigo o su testimonio o los capítulos que están destinados a introducir información favorable para la teoría del caso de quien contraexamina?

Lo recomendable es preguntar primero los capítulos de contraexamen que buscan testimonio favorable, antes que los capítulos en que se ataca la credibilidad del testigo o su testimonio. Si quien contraexamina busca testimonio favorable, es muy posible que el testigo concuerde con la información requerida y acceda amablemente a las preguntas. Una vez ingresada toda la información favorable al juicio, se podrán desarrollar los capítulos que atacan la credibilidad del testigo o su testimonio y que se dirigen a asuntos discutidos del caso. En este momento el testigo muy probablemente sea

mucho más hostil y será más difícil obtener respuestas positivas por parte del testigo, aun cuando se le preguntara información no disputada.

En síntesis, el orden propuesto de capítulos de contraexamen para esta clase de testigos en que primero se le dirigen preguntas tendientes a establecer los elementos útiles y positivos para quien interroga y luego se ataca su credibilidad, es esencial por dos razones: i) El testigo será más cooperador antes de que se ataque su credibilidad; ii) Cualquier admisión afirmativa de parte del testigo tendrá más peso si está obtenida antes de que se ataque la credibilidad de éste.

5. Secuencia del contraexamen para atacar la credibilidad del testigo o su testimonio

Anteriormente se dijo que la regla general de secuencia del contraexamen es que los dos mejores capítulos deben ser reservados para comenzar y para terminar el contraexamen.¹⁰⁶ Pues bien, cuando el objetivo del contraexamen es atacar la credibilidad del testigo o de su testimonio, debemos comenzar nuestra secuencia de contraexamen con el capítulo que sea más claro e impactante para atacar la credibilidad del declarante o su testimonio.

SÍ durante nuestro contraexamen vamos de inmediato sobre la credibilidad del testigo o su testimonio, fijaremos el tono como queremos que los jueces vean al testigo durante todo el curso del contraexamen: como un mentiroso, como quien está equivocado frente a los hechos, o como quien ha cambiado la historia que hoy nos relató. Si el testigo se ve débil desde un comienzo, comenzará a dudar más y se pondrá más nervioso, su debilidad se traspasará a todo aquello de lo cual el testigo estaba seguro y será más fácil destruir su credibilidad o la de su testimonio.

Existe otra razón para elegir esta secuencia de contraexamen, de no actuar así, el testigo confirmará la impresión de creíble que todos los testigos tienen al inicio de su declaración. Atacar la credibilidad del testigo de inmediato no dará tiempo a éste para que pueda construir las bases de su credibilidad mostrando simpatía a los jueces, o explicar inconsistencias o

¹⁰⁶ principio de la *primacía* y lo *más reciente*. El mejor capítulo al final el segundo mejor capítulo al principio del contraexamen.

contradicciones durante el contraexamen. Si se elige otra secuencia, quien contraexamina deberá destruir esas bases de credibilidad que todo testigo construye y luego atacar su credibilidad.

Lo más probable es que si el ataque a la credibilidad del testigo es efectivo el testigo responda siendo: i) Defensivo y comience a justificar su testimonio; ii) Comience a dudar, o iii) Comience a argumentar, o se manifieste molesto con el abogado o se manifieste incomodidad frente a las preguntas, **todo lo cual lo hará** menos creíble frente a los jueces.

De atacar la credibilidad del testigo o su testimonio con un hecho importante al comienzo del contraexamen y de obtener resultados positivos, luego aquellos hechos que aislados parecen menos importantes para desacreditar al testigo o su testimonio a la luz del efecto inicial se verán más trascendentes para desacreditar al testigo o su testimonio. Las pequeñas contradicciones, errores, faltas a la verdad serán la gota que rebasa el vaso de credibilidad del testigo, en otras palabras los pequeños errores o mentiras a la luz de la desacreditación inicial ya no serán pequeños errores o mentiras.

6. Terminar con un capítulo y una meta pertinente e impactante

Como ya se dijo, el principio de lo más *reciente* nos obliga a terminar con algo muy pertinente al final del contraexamen, una inconsistencia para el testigo que ha cambiado sus declaraciones durante el curso de la investigación, una mentira para el testigo mentiroso, un error para el testigo equivocado, etc. Esta forma dejará la sensación que deseábamos respecto al testigo, quien aparecerá como el mentiroso, el equivocado, el que cambia su versión de los hechos, todo lo cual será destacado durante el alegato de clausura.

Para lograr tal impresión debemos planificar cuidadosamente cuál capítulo será el último, la última pregunta, la última frase que pronunciará el testigo. Esa última frase debe tener un destacado especial en la hoja donde se prepara el contraexamen y que será llevada al juicio.

La última meta es una excelente oportunidad para invocar el *lema* del juicio. En el ejemplo tratado en el capítulo de preparación del contraexamen, para el caso del reconocimiento en que la víctima al momento de reconocer al imputado en las fotos mostradas en la policía señala *en realidad no daría mi vida, para asegurar que él es el autor*, la última pregunta del último capítulo de contraexamen de la víctima es un excelente momento para que ésta

reitere el lema del abogado defensor y conteste que luego de reconocer al imputado en las fotos señaló que en realidad *no daría su vida, para asegurar que él es el autor*.

La última meta de contraexamen o hecho buscado debe ser absolutamente admisible y claro, como también debe estar construido a prueba de objeciones. De producirse una objeción al final del contraexamen será una disputa entre los abogados y el tribunal, cuestión que hará perder todo impacto al contraexamen.

La última meta o hecho del último capítulo de contraexamen debe ser absolutamente seguro, eligiendo un hecho respaldado por un documento, como una declaración anterior del testigo. La última línea de contraexamen, debe ser una meta o hecho ya declarado por el testigo durante el examen directo, o por otro testigo de manera que la información introducida no pueda ser negada por el testigo. Asimismo, este último hecho puede emanar de la evidencia.

Por otra parte, la última pregunta debe ser un hecho que evite caracterizaciones o interpretaciones, considerando hechos absolutamente objetivos que no permitan dudas o explicaciones. Lo que usted dijo en la comisaría al reconocer a mi defendido en la foto fue *yo no daría mi vida en ello* no es cierto. No es bueno entonces terminar con: ¿Entonces usted diría que estaba bastante lejos?, con una pregunta así de relativa lo más probable es que el testigo comience a dar explicaciones.

7. Establecer el control del testigo y luego conainterrogar sobre capítulos de riesgo

Establecer primero el control del testigo y luego conainterrogar sobre capítulos de riesgo es esencial para realizar un buen contraexamen. Existen ocasiones en que el abogado debe preguntar ciertos capítulos que no son seguros, ya que no existen declaraciones previas que aseguren el control del testigo. Si quien debe contraexaminar a un testigo debe realizar capítulos de riesgo en cuanto al control del testigo, éstos solo podrán intentarse una vez establecido el control del testigo. Jamás comience un contraexamen con un capítulo riesgoso que pueda hacer perder el control del testigo.

Una de las formas de controlar a los testigos, es enseñándoles que deben ser disciplinados durante el contraexamen. Si durante el contraexamen el testigo intenta escapar y el abogado a través de las técnicas de control impide

que ello ocurra, el testigo sabrá que en el evento de intentar responder a través de respuestas evasivas, su credibilidad pagará un costo frente al tribunal y seguramente no intentará seguir escapando. Es muy probable asimismo, que al testigo evasivo el tribunal le haya llamado la atención, y su intención de evadir las respuestas también disminuirá.

Es recomendable entonces que una vez que el abogado asegure completamente el control del testigo se le dirijan los capítulos que tengan mayor riesgo. Los capítulos seguros son aquellos que el testigo no discutirá, o en que si lo hace, sus respuestas están documentadas en una declaración anterior por lo cual frente a respuestas inconsistentes será inmediatamente contrastado con sus declaraciones anteriores y se podrá acreditar su falta de veracidad frente al tribunal.

Al momento de iniciar preguntando en los capítulos de mayor riesgo, el abogado no puede cambiar su estilo de pregunta, ni puede ser visible su nerviosismo frente al testigo o tribunal. En estos capítulos se deberá extremar el uso de las tres técnicas básicas de contraexamen contenidas en el Capítulo VI y siempre deberá reservar un capítulo seguro y persuasivo para terminar el contraexamen dejando una buena impresión en el tribunal.

Una advertencia final, solo si es indispensable preguntar sobre capítulos riesgosos durante el contraexamen puede hacerlo con la advertencia antes señalada, si su teoría del caso es exitosa y no necesita preguntar materias riesgosas al testigo no lo haga.

8. Cuando existen diferentes capítulos para impugnar la credibilidad del testigo comience con aquel en que la impugnación sea más clara

Para el caso en que el abogado decida realizar un interrogatorio en que va a atacar la credibilidad del testigo mediante la impugnación de su credibilidad con el uso de declaraciones previas inconsistentes,¹⁰⁷ es decir demostrando lo contradictorias que son, es recomendable comenzar el contrainterrogatorio con aquella más clara, relevante y pertinente disponible al efecto.

¹⁰ Esto es a través del uso de las hipótesis establecidas en el artículo 332 del CPP en relación a los artículos 334 y 309 del mismo cuerpo legal.

Si en el proceso de contrastación¹⁰⁸ se demuestra que su declaración actual es contradictoria, con un documento de la investigación que suscribió, o una declaración previa, el tribunal estará más abierto a permitir el uso futuro de la técnica de la contrastación al abogado que contraexamina. El tribunal entenderá que cuando el abogado solicita dar lectura a documentos o declaraciones anteriores, es para algo relevante que será de utilidad para el caso. El contendor no se opondrá, sabrá que el abogado está preparado, el testigo también será más sincero en su relato, y tendrá temor a ser contrastado nuevamente, corriendo el riesgo de que el tribunal perciba que ha cambiado su versión y le reste credibilidad.

Si durante el proceso de contrastación el testigo, entrega información que puede ser usada para contrastar en el mismo tema, esta información debe ser usada de inmediato por el abogado que realiza el contraexamen, mediante la aplicación de la técnica de la desacreditación del testigo por inconsistencia entre lo declarado durante el juicio oral con lo declarado previamente. Esto último tiene riesgos, ya que el abogado no tiene tiempo para preparar el capítulo de contraexamen, pero deberá actuar usando la mecánica para desacreditar al testigo con declaraciones previas inconsistentes.¹⁰⁹ Al efecto deberá dejar constancia de la nueva información entregada por el testigo en los apuntes tomados durante el juicio.

Siempre que siga esta última recomendación es útil guardar un capítulo seguro para terminar el contraexamen, para el evento que los capítulos que se deben improvisar no resulten lo bien que el abogado esperaba. Para disminuir esta eventualidad es que debemos manejar muy bien las técnicas de impugnación de la credibilidad del testigo con declaraciones previas inconsistentes, explicadas en el capítulo siguiente.

9. Conclusión

El orden en que se desarrollen los capítulos de contraexamen, determinará cuán persuasivo será nuestro contraexamen. Al momento de planificar el contraexamen de un testigo determinado debemos definir con parámetros

ios y er. Capítulo EX: Contraexamen para desacreditar al testigo o su testimonio, de esta obra,

¹⁰⁹ Ver Capítulo IX, ap. 7º: Comprometer, acreditar, solicitar autorización al tribunal exhibir una declaración o informe previo y confrontar, en este libro.

técnicos en qué orden preguntaremos al testigo. La regla general es reservar los dos mejores capítulos, uno para el final y otro para el comienzo del contraexamen. Asimismo, debemos precaver que el último capítulo sea un capítulo seguro de preguntar con lo cual el abogado terminará en un tono alto su contraexamen.

Contraexamen para desacreditar al testigo o su testimonio

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Ambitos para atacar la credibilidad de un testigo. 3. Técnicas para desacreditar a un testigo o su testimonio. 4. Factores relevantes para valorar el testimonio de un testigo. 5. Consideraciones tácticas: Importancia de la impugnación. 6. La actitud hacia el contraexamen. 7. Usar las frases y palabras precisas. 8. Mantener el control del testigo. 9. Buena fe. 10. Impugnación de la credibilidad de un testigo o perito con declaraciones previas inconsistentes. 10.1. Concepto. 10.2. Preparación de la inconsistencia antes del juicio. 10.3. Etapas para contrastar a un testigo o perito con sus declaraciones previas durante el juicio oral. 10.3.1. Primera etapa: El compromiso. 10.3.1.1. Repetir el examen directo. 10.3.1.2. Uso de una frase. 10.3.1.3. Qué método utilizar. 10.3.2. Segunda etapa: La acreditación. 10.3.3. Tercera etapa: Solicitud al tribunal para exhibir la declaración previa. 10.3.4. Cuarta etapa: La confrontación. 10.3.5. Consideraciones finales. 11. Impugnación de la credibilidad de un testigo en caso de omisiones. 11.1. Introducción. 11.2. Concepto. 11.3. Sustento legal. 11.4. Bases de la impugnación a través de contrastar por omisiones previas. 11.5. Etapas de la impugnación de la credibilidad de un testigo o perito por omisiones previas. 11.6. Problemas para la impugnación de la credibilidad por omisiones de un testigo o perito en la práctica de nuestros tribunales. 12. Interés, prejuicio o motivación. 12.1. Prejuicio o motivación. 13. Impugnación por falta de capacidad para observar, percibir o recordar. 13.1. Incapacidad para observar o percibir. 13.2. Incapacidad para recordar. 14. Impugnación con declaraciones no escritas. 15. Impugnación de credibilidad de la declaración del testigo externas a su declaración. 16. Impugnación con actos negativos y antecedentes pretéritos. 16.1. Antecedentes pretéritos. 16.2. Actos negativos. 17. La impugnación de la credibilidad de un testigo a través del uso de declaraciones previas o documentos de la

investigación en la práctica de nuestros tribunales. 17.1. Introducción. 17.2. Principios. 17.2.1. Principio acusatorio. 17.2.2. Principio de contradicción. 17.3. Uso del artículo 332 del CPP. 17.3.1. Fuentes. 17.3.2. Análisis. 17.3.3. Impugnación de la credibilidad de un testigo con documentos de la investigación distintos a los señalados en el artículo 332 del CPP. 17.3.3.1. El problema. 17.4. Uso del artículo 334 del CPP. 17.5. Uso del artículo 336 del CPP. 17.6. Uso del artículo 329 del CPP. 17.7. Jurisprudencia.

1. Introducción

La impugnación es una técnica del contraexamen destinada a **desacreditar al testigo o su testimonio**. Su propósito es simple: demostrar al juez que el testigo o una parte de su testimonio, no son creíbles.¹¹⁰ El objetivo del proceso, por lo tanto, será **desacreditar al perito o testigo como una fuente confiable de información que ingresa al juicio oral**.

Impugnar la credibilidad de un testigo o su testimonio es el objetivo más frecuente de un contraexamen. Si se entiende que un juicio contradictorio está relacionado con la disputa de hechos, normalmente la versión de los hechos dada por el testigo de la contraparte no será compatible con la teoría del caso de quien contraexamina.

La impugnación de la credibilidad del testigo o su testimonio es propio de sistemas procesales como el nuestro, donde no existen los testigos inhábiles.

Según lo prescrito en el artículo 309 del CPP la credibilidad de un testigo se puede impugnar dirigiéndole preguntas tendientes a demostrar:

- *Su falta de credibilidad;*
- *La existencia de vínculos con alguno de los intervinientes que afectaren o pudieren afectar su imparcialidad; o*
- *Algún otro defecto de idoneidad.ⁿⁱ*

¹¹⁰ Traducción libre de THOMAS A. MAUET, pág. 273: "Impeachment is a cross-examination technique that discredits the witness, or his testimony. Its purpose is simple: show the jury that this witness, or this part of his testimony, cannot be believed". La traducción de *impeachment*, según diccionario, es: acusar, tachar.

¹¹¹ *Idoneidad*, es la cualidad de idóneo, e *idóneo* es adecuado y apropiado para algo. *Diccionario de la Lengua Española*, 21ª edición, 2001.

Respecto a los peritos, el artículo 318 del CPP señala que en la audiencia de juicio oral pueden dirigírseles preguntas para determinar:

- *Su imparcialidad e idoneidad;* así como
- *El rigor técnico o científico desús conclusiones.*

La desacreditación¹¹² es, como se dijo, parte del contraexamen y materializa el principal objetivo de éste, comprobar o contrastar la memoria del testigo, su correcta percepción de los hechos, su veracidad y claridad, lo que ha causado más de un problema de interpretación en nuestra realidad jurídica. Este tema será analizado en el acápite 17.3.3 de este Capítulo, a propósito de la interpretación de parte de nuestros tribunales de las facultades de los intervinientes para demostrar contradicciones de los testigos entre lo declarado en el juicio y lo consignado en documentos de la investigación distintos de aquéllos singularizados en el artículo 332 del CPP.

¹¹² La desacreditación del testigo o su testimonio se trata en la litigación norteamericana a través del concepto de *impeachment*. La regla federal de evidencia de los EE.UU. 607 se refiere a quien puede desacreditar. "Rule 607 Who May Impeach: The credibility of a witness may be attacked by any party, including the party calling the witness". Esta regla establece que la credibilidad del testigo puede ser atacada por cualquier parte incluso la parte que lo presenta.

Las Reglas Federales de Evidencia 608 y 609 se refieren a la desacreditación por falta de sinceridad. La regla 613 se refiere a la desacreditación por declaraciones previas inconsistentes. Otras formas de desacreditación tales como por tener el testigo un interés o capacidad no están expresamente tratadas pero se han desarrollado en la práctica y jurisprudencia.

La Corte Suprema de EE.UU. en *Davis v. Alaska*, 415 U.S. 308,315 (1974) estableció que el derecho a desacreditar a un testigo es un componente importante del derecho a confrontar a los testigos contenido en la VI Enmienda en relación a la IV de la Constitución. En los mismos términos *Delaware v. Van Arsdall*, 475 U.S. 673 (1986) en que se señala que la Corte al no permitir desacreditar al testigo por ser parcial infringió el derecho a confrontar. (VI enmienda) "...While the trial court's denial of respondents opportunity to impeach the prosecution witness for bias violated respondents rights under the Confrontation Clause...". En el primer caso *Davis v. Alaska*, no se permitió a la defensa hacer preguntas a un testigo clave del fiscal (Green) para demostrar su parcialidad, ya que el testigo había sido sospechoso en el mismo caso y tenía antecedentes previos como menor que lo tenían con una suerte de beneficio (probation). En este caso se resolvió que el derecho a confrontar del imputado debe preferirse al del testigo (Green) a no ser incomodado (avergonzado u ofendido) con el descubrimiento de los antecedentes anteriores.

2. Ambitos para atacar la credibilidad de un testigo

Los ámbitos para atacar la credibilidad de un testigo o perito en la audiencia de juicio oral son amplios. A modo ejemplar, se puede señalar que un testigo o perito puede ser impugnado a través de preguntas dirigidas a demostrar que sus declaraciones son:

- Inconsistentes con el resto de la evidencia.
- Inconsistentes con sus declaraciones previas.
- Inconsistentes con documentos en que haya tenido participación.
- Inconsistentes con su propia declaración realizada en el juicio.
- Inconsistentes con el sentido común.
- Inconsistentes con la lógica.
- Inconsistentes con otras versiones presentadas en el juicio.
- Prejuiciosas.
- Poco creíbles por tener interés en el juicio.
- Poco creíbles por su incapacidad para observar o percibir.
- Poco creíbles por su incapacidad para recordar.
- Poco creíbles por tener antecedentes anteriores.
- Poco creíbles por haber realizado actos negativos anteriores.
- Poco creíbles por inconsistencias con lo no realizado.
- Poco creíbles por omisiones.¹¹³

3. Técnicas para desacreditar a un testigo o su testimonio

A efecto de desacreditar a un testigo o su testimonio, por ser su declaración prestada durante el juicio oral inconsistente o contradictoria con sus declaraciones anteriores, se deben seguir cuatro etapas, que son: comprometer, acreditar, solicitar al tribunal autorización para exhibir una declaración previa o informe del testigo y luego confrontar al testigo con su declaración o informe.

¹¹³ Este es el clásico caso del testigo que declara en el juicio con gran cantidad de detalles que jamás reveló en sus declaraciones anteriores, el testigo pasa a ser poco creíble ya que su declaración es diferente a las anteriores.

La impugnación de la credibilidad de un testigo por omisiones, también debe seguir las cuatro etapas anteriores. Ambos tipos de impugnación faculta al abogado durante el juicio oral para leer partes o parte de la declaración o informe previo del testigo.¹¹⁴

Los otros tipos de impugnación de la credibilidad del testigo no se realizan a través de estas cuatro etapas ni hacen que el abogado lea parte de las declaraciones previas del testigo durante el proceso de contrastación.

4. Factores relevantes para valorar el testimonio de un testigo

Existen cuatro factores relevantes que deben estar presentes al momento de dar validez al testimonio de un testigo, estos son: a) *La percepción*: ¿el testigo pudo percibir correctamente lo que hoy describe?; b) *La memoria*: ¿el testigo ha retenido en forma precisa lo que percibió?; c) *La narración*: ¿el lenguaje utilizado por el testigo es preciso para comunicar lo percibido?, y d) *La sinceridad*: ¿tiene el testigo algún grado de intención o interés para declarar falsamente?¹¹⁵

En razón de lo anterior y desde el punto de vista de la desacreditación durante una audiencia de juicio oral o de prueba anticipada, se pueden dirigir preguntas con el objeto de demostrar que el testigo no pudo percibir correctamente el evento, o no puede recordar en forma precisa lo percibido, o no puede comunicarlo en forma precisa o está declarando en forma poco sincera. Todo esto se realiza mediante el contraexamen.

Es interesante señalar que para verificar estos cuatro factores que le dan mayor o menor validez a la declaración de un testigo, la tradición norteamericana exige tres condiciones: *juramento* del testigo, *presencia personal* del testigo y que el testigo sea *contraexaminado*.¹¹⁶

^{1,4} Ver arts. 332 y 334 CPP.

¹¹⁵ Fuente: *McCormick on Evidence*, pág. 373 obra ya citada.

¹¹⁶ Por eso la prohibición de los testigos de referencia o de oídas "Hearsay Rule", Reglas Federales de Evidencia 801 a 807.

5. Consideraciones tácticas: Importancia de la impugnación

La **impugnación de la credibilidad** de un testigo o su testimonio durante el contraexamen es una poderosa herramienta de la **litigación oral** que debe ser usada **solo para asuntos relevantes**. Lo anterior es lo que se conoce como el principio de la **relevancia de la impugnación**.¹¹⁷ Si en una declaración el testigo dijo que eran amigos y en otra dijo que se conocían hace bastante tiempo, ese no es un hecho suficiente para impugnar la credibilidad del testigo. Contrastar¹¹⁸ o impugnar cada error irrelevante del testigo durante el juicio oral hará perder credibilidad al abogado frente al juzgador, el juez rápidamente comprenderá que el abogado no tiene nada importante que obtener en el contraexamen y dejarán de escuchar. La impugnación perderá su verdadero sentido.

El hecho materia de la impugnación debe ser de tal importancia que la contradicción descubierta no admita explicaciones y al exponerse al tribunal éste comience a desconfiar de todo lo señalado por el testigo. Es relevante señalar que el proceso de impugnación de la credibilidad de un testigo es tenso y dramático, y cuando el tribunal lo permite los jueces se crean una gran expectativa en el resultado de éste, por lo que el proceso debe responder a la expectativa creada.

El principio de la *relevancia de la impugnación* nos enseña que ésta debe ser usada en **forma selectiva**, aprender cuándo y cómo ocupar esta herramienta de litigación oral es esencial para producir el efecto deseado por el litigante.

¹¹⁷ El principio de la relevancia o importancia de la impugnación, tiene plena aplicación en nuestro sistema al tener jueces y no jurados, THOMAS A. MAUET en *Trial Techniques*, en su apartado de Bench Triáis (Juicios ante Jueces), pág. 552, hace especial mención que en este tipo de juicios deben eliminarse las impugnaciones triviales dado que los jueces saben que los testigos son humanos y cometen errores. "Remember, however, that judges understand impeachment, and they know what is meaningful and what is not" (Recuerde que el juez comprende la impugnación y sabe qué es significativo y lo que no lo es).

Por contraste debemos entender notable diferencia o condiciones opuestas, significado que debe tenerse en cuenta al momento de decidir o no iniciar un proceso de desacreditación de un testigo con declaraciones previas inconsistentes o contradictorias.

¹¹⁸ En litigación por contrastar o confrontar debemos entender el proceso en el cual se le exhibe la declaración previa al testigo en que consta la contradicción o de la cual se desprende la omisión, artículo 332 CPP.

6. La actitud hacia el contraexamen¹¹⁹

Como se dijo el hecho de desacreditar a un testigo es una situación que genera tensión en el tribunal. Antes de comenzar el contraexamen debe decirse qué actitud se tendrá frente al testigo. Asimismo, quien debe realizar el contraexamen debe decidir qué impresión quiere que tengan los jueces acerca del testigo y su testimonio, al finalizar el contraexamen.

Para algunos casos, será necesario realizar el contraexamen en un tono de gentil desaprobación como para el caso del testigo joven equivocado, repugnancia con el delator que miente en la sala de audiencia, indignación con aquellos que inventan o falsean evidencia o cambian los hechos, y hasta un leve desprecio hacia el que no ha realizado su trabajo y por su negligencia se han inculcado personas. En todo caso, el abogado que realiza el contraexamen debe tener presente que siempre que se utilice un tono poco amable con el testigo es muy probable que el tribunal tendrá una simpatía inicial hacia el testigo, situación que al comienzo hará perder credibilidad al abogado, la que solo recuperará si logra durante el contraexamen justificar ante el tribunal el haber usado un tono poco amable hacia el testigo.

7. Usar las frases y palabras precisas

Cuando la desacreditación tiene por objeto demostrar que el testigo está mintiendo o está equivocado, debemos usar ciertas frases que dejen en claro esta situación desde el principio del contraexamen al tribunal. Así, si la declaración previa del testigo es la verdadera y la entregada durante el juicio oral la falsa o equivocada, al momento de referirnos a la declaración previa debemos referirnos a ella como "su testimonio" y al momento de referirnos a la nueva versión entregada por el testigo durante el juicio oral, señalar "su nueva versión" o "la última versión señalada por usted a los jueces" o más radical aún "según la supuesta nueva forma como habrían sucedido los hechos".

A través del uso correcto de las palabras los jueces entenderán claramente el mensaje y estarán más receptivos a escucharlo y permitir la contrastación.

¹¹⁹ Véase Capítulo V, ap. 5, de esta obra.

8. Mantener el control del testigo

En el Capítulo VII se analizó la importancia del control del testigo durante el contraexamen. Para el caso de realizar un contraexamen que tiene por objeto desacreditar a un testigo este recobra una mayor importancia dada la tensión producida entre el testigo y el abogado. El objetivo del contraexamen será dejar establecido que el testigo ha mentido o está equivocado, en ningún momento el equivocado o quien miente ante el tribunal puede tomar el control del contraexamen.

Además de las recomendaciones generales de control ya entregadas en el capítulo respectivo y el uso de las tres técnicas básicas de contraexamen (Capítulo VI), las cuales se deben respetar estrictamente para el caso de la desacreditación, no se debe permitir que el testigo sea evasivo, no responda o conteste estrictamente lo que se le pregunta, aun en aspectos no importantes del contraexamen ya que el permitir que el testigo escape en pequeñas respuestas hará que este lo intente en los asuntos de mayor trascendencia. El que el abogado gane las pequeñas batallas de control ante el testigo hará que éste pierda la capacidad de escapar ante las preguntas que intentan desacreditarlo.¹²⁰

9. Buena fe

La ética es un tema que por años ha sido desatendido en el ejercicio de la profesión de abogado en nuestro país. El nuevo sistema procesal penal al ser un sistema oral, público y contradictorio, nos exige nuevos estándares éticos. En este sentido y para el tema que nos convoca es esencial que al momento de desacreditar a un testigo o su testimonio, el abogado lo haga de buena fe.

El abogado no puede impugnar la credibilidad de un testigo o su testimonio con información falsa o con evidencia ilegal o inadmisibles.¹²¹ De

¹²⁰ Capítulo VII, ap. 4.5, de esta obra, en que se señala un ejemplo en que se puede ceder parcialmente en el control del testigo, a propósito de las preguntas que retrotraen al testigo a lo ya declarado, lo cual es absolutamente excepcional. Todas las demás batallas de control con el declarante deben ser ganadas por el abogado, por lo ya señalado.

En el sistema norteamericano se protege a un testigo de ser impugnado con un hecho que no tenga suficiente base, Model Rules of Professional Conduct 3.4. *"(e) in trial, allude to any matter that the lawyer does not reasonably believe is relevant or that will not be supported by*

producirse lo anterior la contraparte deberá inmediatamente deducir una objeción a la pregunta por engañosa o por introducir información ilegal al juicio.

El virtud del concepto de buena fe si el testigo durante el juicio oral declara algo verdadero y en una declaración anterior por error declaró algo equivocado pero que es más conveniente para el abogado que realiza el contraexamen, este último está impedido de impugnar al testigo intentando establecer como cierto el hecho que conoce como falso, ya que de hacerlo estaría incorporando prueba falsa al juicio en pleno conocimiento de ello.¹²²

10. Impugnación de la credibilidad de un testigo o perito con declaraciones previas inconsistentes

La impugnación de la credibilidad de un testigo o perito demostrando inconsistencias entre lo señalado durante el juicio y sus declaraciones previas, es la forma más importante de desacreditar a un testigo durante el juicio oral o audiencia de recepción de prueba anticipada. Como ya se señaló en nuestro sistema tiene su sustento legal en los artículos 298, 309, 318, 332 y 334 del CPP.¹²³

Para el caso de la defensa el derecho a confrontar a los testigos de cargo es un elemento básico del derecho a defensa jurídica consagrado en el artículo 19

admissible evidence". El juez puede obligar al litigante a señalar a él las bases en que funda el hecho que está siendo utilizado para impugnar al testigo. La buena fe es una regla ética. Ver MAUET en *Trial Techniques*, pág. 274, obra ya citada.

¹²² En este punto no está de más recordar que el artículo 207 del Código Penal sanciona a quien a sabiendas presente testigos o peritos falsos, situación que sin perjuicio de ser disímil a la analizada, ya que el Código Penal sanciona a quien presente la prueba falsa a sabiendas, es interesante tenerlo presente para la creación de futuros códigos de ética, más de acuerdo a un principio acusatorio y contradictorio como el instaurado por el CPE En el sistema norteamericano, este tema está tratado en las reglas que regulan la conducta profesional. La incorporación de evidencia falsa está tratada en el derecho de EE.UU. en Model Rules of Professional Conduct 3.3, la que prohíbe al abogado ofrecer evidencia falsa a sabiendas.

¹²³ En el sistema norteamericano el uso de declaraciones previas inconsistentes para desacreditar a un testigo es tan importante que la Corte Suprema ha señalado que el abogado defensor debe estar proveído de las declaraciones de los testigos del Estado antes del contraexamen *Jencks v. United States*, 353 U.S. 657 (1957).

Nº 3 inciso 2º de la Constitución Política de la República, y para el acusador éste emana del principio de contradicción.¹²⁴

10.1. Concepto

La impugnación de la credibilidad de un testigo o perito con declaraciones previas inconsistentes es: el mecanismo mediante el cual se ataca la credibilidad del testimonio del testigo o perito demostrando al tribunal que este ha realizado declaraciones previas inconsistentes o contradictorias sobre aspectos importantes de su versión de los hechos en comparación a la versión señalada durante el juicio oral.

Esta forma de desacreditación es la más **efectiva** y **dramática** que puede ser usada durante la audiencia de juicio **oral toda vez que para desacreditar al testigo el abogado usa sus propias palabras** a efecto de demostrar las inconsistencias entre lo señalado durante el juicio a lo declarado con anterioridad por el testigo.

10.2. Preparación de la inconsistencia antes del juicio

10.2.1. Para la impugnación de la credibilidad del testimonio del testigo demostrando las inconsistencias entre sus declaraciones, lo primero que debemos hacer es **descubrir** las inconsistencias. Lo anterior significa que el abogado luego de la lectura de todos los antecedentes debe determinar las inconsistencias que el testigo tenga en las diversas declaraciones que haya prestado en la investigación o documentos en que haya participado.

El testigo en su primera declaración policial señaló que su atacante era una persona baja de no más de un metro sesenta de estatura y luego ante el fiscal señaló que era una persona alta y corpulenta. Esa es una inconsistencia que el abogado defensor debe tener presente para preparar el contraexamen de ese testigo.

¹²⁴ Al cual se entiende incorporado como aspectos básicos del derecho a defensa el confrontar a los testigos de cargo en virtud de lo prescrito en el artículo 5º inc. 2º de la Constitución, en relación a lo prescrito en los artículos 14 ap. 3 letra e) del PIDCP "*A interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo...*" y lo prescrito en el artículo 8º ap. 2º letra f) del Pacto de San José de Costa Rica.

10.2.2. El segundo paso que debemos seguir en este proceso es preparar físicamente la inconsistencia. Lo anterior significa la selección precisa del o los documentos en los que se consignan los diversos hechos contradictorios o inconsistentes y conocer físicamente dónde están ubicados esos hechos en las declaraciones prestadas por el testigo.

10.3. Etapas para contrastar a un testigo o perito con sus declaraciones previas durante el juicio oral

Para contrastar a un perito o testigo con lo declarado previamente a lo declarado durante el juicio oral, por existir inconsistencias o contradicciones, se deben verificar cuatro etapas,¹²⁵ i) El *compromiso* del testigo con lo que nos dice hoy; ii) *Acreditarla* declaración anterior como fidedigna, lo que impedirá que el testigo explique su contradicción; iii) *Solicitar al tribunal autorización para exhibir una declaración previa* al testigo, perito¹²⁶ o imputado, que es la etapa en que se debe satisfacer alguna de las hipótesis del artículo 332 del CPP; iv) *confrontar* al testigo, perito o imputado con su declaración anterior, etapa en que materialmente se le exhibe su declaración.

En nuestro sistema antes de pasar a la etapa de la *confrontación* y en la parte final del *compromiso* debemos satisfacer alguna de las hipótesis del artículo 332 del CPP, que permiten durante el juicio oral leer partes o parte de la declaración anterior del testigo o perito, según se explicara.

¹²⁵ En el sistema norteamericano son tres, MAUET, obra ya citada, pág. 281. La técnica de impugnación debe ser simple y estructurada. La estructura básica envuelve tres pasos: comprometer, acreditar y confrontar. "The impeachment technique must be both structured and simple. The basis structure involves three steps commit, credit and confront".

En los mismos términos lo señalan L. TIMOTHY PERRIN, H. MITCHELL CALDWELL y CAROL A. CHASE, obra citada, págs. 334 y 335, señalando las tres etapas como Commit, Lay an adequate Foundation y reading the inconsistent statement to the witness; STEVEN LUBET, obra citada, págs. 162 y siguientes señalan también tres pasos: 1. Recommit the witness with a prior inconsistent statement. 2. Valídate the prior statement. 3. Confront the witness with the prior statement.

Todos los autores coinciden en que para impugnar la credibilidad de un testigo por inconsistencias entre sus declaraciones deben seguirse tres pasos o etapas.

¹²⁶ Para el caso del perito, la ley faculta para exhibirle su informe, aun cuando nada impide exhibirle su declaración.

Por último, si se quiere desacreditar al testigo demostrando una contradicción entre lo declarado durante un juicio oral respecto a lo declarado por el testigo en una declaración previa, debe anotarse con toda precisión lo declarado por el testigo en el examen directo, esto es, según lo ya explicado, preparar físicamente los hechos constitutivos de la contrastación.

10.3.1. PRIMERA ETAPA: EL COMPROMISO. El objetivo del *compromiso* es que el testigo se comprometa con la versión que ha dado de los hechos y que va a ser contrastada. Durante el contraexamen del testigo o perito el abogado debe lograr que éste ratifique la versión de los hechos entregada en la audiencia de juicio oral.

PREGUNTA: ¿Usted hoy nos declaró que lo atacaron 6 personas?

Respuesta-. Sí.

PREGUNTA: ¿Según la versión que hoy nos ha dado usted está *seguro que sus atacantes eran 6?*

Respuesta-, Sí.

Esta pregunta fija el hecho que será materia de la contrastación.

Jamás deberá hacerse una pregunta abierta para lograr que el testigo se comprometa con lo que acaba de señalar, ya que inmediatamente el testigo explicará la inconsistencia o contradicción.

PREGUNTA: ¿Sr. Pérez, cuántos eran sus atacantes?

Respuesta: Bueno al principio creí ver 4, pero...

El *compromiso* se puede lograr a través de dos formas: i) repetir el examen directo, o ii) el uso de una frase que recuerde la información que es materia de la confrontación.

10.3.1.1. *Repetir el examen directo.* El objetivo del *compromiso* es lograr que queden absolutamente claros los hechos declarados por el testigo y que van a ser contrastados. Lo anterior debe lograrse a través de preguntas cortas y sugestivas que eviten repetir todo el examen directo.

Compromiso mediante la repetición del examen directo

- ¿Usted nos acaba de relatar el incidente del 1º de julio de 2004?
- ¿Fue preguntado por el fiscal?

- ¿Respondió a sus preguntas?
- ¿Trató de ser claro?
- ¿Y de responder con la verdad?
- ¿Trató de ayudar al tribunal para establecer los hechos?
- ¿Y nos señaló que usted fue atacado por 6 personas?

Esta primera forma de comprometer al testigo con el hecho que va a ser materia de la contrastación, requiere tomar cuidadosas notas durante el examen directo, y conocer en detalles las declaraciones previas del testigo.

10.3.1.2. *Uso de una frase.* La etapa del *compromiso* también se puede lograr recordando a través de una frase los hechos que serán materia de la contrastación. Al efecto, debemos usar la frase exacta que usó el testigo en su declaración anterior y que va a ser materia de contrastación. Esta metodología evita repetir el examen directo.

PREGUNTA:

1) ¿Sr. Pérez, a usted el día de los hechos lo atacaron solo 2 personas, no es cierto?

La primera pregunta podría ser objetada por engañosa. No es engañosa ya que es otra versión presentada en el juicio, art. 330 inc. 2º CPP.

Asimismo, existe esta segunda modalidad.

2) ¿Sr. Pérez, en esta investigación ante el fiscal usted declaró que el día de los hechos lo habían atacado solo 2 personas, no es cierto?

Respuesta: No, 6 personas.

Luego de esta primera pregunta se pasa directamente a la segunda etapa, la de *acreditación*.

PREGUNTA: ¿Sr. Pérez, usted declaró ante el fiscal con fecha 1 de julio de 2004?

PREGUNTA: ¿Declaró el mismo día de los hechos, no es así?

PREGUNTA: ¿Declaró en la oficina del fiscal?

PREGUNTA: ¿El fiscal le hizo varias preguntas?

PREGUNTA: ¿El quería que usted le contara todo lo que había pasado?

PREGUNTA: ¿LO importante que había sucedido?

PREGUNTA: ¿Usted siempre dice la verdad?

PREGUNTA: ¿Usted mantiene siempre la misma versión de los hechos?

"CORTE ^

PREGUNTA: ¿La misma versión que nos contó el día de hoy?

PREGUNTA: ¿Entonces hoy nos está diciendo que en la declaración ante el fiscal usted le dijo que lo habían atacado 6 personas, no es cierto?

a) Si la respuesta es "no le dije que eran 6", no se sigue con la contrastación y se fija la inconsistencia a través de una pregunta que deje claro al tribunal que el testigo ha cambiado su versión.

PREGUNTA: En síntesis, Sr. testigo, ¿usted durante el curso de la investigación siempre señaló que sus atacantes eran solo 2 y hoy por primera vez después de 10 meses desde el ataque dice que eran 6, no es cierto?

b) Si la respuesta es NO, se continúa con el proceso de contrastación:
ABOGADO: SS. Solicito ejercer la facultad del artículo 332 del CPP, esto es, leer parte de la declaración prestada por el testigo ante el Ministerio Público para demostrar una contradicción de éste referente al número de atacantes. Luego seguirá el proceso de contrastación.

10.3.1.3. *Qué método utilizar.* Para decidir cuál de los dos métodos usar es conveniente tener en cuenta lo siguiente:

a) Si los hechos materia de la contrastación son complejos o relativos es aconsejable ocupar el método de impugnación en que el testigo repite el examen directo. Lo anterior ya que el testigo puede no aceptar las palabras que contiene la pregunta que fija los hechos a contrastar, lo que puede llevar a una discusión con el testigo que diluya la información a contrastar.

Ejemplo:

PREGUNTA: ¿Usted en su primera declaración dijo que su atacante tenía el pelo oscuro, no es cierto?

Respuesta- No, lo que yo dije es que no lo pude ver y me pareció que su pelo era relativamente oscuro, pero él usaba gorro y en realidad...

b) Si el hecho materia de la contrastación es perjudicial a quien contrasta, es preferible usar el segundo método.

c) Otro factor a tener en cuenta para decidirse por alguno de los métodos expuestos es cuántas veces se va a contrastar al testigo. Si se quiere contrastar varios hechos de los señalados en el examen directo se debe usar el método de contrastación en que se repite el examen directo ya que se podrá

demoler todo el testimonio del testigo prestado durante el examen directo. Así se podrán usar frases como "acerca de este punto usted en su declaración policial no dijo lo que nos dijo hoy si no que dijo..." y luego "acerca de este otro punto usted en su declaración policial tampoco dijo lo que nos dijo hoy si no que dijo..." y finalmente "respecto de la edad de sus atacantes usted tampoco dijo en su declaración policial que le parecía un hombre joven... si no que dijo...".

Independiente del método que se elija para contrastar al testigo, como ya se dijo la pregunta que iniciará el capítulo que dará lugar a la contrastación, debe enviar un mensaje a los jueces que deje en claro que lo que va a suceder es importante.

PREGUNTA: ¿Sr. Pérez, si lo entiendo bien usted hoy cree que sus asaltantes eran 6, no es cierto?

Pregunta que puede comenzar con otras frases como: ¿La última versión que usted nos ha dado hoy es que sus asaltantes eran 6, no es cierto?

10.3.2. SEGUNDA ETAPA: LA ACREDITACIÓN. La segunda etapa de la impugnación de la credibilidad a través del uso de declaraciones previas inconsistentes dice relación con la *acreditación*, que consiste en la obligación de quien realiza el contraexamen de generar una serie de preguntas que grafiquen que la versión anterior dada por el testigo acerca del hecho es la fidedigna y debe ser aceptada por sobre la versión dada en el juicio oral.

En síntesis, en esta etapa se deben realizar una serie de preguntas que establezcan las bases suficientes para entender que la primera declaración del testigo o imputado es la verdadera y que en el juicio el testigo o imputado está dando una versión poco confiable.

En el ejemplo anterior de la víctima que cambia el número de sus atacantes.

- ¿Sr. X (víctima), usted fue consultado anteriormente por estos hechos?
- ¿De hecho fue preguntado por un carabinero el día de su detención?
- ¿Luego fue preguntado por el carabinero y un fiscal, no es cierto?
- ¿Fue preguntado en la comisaría?
- ¿En ese momento usted estaba más calmado?
- ¿Usted estaba en una oficina tranquilo?
- ¿El fiscal esperó con calma que usted estuviera tranquilo para declarar?
- ¿En ese momento usted recordaba bien el incidente?

- ¿Luego que hizo su declaración, se la entregaron, no es cierto?
- ¿Usted la leyó?
- ¿La leyó completa?
- ¿Las 2 páginas?
- ¿La firmó?
- ¿El carabinero la firmó?
- ¿El fiscal la firmó?
- ¿La firmó porque la consideró fidedigna, no es cierto?

Al momento de elegir un hecho para realizar una contrastación debemos precaver la posible excusa del testigo para justificar las diferencias entre sus declaraciones. En el ejemplo al establecer que la víctima estaba en condiciones ideales al momento de la declaración hace que las explicaciones que éste entregue pierdan fuerza.

Para aquellos casos en que el proceso de acreditación es muy largo, antes de solicitar al tribunal autorización para exhibir la declaración o informe al testigo o perito, debe recordarse la información señalada por el testigo o perito que va a ser objeto de la contrastación. Lo anterior se recuerda al tribunal a través de una pregunta que se conoce como *re-compromiso*.

PREGUNTA: ¿Usted nos acaba de relatar el incidente del I° de julio de 2004?

PREGUNTA DE *RE-COMPROMISO*: ¿Y nos dijo que lo habían atacado 6 personas, no es cierto?

10.3.3. TERCERA ETAPA: SOLICITUD AL TRIBUNAL PARA EXHIBIR LA DECLARACIÓN PREVIA. Luego de esas preguntas recordatorias que renuevan la etapa del compromiso que deben hacerse si el proceso de acreditación ha sido muy largo y se ha olvidado el objetivo del capítulo de contraexamen, que es confrontar al testigo con lo que ha señalado en el examen directo, se debe solicitar autorización al tribunal para exhibir la declaración previa al testigo, invocando alguna de las hipótesis del artículo 332 del CPP, esto es: a) *para ayudar a la memoria* del respectivo acusado o testigo; b) *para demostrar*, o c) *superar contradicciones*, d) *para solicitar las aclaraciones pertinentes*.

ABOGADO DEFENSOR: SS. La defensa solicita hacer uso de la facultad que otorga el artículo 332 del CPP, esto es exhibirle una parte de la declaración al testigo para que este la lea según la hipótesis de *demostrar una contradicción*.

JUEZ PRESIDENTE: Sr. Defensor, exhiba la declaración al fiscal.

Defensor exhibe la parte de la declaración al fiscal en donde aparece la contradicción. El fiscal seguramente preguntará al defensor las frases que serán exhibidas al testigo. Una vez que termina el proceso de lectura por parte del fiscal el juez presidente hablará.

JUEZ PRESIDENTE: ¿Sr. Fiscal, tiene algo que señalar?

FISCAL-. NO, SS.

JUEZ PRESIDENTE: Sr. Defensor, proceda.

En este momento el defensor se acerca al testigo, exhibe la parte de la declaración que quiere que éste lea, y comienza la etapa siguiente: la de *confrontación*.

10.3.4. CUARTA ETAPA: LA CONFRONTACIÓN. ES el proceso mediante el cual se le exhibe al testigo su declaración previa en que consta el hecho inconsistente o contradictorio con lo declarado durante el juicio oral, y se le realizan preguntas en orden a que admita la declaración como suya. Luego de la lectura de parte de la declaración por parte del testigo, **el abogado lee la parte de la declaración anterior** del testigo o perito que **demuestra la contradicción o inconsistencia**.

En esta etapa el abogado primero hace que el testigo o perito reconozca la declaración como suya, preguntándole al testigo o perito si la declaración que se le exhibe es suya y si la firma que contiene es su firma.

Una vez que el testigo o perito reconoce como suya la declaración, se solicita al testigo o perito que lea en silencio la parte de la declaración destacada por el abogado. Una vez terminado lo anterior el **abogado lee** parte de la declaración previa del testigo o perito al tribunal, demostrando la contradicción o inconsistencia.

Volvamos al ejemplo tratado en este acápite:

ABOGADO: SS., la defensa quiere hacer uso de la facultad señalada en el artículo 332 del CPP, esto es exhibirle la declaración anterior a la víctima para demostrar una contradicción referente al número de atacantes.

Luego el defensor exhibe la parte de la declaración en que se encuentra la contradicción al fiscal para que este pueda manifestar lo que estime pertinente, el tribunal dará traslado al fiscal si este se opone se resuelve el incidente¹²⁷ y si

¹²⁷ El proceso antes expuesto tiene varias dificultades en el uso diario de nuestros tribunales, por ejemplo que algunos tribunales exigen a los abogados que se les exhiba la declaración

no se opone se procede a la contrastación, la que se hace acercándose el defensor (en el ejemplo tratado) a la víctima.

Confrontación

DEFENSOR: SS., permítame exhibirle su declaración a la víctima. (Luego de la autorización del tribunal el abogado se acerca a la víctima.)

PREGUNTA DEL DEFENSOR A LA VÍCTIMA: ¿Reconoce su firma en su declaración?

PREGUNTA: ¿Reconoce esta declaración como la que usted prestó en la fiscalía?

PREGUNTA: ¿Bien puede usted leer en voz baja lo que está subrayado en su declaración?

Luego de lo anterior el abogado que hace la contrastación lee la parte de la declaración al tribunal en que consta la contradicción.¹²⁸

Es importante destacar **que no debe dejarse leer al testigo en voz alta, ya que de hacerse, quien tiene la palabra es el testigo y luego que termine de leer seguirá hablando para explicar la contradicción en que ha sido sorprendido.** El testigo no puede intervenir luego de la contrastación, ya que al explicar se pierde todo el efecto buscado con la contrastación. Lo anterior es especialmente válido para el caso de los llamados testigos profesionales, tales como los peritos, carabineros o policías, quienes luego de manifestarse la contradicción siempre tienen una buena explicación para ella.

Lo que procede es que una vez que el abogado lee al tribunal en voz alta el extracto de declaración del testigo en que consta la contradicción o inconsistencia, señale bien *"pasaremos a otro tema..."*, negando cualquier espacio para que el testigo o perito explique.

antes que se le exhiba a la contraparte, lo que es improcedente y solo contamina al tribunal con la investigación fiscal. El tribunal solo debe resolver el incidente -artículo 290 del CPP- con lo señalado por las partes y podría leer la declaración solo en el evento que esta sea ofrecida como prueba por alguno de los intervinientes y esta sea admitida por el tribunal para ese efecto.

¹²⁸ Algunos tribunales intentan dirigir al abogado en el proceso de desacreditación, señalando que el testigo debe leer su declaración. Lo anterior es contrario al principio acusatorio y a un juicio contradictorio donde el ingreso de la información está radicado en las partes o intervinientes y no en el tribunal. Por otra parte el artículo 329 del CPP inc. 3º señala: *"La declaración de los testigos se sujetará al interrogatorio de las partes..."*. Por lo anterior siendo parte del interrogatorio la forma de hacer la contrastación no procede que el tribunal señale la forma en que debe ingresar esa información al juicio.

Por otra parte, **jamás en este** proceso **debe** realizarse **la pregunta de más**, entendiendo por ello aquella pregunta que solicita el testigo que reconozca la contradicción o la repita, lo más probable es que el testigo explique.¹²⁹

PREGUNTA: ¿Entonces, Sr. X usted ha cambiado su versión?

Respuesta: No Sr. abogado, solo que ahora recuerdo con mayor claridad los hechos como realmente sucedieron.

10.3.5. CONSIDERACIONES FINALES. La forma más clásica de hacer la impugnación con declaraciones previas inconsistentes o contradictorias es la explicada mediante las cuatro etapas de: acreditar, comprometer, solicitar al tribunal autorización para exhibir la declaración previa y confrontar.

Si a un testigo se le va a impugnar su credibilidad por inconsistencia de su declaración con declaraciones previas en varios hechos, no es necesario hacer las cuatro etapas para cada hecho que servirá para impugnar la credibilidad del testigo, una vez realizadas las cuatro etapas bastará con señalar:

ABOGADO: ¿Y respecto a la altura usted hoy nos declaró 1,80 de estatura, no es cierto?

Testigo: Sí.

ABOGADO: ¿Pero en su declaración ante el fiscal usted dijo no recordar la estatura?

Testigo: Sí.

ABOGADO: ¿Respecto al peso, usted hoy nos dijo como 100 kilos, no es cierto?

Testigo: Sí.

ABOGADO: ¿Pero en su declaración ante el fiscal usted dijo no poder determinar su peso?

Finalmente, cabe reiterar que dado nuestro sistema judicial contempla **jueces profesionales**, cada vez que se **impugna la credibilidad** de un testigo debe ser algo **importante** y **pertinente**.

¹²⁹ TIMOTHY PERRIN L. Y OTROS, obra citada, pág. 335, señalan que existe la natural tendencia del abogado que ha sido exitoso en su proceso de desacreditación a hacer una última pregunta para resaltar el punto: ¿Entonces usted está mintiendo ahora o mintió antes?, lo que genera la posibilidad que el testigo explique. Lo que debe hacerse es terminar el proceso de desacreditación con la lectura por parte del abogado donde consta la contradicción y lo demás debe dejarse para el alegato de clausura.

En razón de los jueces profesionales es conveniente para algunos casos desarrollar las cuatro etapas en pocas preguntas. En algunos casos el abogado puede saltarse casi por completo la etapa del compromiso solo fijando la inconsistencia y reducir la etapa de acreditación a 4 ó 5 preguntas. La etapa de confrontación siempre deberá conservar su impacto. Cuan extensa sea cada una de las etapas de una correcta impugnación dependerá de cada caso en particular y de cada juez y abogado en particular. Al respecto, Tomas A. Mauet¹³⁰ nos señala que para algunos jueces es suficiente con que el abogado realice una pregunta que demuestre la contradicción: *¿usted siempre declaró ante el fiscal que sus atacantes eran 2?Y* otros jueces son partidarios de que se realicen todas las etapas en forma muy completa.

11. Impugnación de la credibilidad de un testigo en caso de omisiones

11.1. Introducción

Durante el desarrollo de un juicio oral es común que un testigo comience a declarar cosas que jamás señaló en sus declaraciones previas o que un perito declare hechos que jamás consignó en sus informes.

Para el caso que los hechos nuevos declarados por el perito o testigo sean dañinos para la parte que debe contraexaminar al testigo o perito, se debe impugnar la credibilidad del testigo o perito por omisión. El propósito de la impugnación es obvio, si lo que hoy nos dice es tan importante por qué no lo informó antes. No lo informó antes porque el hecho no existe.

Esta clase de impugnación de credibilidad para ser efectiva requiere a lo menos considerar dos hechos: i) si la omisión tiene la relevancia necesaria, ii) si la omisión debió ser consignada por el testigo en su declaración anterior o por el perito en su informe anterior.

Este tipo de impugnación es especialmente útil con peritos y testigos como carabineros o policías quienes están obligados a hacer informes completos en virtud de lo prescrito en los artículos 315, 83 letras d), e) y f) > 187, 188 inc. 3º, 214, 216, 221, 227 todas normas del CPP.

¹³⁰ TOMAS A. MAUET, en *Trial Techniques*, obra citada, chapterXII: "Bench Triáis", a propósito délos juicios ante jueces y no jurados en EE.UU., pág. 553.

La impugnación por omisión requiere al igual que la impugnación por inconsistencia con declaraciones previas desarrollar las cuatro etapas ya señaladas. La diferencia es que la **declaración o informe previo no contiene los hechos aportados por el testigo o perito** durante la **audiencia de juicio oral** y esos hechos son **materia de la contrastación**.

11.2. Concepto

La impugnación de la credibilidad de un testigo o perito demostrando omisiones entre lo declarado durante el juicio oral y lo declarado previamente: es el mecanismo mediante el cual se ataca la credibilidad del testimonio del testigo o perito, demostrando al tribunal que éste en sus declaraciones previas jamás declaró lo afirmado en el tribunal.

11.3. Sustento legal

En nuestro sistema la norma que faculta a impugnar la credibilidad de un testigo o perito por omisiones previas está contenida en el artículo 332 en relación al artículo 309 ambos del CPP. El artículo 332 señala: *"sólo una vez que el acusado o el testigo hubiera prestado declaración, se podrá leer en el interrogatorio parte o partes de sus declaraciones previas... PARA SOLICITAR LAS ACLARACIONES PERTINENTES"*.

El motivo que faculta al abogado para solicitar exhibirle al testigo parte de su declaración previa es solicitar que éste aclare si lo que señala en el tribunal fue consignado antes en sus declaraciones previas durante la etapa de investigación.

11.4. Bases de la impugnación a través de contrastar por omisiones previas

Para poder impugnar a un testigo o perito por omisión es necesario que quien vaya a ser impugnado en su credibilidad cumpla con tres requisitos:¹³¹

¹³¹ Estos requisitos son adaptados de lo señalado por LARRY S. POZNER y ROGER J. DODD, en *Cross-Examination, Science and Techniques*.

- Que la persona que vaya a ser impugnada entienda que en su declaración anterior o informe era importante ser **completo** en detalles significativos.
- El documento o declaración debe ser una **instancia apropiada** para consignar los **hechos materia** de las omisiones que se impugna.¹³²
- En el caso concreto los **hechos** que son constitutivos de la omisión **eran importantes y conocidos** al momento de la suscripción del documento o la declaración previa.

Quien contraexamina e impugna la credibilidad de un testigo o perito por omisión debe realizar preguntas a efecto de dar cumplimiento a los requisitos antes señalados. A través de las preguntas, se debe establecer que el testigo sabía que su declaración debían ser completas, que el perito sabía que su informe debió ser completo, que el perito o testigo sabía que los hechos que hoy declara son importantes y siempre esos hechos deben ser incluidos en las declaraciones o informes. De no satisfacerse estos requisitos no se tendrán las bases necesarias para impugnar la credibilidad por omisión.

Volvamos al caso de la víctima que era atacada por varias personas y supongamos que en la declaración durante el juicio oral la víctima por primera vez señala características físicas de sus atacantes.

Primer requisito:

PREGUNTA: ¿Usted el día de los hechos declaró ante un carabinero?

Respuesta: Sí.

PREGUNTA: ¿ESO fue a las 8:00 A.M.?

Respuesta: Sí.

PREGUNTA: ¿Dos horas después del robo?

Respuesta: Sí.

PREGUNTA: ¿Ese carabinero era el que estaba investigando los hechos?

Respuesta: Sí.

PREGUNTA: ¿Con las características que usted le diera de los asaltantes él iba a intentar ubicarlos?

Respuesta: Sí.

¹³² En nuestro sistema este requisito se contempla en varias normas de nuestro CPP. Para el caso de los peritos en normas tales como el artículo 315 del CPP, para las declaraciones de los testigos ante el fiscal en normas como los artículos 180, 181 y 227 y para el caso de la policía los artículos 83, 97 y 228 todas del CPP, según lo ya señalado.

Segundo requisito:

PREGUNTA: ¿Esa declaración era el momento para señalar las características de los agresores?

Respuesta: Bueno, sí.

PREGUNTA: ¿Y luego usted declaró ante el fiscal?

Respuesta: Sí.

PREGUNTA: ¿El es quien dirige la investigación?

Respuesta: Sí.

PREGUNTA: ¿Está encargado de buscar a los autores?

Respuesta: Sí.

PREGUNTA: ¿Para buscarlos él necesitaba las características?

Respuesta: Sí.

PREGUNTA: ¿Esa declaración era el momento para señalarle las características?

Respuesta: Sí.

Tercer requisito:

PREGUNTA: ¿Las características que usted nos ha dado las vio el día del ataque?

Respuesta: Sí.

PREGUNTA: ¿Antes de declarar ante el policía?

Respuesta: Sí.

PREGUNTA: ¿Antes de declarar ante el fiscal?

Respuesta: Sí.

PREGUNTA: ¿Usted ya nos dijo que esas características eran importantes para lograr ubicar a los autores?

Respuesta: Sí, claro.

Estas preguntas deben incorporarse a la etapa de *acreditación*.

11.5. Etapas de la impugnación de la credibilidad de un testigo o perito por omisiones previas

Como ya se señaló, en la impugnación de la credibilidad por omisión se deben seguir las mismas cuatro etapas que para la impugnación de la credibilidad de un testigo que declara en forma inconsistente o contradictoria durante el juicio oral, a la luz de lo declarado previamente.

En la etapa de la confrontación, y luego que el tribunal autoriza al abogado para hacer uso de la facultad del artículo 332 del CPP inciso primero

parte final, existen varias formas de hacer presente la impugnación por omisión al testigo que serán expuestas en el siguiente ejemplo:

"Un policía detiene a un imputado por infracción a la Ley de Tráfico Ilícito de Estupefacientes, y señala en la audiencia de juicio oral que al momento de la detención el imputado le habría confesado que estaba dedicado al tráfico ilícito de estupefacientes".

1º Comprometer:

PREGUNTA: ¿Sr. Soto, usted nos ha dicho que al momento de la detención el imputado dijo que estaba sin trabajo?

Respuesta: Sí.

PREGUNTA: ¿Además le habría dicho que estaba dedicado a la venta de droga, no es cierto?

Respuesta: Sí.

PREGUNTA: ¿Y usted está seguro de eso?

Respuesta-: Sí.

2º Acreditar:

PREGUNTA: ¿Sr. Soto, usted pertenece a la Policía de Investigaciones de Chile?

Respuesta-: Sí.

PREGUNTA: ¿Usted sabe que lo que realiza en el marco de una investigación debe ser consignado?

Respuesta-: Sí.

PREGUNTA: ¿Usted sabe que debe informar al fiscal?

Respuesta-: Sí.

PREGUNTA: ¿Usted sabe que debe hacer un informe escrito?

Respuesta: Sí.

PREGUNTA: ¿Usted sabe que ese informe lo revisa el jefe del turno?

Respuesta: Sí.

PREGUNTA: ¿Usted ese informe lo firma?

Respuesta: Sí.

PREGUNTA: ¿SU jefe lo firma?

Respuesta: Sí.

PREGUNTA: ¿Usted ese informe lo conserva en la unidad?

Respuesta: Sí.

PREGUNTA: ¿En una carpeta propia?

Respuesta: Sí.

PREGUNTA: ¿Esa carpeta está a su disposición?

Respuesta: Sí.

PREGUNTA: ¿Usted además sabe que tiene que declarar ante el fiscal?

Respuesta: Sí.

PREGUNTA: ¿En esta investigación usted fue citado a declarar ante el fiscal?

Respuesta: Sí.

PREGUNTA: ¿Usted fue a declarar ante el fiscal?

Respuesta: Sí.

PREGUNTA: ¿Usted sabe que lo que declare es importante para el fiscal?

Respuesta: Sí.

PREGUNTA: ¿SU declaración es un antecedente de la investigación?

Respuesta: Sí.

PREGUNTA: ¿Con esos antecedentes el fiscal decide si acusa o no al imputado?

Respuesta: Supongo.

PREGUNTA: ¿Con esos antecedentes el fiscal decide si lleva a juicio al imputado?

Respuesta: Sí.

PREGUNTA: ¿En esa declaración ante el fiscal usted no omite cosas importantes?

Respuesta: No.

PREGUNTA: ¿El fiscal le preguntó lo que pasó?

Respuesta: Sí.

PREGUNTA: ¿Usted le relató todo lo que pasó?

Respuesta: Sí.

PREGUNTA: ¿Normalmente la declaración usted la hace en una oficina?

Respuesta: Sí.

PREGUNTA: ¿Intenta recordar todo lo sucedido?

Respuesta: La gran mayoría.

PREGUNTA: ¿En esta investigación usted declaró solo 20 días después de los hechos?

Respuesta: Sí.

PREGUNTA: ¿Tenía claro lo que había sucedido?

Respuesta: Sí.

PREGUNTA: ¿Tenía claro lo que el imputado había dicho al momento de la detención?

Respuesta: Sí.

PREGUNTA: ¿A usted le parece importante que el imputado había señalado que estaba dedicado a la venta de drogas?

Respuesta: Sí.

PREGUNTA: ¿A usted le parece importante que el imputado había señalado que hace tres meses no tenía trabajo?

Respuesta: Sí.

PREGUNTA: ¿Usted, en su declaración, le dijo al fiscal lo que el imputado había señalado el día de los hechos?

Respuesta: Lo que escuché.

PREGUNTA: ¿Usted le dijo lo que había escuchado?

Respuesta: Sí.

PREGUNTA: ¿En su declaración al fiscal solo está que el imputado había dicho que no portaba más droga?

Respuesta: Sí.

PREGUNTA: ¿En su declaración al fiscal solo está que el imputado les había solicitado acompañarlos a su domicilio?

Respuesta: Sí.

PREGUNTA: ¿En su declaración ante el fiscal no está que el imputado había dicho que no tenía trabajo?

Respuesta: Si no está en la declaración lo más probable es que no se lo haya dicho.

PREGUNTA: ¿Usted no se lo dijo?

Respuesta: No lo recuerdo.

PREGUNTA: ¿Entonces usted hoy no recuerda si en su declaración ante el fiscal quedó consignado lo que supuestamente le dijo el imputado al momento de la detención?

Respuesta: No lo recuerdo.

3° Solicitud para poder confrontar:

(Dirigiéndose a los jueces): SS., la defensa solicita autorización para exhibirle parte de la declaración prestada por el testigo ante la fiscalía para que recuerde y aclare a este tribunal si lo que dijo hoy respecto a los dichos del imputado quedó consignado en su declaración prestada ante el fiscal con fecha 10 de junio de 2004, todo en virtud de lo prescrito en el artículo 332 del CPP.¹³³

TRIBUNAL: Exhiba la declaración al fiscal.

(Una vez exhibida al fiscal).

TRIBUNAL: Sr. fiscal.

Fiscal: No hay oposición.

¹³³ Como se podrá advertir, la solicitud se fundamenta en dos hipótesis del art. 332 del CPP, dado que algunos jueces son poco receptivos a la hipótesis de aclarar.

DEFENSA: ¿Oficial, ésta es su declaración?

Respuesta-. Sí.

DEFENSA: ¿Esa es su firma?

Respuesta: Sí.

PREGUNTA: ¿Puede usted leerla en silencio?

Testigo: Sí.

4° Etapa confrontación:

Primera modalidad de confrontación.

PREGUNTA: ¿En ninguna parte de la declaración dice que usted escuchó al imputado decir que estaba sin trabajo hace tres meses y dedicado a la venta de droga?

Respuesta: No, en esta declaración, no.

El ejemplo anterior es la forma más común de realizar la impugnación de la credibilidad por omisiones con declaraciones previas. Existen otras formas de terminar la impugnación que son más persuasivas y crean más impacto.

Una vez que se le entrega la declaración al testigo se puede preguntar:

Segunda modalidad de confrontación.

PREGUNTA: ¿Detective Soto, puede usted mostrarme en qué parte de su declaración ante el fiscal dice que usted escuchó al imputado decir que estaba sin trabajo hace tres meses y dedicado a la venta de droga?

Respuesta: No está en la declaración.

Tercera modalidad de confrontación.

PREGUNTA: ¿Detective Soto, puede usted subrayar la parte de su declaración ante el fiscal en que dice que usted escuchó al imputado decir que estaba sin trabajo hace tres meses y dedicado a la venta de droga?

Respuesta: No está en la declaración.

11.6. Problemas para la impugnación de la credibilidad por omisiones de un testigo o perito en la práctica de nuestros tribunales

La impugnación de la credibilidad de un testigo por omisiones previas presenta en nuestro sistema la dificultad que algunos tribunales hacen una

interpretación literal del artículo 332 del CPP y entienden que la norma solo faculta a los intervinientes para solicitar que el testigo lea "*parte,s*" o "*parte*" de su declaración.

Lo anterior se ve reforzado ya que en muchos casos la contraparte de quien realiza la solicitud para contrastar al testigo con su declaración previa, se opone señalando que lo que se pretende es que el testigo lea toda su declaración, lo que no estaría permitido según lo prescrito en el artículo 332 del CPP.¹³⁴ Ante esta oposición el abogado que intenta contrastar, debe explicar que el mismo artículo faculta a los intervinientes a solicitar aclaraciones pertinentes, que en los hechos se traducen en el derecho del abogado que contraexamina para demostrar al tribunal que el testigo jamás informó o consignó lo que hoy ha declarado, lo que a la luz del artículo 309 del CPP debe afectar su credibilidad.

Una argumentación útil para fundar la solicitud de impugnación de la credibilidad del testigo por omisiones, está en el artículo 298 del CPP, el que trata acerca del deber de comparecer y declarar de los testigos. La norma señala que el testigo debe decir verdad sobre lo que se le pregunta y no debe ocultar hechos, circunstancias o elementos acerca del contenido de su declaración. El propio legislador ha señalado que el testigo debe hacer conocido el contenido de su declaración. En nuestro sistema entonces el testigo no podría negarse a contestar una pregunta acerca de si lo señalado en el juicio oral es parte del contenido de su declaración para darle una interpretación lógica al artículo 298 del CPP. El tribunal entonces debe rechazar la oposición en atención a que al testigo le está vedado ocultar el contenido de su declaración.

En el evento que el tribunal no acceda a permitir la contrastación al abogado que la solicita, ya que el testigo debe leer toda la declaración no es una mala alternativa hacer que el testigo lea su declaración omitiendo su individualización.

Otra alternativa para salvar la interpretación literal que algunos intervinientes hacen del artículo 332 del CPP es hacer uso de la facultad del artículo 329 inc. 5º del CPP y solicitar al tribunal que retenga al testigo, para que este lea su declaración o informe previo en la sala de testigos y luego vuelva a declarar e informe si en su declaración o informe está lo señalado en el juicio

¹³⁴ Es evidente que esa interpretación es contraria a un sistema con un juicio contradictorio en que no existen testigos inhábiles y a afecto de insistir en la petición el abogado deberá invocar los principios de un juicio oral contradictorio como el instaurado por el CPR

oral. Para el caso que el testigo falte a la verdad, podrá usarse el artículo 336 del CPP, prueba sobre prueba.

Mas allá de las argumentaciones que se puedan construir creo que los problemas prácticos antes señalados que se han presentado en algunos Tribunales del Juicio Oral en lo Penal, con la adecuada comprensión de lo que significa el principio de la contradicción¹³⁵ irán paulatinamente desapareciendo como de hecho con el curso de la reforma ha sucedido.

12. Interés, prejuicio¹³⁶ o motivación

Esta categoría de impugnación de la credibilidad de un testigo o su testimonio es bastante común, pero generalmente mal utilizada. Al decidir impugnar la credibilidad de un testigo por esta categoría, **el hecho que constituye el supuesto interés del testigo su prejuicio o motivación debe ser suficientemente claro para lograr convencer a los jueces que el testimonio o el testigo son poco creíbles**, lo que ya analizamos como el principio de la *relevancia* de la **impugnación**.

¹³⁵ Sobre el principio de contradicción MONTERO AROCA en su artículo ya citado señala: "*Si el principio acusatorio atiende a la situación de imparcialidad del juzgador, el de contradicción se refiere a las partes y es algo tan viejo como lo que está implícito en el bocado -nadie puede ser condenado sin ser oído— lo que se resuelve básicamente en un derecho fundamental de todas i'as partes*". El derecho a ser oído para el Ministerio Público emana de su obligación de ejercer la acción penal. Para el imputado es una garantía del derecho a defensa, según lo ya expuesto en esta obra.

¹³⁶ A pesar de que las reglas federales de evidencia de EE.UU. no señalan expresamente la facultad de impugnar la credibilidad de un testigo por tener un sesgo, tendencia o prejuicio (Bias), en la sentencia *United States v. Abel*, 469, U.S. 45 (1984) se reconoce que el atacarla credibilidad por ese hecho es pertinente. "Held: The evidence showing Mills' and respondents membership in the prison gang was sufficiently probative of Mills' possible bias towards respondent to warrant its admission into evidence, pp. 49-56. (a) While the Federal Rules of Evidence do not by their terms deal with impeachment for 'bias', it is clear that the Rules do contemplate such impeachment. It is permissible to impeach a witness by showing his bias under the Rules just as it was permissible to do so before their adoption". "...Bias is a term used in the 'common law of evidence' to describe the relationship between a party and a witness which might lead the witness to slant, unconsciously or otherwise, his testimony in favor of or against a party" {En esta decisión se define el prejuicio como un término ocupado en "las leyes de evidencia" para describir la relación entre un testigo y una parte que puede inclinar al testigo inconscientemente o de otra forma a favor o en contra de alguna parte [traducción libre]}.

El interés y el prejuicio son especiales tendencias que hacen que una persona pierda la posibilidad de ser imparcial.

El hecho que constituya el interés o prejuicio debe estar relacionado **con los hechos discutidos del caso**. Por lo anterior, si se decide atacar la credibilidad de un testigo por tener un motivo para declarar de una determinada forma, el hecho que constituya dicho motivo debe conceptualizarse para entender que ese hecho convierte al testigo o su testimonio en poco creíble.

Suponga una defensa criminal por el delito de robo donde el testigo de la fiscalía es un comerciante vecino de la víctima, quien no vio el momento exacto en que suceden los hechos si no momentos posteriores. Los hechos son que el imputado ingresa al local de la víctima discute con el comerciante y sustrae cigarrillos. La versión de la víctima es que el imputado lo intimidó. La versión del imputado es que solo le sustrajo los cigarrillos en virtud de que no le quisieron "fiar" los cigarrillos. La defensa discute la calificación jurídica señalando que no es un robo con intimidación si no que un hurto. El abogado defensor intenta atacar la credibilidad del testimonio por prejuicio del testigo:

TÍTULO DEL CAPÍTULO: Vamos a hablar de su actividad laboral.

PREGUNTA: ¿Usted es comerciante?

Respuesta-. Sí.

PREGUNTA: ¿Usted es comerciante en el Barrio Estación?

Respuesta-. Sí, mi negocio queda en calle Estación.

PREGUNTA: ¿Usted atiende su negocio?

Respuesta: Sí.

PREGUNTA: ¿Usted conversa con los otros comerciantes?

Respuesta: Sí, de vez en cuando.

PREGUNTA: ¿Usted se preocupa por lo que pasa con los otros comerciantes?

Respuesta: Sí.

PREGUNTA: ¿Se preocupa cuando algo malo les pasa?

Respuesta: Bueno, claro.

PREGUNTA: ¿El año pasado usted se juntó con los demás comerciantes para pedir más seguridad?

Respuesta: Sí, nos juntamos varios.

PREGUNTA: ¿Luego fueron a la Municipalidad?

Respuesta: Sí, hablamos con ellos para que nos dieran seguridad.

PREGUNTA: ¿Hasta ese momento usted jamás había sufrido un robo?

Respuesta- No, pero otros colegas sí.

PREGUNTA: ¿La Municipalidad le dio más vigilancia?

Respuesta- Sí.

PREGUNTA: ¿Usted el año pasado despidió a una empleada suya?

Respuesta- Sí.

PREGUNTA: ¿Usted la despidió porque supuestamente le estaban robando?

Respuesta: Sí.

PREGUNTA: ¿Usted puso una denuncia por eso?

Respuesta: Sí.

PREGUNTA: ¿Usted no le pagó indemnización por años de servicio, no es cierto?

Respuesta: No, pues sí me estaba robando.

PREGUNTA: ¿Ella lo demandó?

Respuesta: Sí.

PREGUNTA: ¿Ella lo demandó ante el Juzgado del Trabajo?

Respuesta: Sí.

PREGUNTA: ¿Usted fue citado a declarar al Juzgado del Trabajo?

Respuesta: Sí.

PREGUNTA: ¿Usted señaló que la había despedido ya que le estaba robando?

Respuesta: Sí.

PREGUNTA: ¿Esa declaración está en el proceso?

Respuesta: Sí.

PREGUNTA: ¿Luego el juez estudió los antecedentes?

Respuesta: Supongo.¹³⁷

PREGUNTA: Haber, ¿el juez luego de las pruebas debía dictar sentencia, no es cierto?

Respuesta: Sí.

PREGUNTA: ¿Antes de la sentencia el juez estudia los antecedentes?

Respuesta: Sí.

PREGUNTA: ¿En esa causa el juez lo condenó a usted a pagar?

¹³⁷ Esta respuesta es lo que se conoce como un anzuelo o carnada. Muchas veces cuando quien está contraexaminando está realizando una buena línea de contraexamen el testigo responde con algo que puede ser útil para quien contrainterroga, pero que lo lleva a un área más cómoda para el testigo. Este distractivo para quien contraexamina es una tentación a entrar en áreas desconocidas. Este tipo de respuesta es muy usual en testigos profesionales como peritos, policías, etc. Es útil para quien contraexamina saber que estas respuestas dadas por los testigos no deben ser seguidas por el abogado. El tema será tratado en el Capítulo XII, bajo el acápite 3: "El señuelo", de este libro.

Respuesta!. Sí.

PREGUNTA: ¿LO condenó a pagar una indemnización por años de servicio?

Respuesta. Sí.

PREGUNTA: ¿El juez no declaró justificado el despido?

Respuesta-. Bueno, no, pero yo apelé.

PREGUNTA: ¿Usted también hizo una denuncia por el robo?

Respuesta: Sí.

PREGUNTA: ¿Esa causa fue archivada?

Respuesta-. Creo, nunca pasó nada.

PREGUNTA: ¿Usted sigue diciendo que esa empleada le había robado?

Respuesta: Sí.

PREGUNTA: ¿Usted sigue creyendo que le robaron?

Respuesta: Ella me robó.

PREGUNTA: ¿El Tribunal del Trabajo no dijo que esa empleada le había robado?

Respuesta: No.

PREGUNTA: ¿En la causa criminal tampoco se estableció que esa empleada le había robado, no es cierto?

Respuesta: No.

TÍTULO DEL CAPÍTULO: Ahora vamos a hablar de lo que usted vio ese día.

Es efectivo que por sí solo el capítulo de contraexamen expuesto es insuficiente para lograr atacar la credibilidad del testimonio por prejuicio, pero unido a capítulos de contraexamen que demuestren que el testigo no tuvo la real oportunidad de ver, se explicará porque el testigo está equivocado al señalar que el imputado le robó a su vecino y se le restará credibilidad a su testimonio.

En la mayoría de los casos los testigos no mienten respecto a lo que declaran si no que realmente no presenciaron lo que señalan en el tribunal y lo que declaran en el tribunal es una reconstrucción basada en información que el testigo recibe de muchas fuentes. El objetivo del abogado que contraexamina es explicar por qué el testigo señala lo que declara en el tribunal y por qué los hechos declarados son poco creíbles.

Esta categoría de impugnación debe lograrse paso a paso, introduciendo los hechos de la impugnación y luego detenerse para que el juez saque sus propias conclusiones.

12.1. Prejuicio o motivación

Las motivaciones que hagan tener un prejuicio o motivación determinada pueden emanar entre otras de: una relación personal, laboral, de tener el testigo un interés en el resultado del juicio, tener enemistad con alguna de las partes o temas debatidos en el juicio.

Al momento de elegir el hecho (la meta del capítulo) que se busca establecer a través de la línea de contraexamen que acredita el interés o motivación del testigo, se debe tener presente que ciertos hechos en el contexto del caso pueden ser importantes para establecer que el testigo tiene un interés o motivo para declarar de la forma que lo hace, pero ese mismo hecho en otro contexto puede no tener importancia a la luz del análisis de todo el caso. Así por ejemplo, el hecho de tener una relación laboral entre el testigo y quien lo presenta se debe ligar a la parcialidad del testigo para justificar por qué el testigo ha declarado de una determinada forma.

En síntesis, en este tipo de impugnación se debe analizar el caso en su contexto, más que en la impugnación de la credibilidad del testigo por inconsistencia con sus declaraciones previas u omisiones.

13. Impugnación por falta de capacidad para observar, percibir o recordar

13.1. Incapacidad para observar o percibir

Un testigo puede ser desacreditado en atención a su falta de capacidad para observar o percibir según lo dispuesto en el artículo 309 del CPP.

Si entendemos que el testigo declara sobre hechos determinados, debemos ver cuan idóneo es el testigo para declarar sobre el hecho que está declarando.

Existen factores que influyen en la capacidad para percibir tales como:

- Si el testigo es presencial pudo ver el o los hechos sobre lo que testifica. ¿Tiene problemas de vista? ¿El hecho o los hechos pasaron demasiado rápido? ¿Estaba bajo la influencia de drogas¹³⁸ o alcohol? ¿Soñoliento? La oportunidad para observar ¿fue antes o después de que el testigo supiera que algo extraño

¹³⁸ Reconocido en decisión *United States v. Banks*, 520 F. 2d 627 (7th Cir. 1975).

estaba sucediendo? ¿El testigo estaba alterado o asustado? ¿El testigo estaba atento a lo que supuestamente presencié? ¿En el lugar había luz suficiente?

- Tiene el testigo algún problema que afecte su capacidad mental para reproducir eventos tales como el que presencié o vivió.

Este tipo de impugnación puede requerir la introducción de otra evidencia para probar la causal de impugnación, tales como planos, fotos o diagramas. Para producir esa clase de evidencia es esencial que el abogado haya visitado el lugar de los hechos a la hora y día que estos sucedieron.

El siguiente ejemplo considera el interrogatorio del defensor respecto a la víctima que dice reconocer al imputado como su atacante. Los hechos son que a la víctima por sorpresa le sustrajeron su cadena de oro, la que portaba en el cuello. El imputado fue detenido 15 días después por otro robo por sorpresa y en esa ocasión se le muestran fotografías a la víctima para que lo reconozca.

TÍTULO: Vamos a hablar del lugar de los hechos.

PREGUNTA: ¿Los hechos sucedieron en calle Carmen Silva?

Respuesta: Sí.

PREGUNTA: ¿Frente al N° 1620, no es cierto?

Respuesta: Sí, aproximadamente.

PREGUNTA: ¿ESO es a mitad de cuadra?

Respuesta: Sí.

PREGUNTA: ¿Esa cuadra tiene luminarias en ambos extremos, no es cierto?

Respuesta: Sí.

PREGUNTA: ¿Y dos luminarias en el resto de la cuadra?

Respuesta: Sí.

PREGUNTA: ¿Las luminarias están por la vereda norte?

Respuesta: Sí.

PREGUNTA: ¿El asalto sucedió en la vereda sur?

Respuesta: Sí.

PREGUNTA: ¿El asalto sucedió en la vereda en que no están las luminarias?

Respuesta: Sí, en la vereda del frente.

PREGUNTA: ¿La luminaria más cercana está a unos 20 metros del lugar del asalto?

Respuesta: Sí, según el croquis que mostró el Sr. Fiscal, sí.

PREGUNTA: ¿LOS hechos sucedieron a las 11:00 P.M., aproximadamente?

Respuesta: Sí.

PREGUNTA: ¿Estaba de noche?

Respuesta: Sí.

PREGUNTA: ¿Los hechos sucedieron el 1 de marzo?

Respuesta-, Sí.

PREGUNTA: ¿El barrio donde sucedieron los hechos es un barrio antiguo de la ciudad?

Respuesta: Sí.

PREGUNTA: ¿La calle en que sucedieron los hechos tiene árboles?

Respuesta: Sí.

PREGUNTA: ¿Esos árboles son árboles antiguas?

Respuesta: Supongo.

PREGUNTA: ¿Los árboles son de más de 20 metros de altura?

Respuesta.: Sí.

PREGUNTA: ¿Los troncos de unos 70 cms de diámetro?

Respuesta; Puede ser.

PREGUNTA: ¿Tienen bastante follaje?

Respuesta.! Sí, son grandes.

PREGUNTA: ¿En verano dan buena sombra para los autos que se estacionan?

Respuesta: Sí.

Bien ahora le voy a mostrar una foto del lugar en que se produjo el asalto.

(Dirigiéndose a los jueces): SS., solicito autorización para acercarme al testigo y exhibirle al testigo la evidencia signada con el N° 5 de auto de apertura bajo el acápite otros medios de prueba de la defensa, evidencia ya ingresada a este juicio oral.

JUEZ: ¿Sr. fiscal, algo que señalar frente a la petición de la defensa?

FISCAL: No SS., no hay oposición.

PREGUNTA: ¿Esta es la calle Carmen Silva, no es cierto?

Respuesta: Sí.

PREGUNTA: ¿En este sector fue el asalto, no es cierto?¹³⁹

Respuesta: Sí.

PREGUNTA: ¿Justo al frente existe un árbol, no es cierto?

Respuesta: Sí.

¹³⁹ Debe mostrarse gráficamente con un puntero para que los jueces perciban el lugar en

PREGUNTA: ¿Ya ambos costados también existen árboles?

Respuesta: Sí.

PREGUNTA: ¿Árboles de más de 20 metros de alto?

Respuesta: Sí.

PREGUNTA: ¿Las luces están hacia abajo?

Respuesta: Sí.

PREGUNTA: ¿Frente a las luces existen árboles, no es cierto?

Respuesta: Sí.

PREGUNTA: ¿NO existe una luz más cercana al lugar de los hechos, que la que se ve en la foto, no es cierto?

Respuesta: No.

Es en este instante donde no se puede hacer la pregunta de más ¿ese árbol tapaba la luz? Ya que el testigo dirá: Sí, pero que pudo ver la cara del asaltante. Las conclusiones siempre las deben sacar los jueces. Los abogados solo deben realizar las preguntas necesarias para establecer los hechos necesarios para esas conclusiones.

13.2. Incapacidad para recordar

Lo que se busca mediante esta impugnación de la credibilidad del testigo o su testimonio es demostrar que el testigo es incapaz de recordar en forma precisa lo sucedido. Este tipo de impugnación es muy frecuente en los casos de identificación.¹⁴⁰

Los factores importantes para atacar la fidelidad de la memoria son:

- Existir un lapso de tiempo significativo entre el hecho y la declaración.
- Conocimiento previo entre quien es reconocido y quien lo reconoce.
- Determinar si la descripción original de la víctima entregaba o no detalles.
- El relato del hecho se fue nutriendo de detalles con el paso del tiempo y el contacto con otras personas o si el relato del testigo fue sugestionado por otra persona.

¹⁴⁰ Acerca de los factores relevantes de la memoria para los casos de identificación es interesante lo señalado en el libro *Eyewitness Testimony*, de ELIZABETH F. LOFTUS, Cambridge, Mass., Harvard University Press, EE.UU., 2002.

- Inconsistencias con el relato del testigo y la evidencia física u otros relatos de testigos.
- Establecer si el testigo o víctima ha reconocido pérdidas de su memoria.
- Establecer si el testigo o víctima tiene mala memoria.

En esta clase de impugnación solo debemos hacer preguntas al testigo para graficar al tribunal que por alguna de las circunstancias señaladas u otra, es imposible que el testigo recuerde los hechos como los ha señalado durante el juicio oral, o que lo que hoy relato no es lo sucedido el día de los hechos si no que su relato se ha visto sugestionado o contaminado. En cualquier caso el relato es poco certero y confiable.

14. Impugnación con declaraciones no escritas

Cualquier declaración hecha por el testigo sobre un hecho determinado que sea distinta a lo que declara en el juicio oral sobre ese hecho, puede ser usada para impugnar la credibilidad de un testigo o su testimonio.

La dificultad de este tipo de impugnación es que la declaración en que el testigo señala un hecho distinto a como lo señala en el juicio oral, no puede ser usada para contrastar al testigo ya que esa declaración o informe no está suscrito por el testigo, lo que impide hacer uso del mecanismo establecido en el artículo 332 del CPP.

PREGUNTA: ¿Sra. Rosa, usted denunció estos supuestos hechos de abuso sexual a su hijo a la fiscalía, no es cierto?

Respuesta- Sí.

PREGUNTA: ¿También los denunció al Tribunal de Menores?

Respuesta- Sí.

PREGUNTA: ¿En el Tribunal de Menores le relató los hechos a la Magistrado de Menores?

Respuesta- Sí.

PREGUNTA: ¿Había una persona que le tomó declaración?

Respuesta- Sí.

PREGUNTA: ¿Usted relató los mismos hechos?

Respuesta: Sí.

PREGUNTA: ¿Usted estaba solicitando que mi defendido no siguiera con visitas de su hijo?

Respuesta: Bueno, claro.

PREGUNTA: ¿Del Tribunal de Menores la derivaron a una psicóloga?

Respuesta: Sí.

PREGUNTA: ¿Usted a la psicóloga le relató los hechos?

Respuesta: Sí.

PREGUNTA: ¿El relato de los hechos incluyó todo lo que usted recordaba?

Respuesta: Sí.

PREGUNTA: ¿Ese informe usted lo leyó?

Respuesta: Sí.

PREGUNTA: ¿Usted lo recuerda?

Respuesta: Sí.

PREGUNTA: ¿En el informe de la psicóloga al reproducirse los hechos denunciados por usted estos no incluyen que cuando la menor le relató los hechos usted estaba con su vecina, no es cierto?

Respuesta: No.

PREGUNTA: ¿En el informe de la psicóloga al reproducirse los hechos denunciados estos no incluyen que la menor estaba llorando al momento en que le relató los hechos?

Respuesta: No.

En el ejemplo propuesto si el testigo niega el hecho se podrá hacer uso de la facultad señalada en el artículo 336 inciso 2º del CPP, esto es que si con ocasión de la rendición de una prueba surgiere una controversia relacionada exclusivamente con su veracidad, autenticidad o integridad, el tribunal podrá autorizar la presentación de nuevas pruebas.

En el ejemplo propuesto al ser el peritaje realizado por una persona distinta del testigo no se le puede señalar al testigo: "Usted no declaró que...", porque el informe es hecho por otra persona. El único punto que se busca establecer es que en ese informe el testigo no señala cosas que declara en el juicio oral.

15. Impugnación de credibilidad de la declaración del testigo externas a su declaración

En esta categoría podemos incluir las diferentes versiones respecto a un hecho dada por diferentes testigos o con la evidencia física acompañada al juicio.

Al respecto, debemos tener presente que según lo prescribe el artículo 330 del CPP el testigo puede ser contrainterrogado al tenor de otras versiones presentadas en el juicio, por lo cual es plenamente válido dirigir un contraexamen a un testigo conforme a otra versión de los hechos presentada en el juicio.

Es muy difícil durante un contraexamen poder confrontar al testigo con otro testigo que señala otra versión respecto a un hecho determinado. En el juicio oral no existe el careo,¹⁴¹ como existía durante la vigencia del Código de Procedimiento Penal.

Las diferencias entre lo declarado por los testigos referente a un hecho determinado durante el juicio oral deben ser analizadas en el alegato de clausura. Así, el abogado fiscal durante su alegato de clausura dirá: *"SS., la coartada del imputado no es creíble, el imputado declaró en este juicio que estuvo en la fiesta hasta las 3:00 de la mañana, ninguno de los testigos de la defensa recuerda haber visto al imputado en la fiesta después de las 12:00 de la noche, los hechos, SS., sucedieron a la 1:30 de la madrugada"*.

Como ya se ha señalado en este trabajo para ser persuasivos las diferencias que se produzcan entre lo declarado por los testigos durante el juicio oral, deben ser destacadas durante el contraexamen, ya que el esperar el alegato de clausura para descubrirlas puede ser demasiado tarde, la decisión de los jueces puede estar tomada.

En el contraexamen entonces debemos dejar absolutamente claro a los jueces que este testigo señala otra versión acerca de un hecho importante del juicio, y que esta versión no es creíble.

De las cuatro etapas del proceso de impugnación en estos casos no se realiza las dos últimas. Durante la etapa de *compromiso* debemos lograr que el testigo ratifique su versión de los hechos. Durante la etapa de *acreditación* no solo debemos lograr que el testigo reconozca como efectivas y certeras sus declaraciones, si no que maximizar las diferencias entre esta versión de los hechos y la de los otros testigos en el juicio.

Antes de realizar las etapas de *acreditación* y *compromiso* debemos revisar cuál de las dos versiones de los hechos es compatible con nuestra teoría del caso. Si luego del análisis anterior verificamos que la versión de los hechos

¹⁴¹ Es interesante consignar que el proyecto original del CPP, en ese momento Código de Procedimiento Penal, en su artículo 277, se contemplaba un careo ante el Ministerio Público en el párrafo referente a las actuaciones de la instrucción.

del testigo es la falsa, la que no es compatible con nuestra teoría del caso debemos dirigir un contraexamen dejando de manifiesto que esta versión de los hechos es única, ningún otro testigo la sustenta y asimismo es poco creíble. Para poder graficar las inconsistencias el uso de la pizarra durante el alegato de clausura es de mucha utilidad.

Así en un caso referido a un accidente de tránsito durante el alegato de clausura se puede decir:

"SS., para el testigo N° 1 del querellante al momento que el imputado llegó a la intersección de las calles, el semáforo que le correspondía estaba rojo, para el testigo N° 2 del querellante la luz 'estaba cambiando' y para el testigo N° 3 no sé, no me fijé en la luz".

Todas esas respuestas podrán escribirse en el pizarrón, lo que fijará en la mente de los jueces las inconsistencias. El artículo 338 del CPP señala que los intervinientes durante el alegato de clausura deben *exponer sus conclusiones*, el exponer¹⁴² puede incluir graficar las conclusiones a través de dibujos o escrituración. Lo anterior no tiene relación con la prohibición general que impide leer durante el alegato de clausura.

Para esta clase de impugnación de la credibilidad, es útil tener presente lo prescrito en el artículo 329 inciso 5° del CPP que faculta a los intervinientes para que una vez concluido el testimonio del testigo se lo autorice a realizar un nuevo contrainterrogatorio.¹⁴³ Si un interviniente ha finalizado su contraexamen de un testigo determinado y sabe que otro testigo que aún no ha declarado se va a referir al mismo hecho sobre el que declaró el testigo que acaba de terminar de contraexaminar, pero su declaración entrega una versión totalmente distinta de los hechos, el abogado deberá solicitar la retención del testigo que ya declaró para una segunda interroga-

¹⁴² Sinónimo de exponer son: mostrar, exhibir, presentar o desplegar.

¹⁴³ La norma del artículo 329 inc. 5° del CPP no indica las hipótesis en que se puede solicitar al tribunal un nuevo interrogatorio, por lo cual la jurisprudencia deberá determinar su procedencia. Una hipótesis será la retención del testigo para el evento que otra prueba en el juicio haga necesario otra interrogación. Asimismo, cabe preguntarse si nuestro sistema contemplará una nueva ronda de preguntas por quien presentó al testigo lo que en la litigación norteamericana se conoce con *re-direct*, cuyo propósito es refutar, explicar, o eliminar la impresión poco favorable del testigo o testimonio obtenido por quien realiza el contraexamen. El propósito del *re-direct* no es repetir o completar el examen directo. En estas circunstancias cuando se hace un *re-direct* también se puede permitir una nueva ronda de contraexamen con los mismos objetivos. Cuestión analizada en el Capítulo XII bajo el ap. 6, de esta obra.

ción a la luz de la nueva versión que se incorporará al juicio. Es en este sentido, la norma del artículo 329 inciso 5º del CPP puede ser utilizada para comparar distintos testimonios entregados por los testigos sobre unos mismos hechos durante el juicio oral.

En estos casos es útil preguntar: "Sr. testigo, ¿si viniera otro testigo a este juicio oral y dijera que usted le relató que en realidad esa noche usted no vio al autor del homicidio, estaría mintiendo?, o ¿usted estaría mintiendo?".

16. Impugnación con actos negativos y antecedentes pretéritos

16.1. Antecedentes pretéritos

La impugnación de credibilidad de un testigo o imputado por tener antecedentes anteriores descansa en la idea que un testigo o imputado que haya sido condenado tiene menos credibilidad que uno que no lo haya sido. Según lo prescrito en el artículo 309 del CPP en nuestro sistema no existen los testigos inhábiles. Así, en nuestro sistema debemos preguntarnos acerca de la pertinencia de preguntar al testigo o imputado respecto de condenas anteriores o antecedentes pretéritos.

En sistemas comparados esta situación se encuentra regulada. En el caso de EE.UU. se regula a través de las reglas federales de evidencia¹⁴⁴ y en el caso de Puerto Rico en la regla de evidencia 46.¹⁴⁵

¹⁴⁴ Rule 609. Impeachment by Evidence of Conviction of Crime.

¹⁴⁵ Regla 46. Convicción por delito.

A) Sujeto a lo establecido en el inciso (B) de esta regla, es admisible, con el propósito de impugnar la credibilidad de un testigo, evidencia de que éste ha sido convicto de delito, si tal convicción es aceptada por el testigo o establecida mediante récord público, pero únicamente si el delito, independientemente de su clasificación, envuelve deshonestidad o falso testimonio.

B) Es inadmisibile contra un acusado, para impugnar su credibilidad, evidencia de convicciones previas a menos que se determine por el juez, en ausencia del jurado, si lo hubiere, que su valor probatorio, considerando todos los hechos y circunstancias del caso, es sustancialmente mayor que su efecto perjudicial.

C) No es admisible, con el propósito de impugnar la credibilidad de un testigo, evidencia de convicción previa si dicha convicción es remota. Debe considerarse remota toda convicción que a la fecha del juicio tuviere más de diez (10) años, o hubieren transcurrido más de diez

Bajo la regla 609 (a) para impugnar al acusado en un caso criminal con una condena anterior (distinta de aquellas que signifiquen falta de honradez *-dishonesty-* o falso testimonio) el fiscal debe probar que la condena es por un *felony*,¹⁴⁶ es de menos de 10 años y su valor probatorio es mayor que su efecto perjudicial.

En nuestro sistema no existe tal regulación, por lo cual será un aspecto entregado a la jurisprudencia.¹⁴⁷ Si alguno de los intervinientes pregunta a un

(10) años de la fecha de excarcelación del testigo de la reclusión impuesta por tal convicción, lo que fuere posterior.

D) Evidencia de convicción no es admisible bajo esta regla si la convicción ha sido objeto de indulto, perdón, anulación o su equivalente, a base de una determinación de inocencia o rehabilitación.

E) Evidencia de una determinación de que un menor ha incurrido en falta no es generalmente admisible para impugnar la credibilidad de un testigo. Pero en una causa criminal y discrecionalmente, el tribunal puede admitir evidencia de una determinación de falta en un procedimiento de menores, cuando se ofrece contra un testigo que no sea el acusado, siempre que una convicción por el delito correspondiente hubiera sido admisible para impugnar la credibilidad de un adulto, y el tribunal considera que la admisión es necesaria para una justa determinación en cuanto a la culpabilidad del acusado.

F) Evidencia de una convicción no es inadmisibles por el hecho de hallarse pendiente una apelación de la misma, pero es admisible evidencia de la pendencia de la apelación.

¹⁴⁶ *Felony*: Es un crimen que tiene pena capital o encarcelación de más de un año, distinto a un delito menor (misdemeanor). Históricamente felony era un crimen o delito que tenía como pena el embargo de bienes muebles o inmuebles. Cada estado tiene su propia definición de felony, la mayoría está con la definición que establece que son crímenes cuya pena puede ser la de encarcelamiento por más de un año o de muerte en aquellos Estados que existe (Merriam Webster's Dictionary of Law, 1996).

¹⁴⁷ En la APJO se debe discutir la pertinencia de las pruebas a la luz de los artículos 276 y 316 del CPP, y en esa sede se podrá discutir si es o no pertinente que en el juicio oral se discuta acerca de antecedentes pretéritos, todo según lo dispuesto en el artículo 343 del CPP que fija una audiencia de determinación de pena en que se discuten circunstancias ajenas al hecho punible. La modificación introducida por la Ley 20.074 al artículo 343 del CPP ha sido interpretada por algunos jueces de garantía como que en esa audiencia se deben incorporar pruebas para agravantes relacionadas con circunstancias personales del imputado, tales como antecedentes pretéritos, audiencia por otra parte donde se rinde prueba de testigo y documental. En razón de esto último muchos jueces de garantía excluyen los extractos de filiación y antecedentes acompañados por la fiscalía ya que estiman que en el caso que el acusado sea declarado culpable esos antecedentes deben incorporarse ante la audiencia del artículo 343 del CPP evitando así contaminar al Tribunal Oral en lo Penal. Esta última interpretación me parece la correcta, ya que el imputado en el juicio oral tiene derecho a guardar silencio por lo cual no sé el objetivo de incorporar como prueba por parte del fiscal o querellante los antecedentes

testigo respecto a condenas pretéritas, la contraparte muy posiblemente objete la pregunta ya que esa pregunta no es de aquellas permitidas en los ámbitos del contraexamen, según lo dispuesto en los artículos 309, 318 y 330 del CPP.¹⁴⁸ Si la condena previa es por un acto que envuelva falta de credibilidad o falso testimonio podría ser un hecho relevante en los términos del artículo 309 del CPP. Por último, la pregunta será pertinente si el juicio es un juicio de credibilidad del testigo.

Un ejemplo de este tipo de impugnación es el siguiente:

TÍTULO DEL CAPÍTULO:

Vamos a hablar de su comparecencia anterior ante un tribunal.

Primero, los hechos por los cuales debió comparecer:

PREGUNTA: ¿En agosto de 1999 usted compareció al 2º Juzgado del Crimen de Talcahuano?

Respuesta-. Sí.

PREGUNTA: ¿Esa madrugada había sido detenido junto a 5 personas más?

Respuesta-. Sí.

PREGUNTA: ¿Por un robo con intimidación?

Respuesta-. Sí.

PREGUNTA: ¿Cometido en contra de 4 personas?

Respuesta-. Sí.

PREGUNTA: ¿Según las víctimas la intimidación había sido realizada con cuchillos?

Respuesta: Bueno, sí.

PREGUNTA: ¿Carabineros esa noche informó de la incautación de dos cuchillos?

Respuesta-. Sí.

PREGUNTA: ¿Cuchillos incautados a los detenidos informó carabineros?

Respuesta-. Sí.

pretéritos, si el imputado declara y se le pregunta por condenas anteriores y éste niega tenerlos se podrá incorporar el extracto vía 336 del CPP. Por otra parte, esta interpretación es la única posible en un juicio donde el imputado se presume inocente.

Respecto a los antecedentes pretéritos de un testigo, sucede lo mismo si durante el contraexamen el testigo niega tener antecedentes pretéritos, éstos se pueden incorporar al juicio por la vía de lo prescrito en el artículo 336 del CPP.

¹⁴⁸ Sin perjuicio, como se dijo, que de la discusión acerca de las exclusiones de prueba que se debe dar en la APJO, no cualquier pregunta es pertinente durante el contraexamen, como se analizó latamente en el Capítulo II.

PREGUNTA: ¿Uno de 11 centímetros de hoja?

Respuesta: Sí.

PREGUNTA: ¿Otro de 9 centímetros de hoja?

Respuesta: Sí.

Vamos a hablar brevemente de lo sustraído:

PREGUNTA: Según Carabineros ¿a las víctimas les sustrajeron vestimentas?

Respuesta: Sí.

PREGUNTA: ¿Un reloj Citizen?

Respuesta: Sí.

PREGUNTA: ¿Un polerón azul Adidas?

Respuesta: Sí.

PREGUNTA: ¿Un cinturón café?

Respuesta: Sí.

PREGUNTA: ¿Una billetera?

Respuesta: Sí.

PREGUNTA: ¿La cual contenía dinero?

Respuesta: Sí.

Vamos a hablar de quienes componían el grupo en que usted fue detenido. su declaración y la sentencia:

PREGUNTA: ¿En el grupo de los detenidos estaba Daniel de 16 años?

Respuesta: Sí.

PREGUNTA: ¿Mauricio de 17 años?

Respuesta: Sí.

PREGUNTA: ¿Marco de 16 años?

Respuesta: Sí.

PREGUNTA: ¿Y dos menores de 16 años?

Respuesta: Sí.

PREGUNTA: ¿Y usted de 19 años?

Respuesta: Sí.

PREGUNTA: ¿Usted era el mayor?

Respuesta: Sí.

PREGUNTA: ¿El único que no fue al Tribunal de Menores?

Respuesta: Sí.

Respecto a su declaración:

PREGUNTA: ¿Carabineros informó que en su poder se encontró un polerón?

Respuesta: Sí.

PREGUNTA: ¿Y la billetera?

Respuesta: Sí.

PREGUNTA: Al respecto usted declaró: ¿Qué carabineros lo había "*cargado*"?

Respuesta: Sí.

PREGUNTA: ¿"*Cargado*" con la billetera?

Respuesta: Sí.

PREGUNTA: ¿Y "*cargado*" con el polerón?

Respuesta: Sí.

PREGUNTA: ¿Usted al Juez en su declaración le dijo que jamás tuvo el polerón en su poder?

Respuesta: Sí.

PREGUNTA: ¿Usted al Juez en su declaración le dijo que jamás tuvo la billetera en su poder?

Respuesta: Sí.

PREGUNTA: ¿Usted en su declaración al Juez le dijo que carabineros mentía respecto a la billetera?

Respuesta: Sí.

PREGUNTA: ¿Usted en su declaración al Juez le dijo que carabineros mentía respecto al polerón?

Respuesta: Sí.

PREGUNTA: ¿La sentencia estableció que en su poder fueron encontrados un polerón?

Respuesta: Sí.

PREGUNTA: ¿Y una billetera?

Respuesta: Sí.

Respecto a la participación:

PREGUNTA: Respecto a su participación, ¿usted declaró que los reales autores eran Daniel...?

Respuesta: Sí.

PREGUNTA: ¿También Mauricio?

Respuesta: Sí.

PREGUNTA: ¿Y uno de los menores de 16 años?

Respuesta: Sí.

PREGUNTA: ¿Usted declaró que supuestamente no había tenido participación?

Respuesta: Sí.

PREGUNTA: ¿LO anterior usted se lo declaró personalmente al juez?

Respuesta: Sí.

PREGUNTA: ¿La sentencia estableció que usted sí participó?

Respuesta: Sí.

Respecto a la sentencia:

PREGUNTA: ¿Ya nos dijo que lo habían condenado?

Respuesta: Sí.

PREGUNTA: ¿El juez lo condenó a 5 años y un día?

Respuesta: Sí, a eso me condenaron.

PREGUNTA: ¿En calidad de autor?

Respuesta: Sí.

PREGUNTA: ¿De un robo?

Respuesta: Sí.

PREGUNTA: ¿Con intimidación?

Respuesta: Sí.

PREGUNTA: ¿En contra de 4 personas?

Respuesta: Sí.

Como se ve en el ejemplo, los hechos que componen la condena anterior deben ser subdivididos para graficar al tribunal lo poco creíble del testigo o imputado. El número de preguntas de cada capítulo debe ser decidido tomando en consideración que estamos ante jueces profesionales que en general no son muy receptivos ante interrogatorios muy largos. Sin perjuicio de estos el número de preguntas debe ser suficiente para el objetivo perseguido por el contraexamen. En este último contexto las preguntas reproducidas son el mínimo posible.

Por último, para poder realizar un contraexamen, como el expuesto, el abogado debe tener en su poder el expediente en que el contraexaminado fue condenado con lo cual éste se verá imposibilitado de negar cualquier hecho preguntado (véase artículo 336 CPP).

16.2. Actos negativos

La impugnación de la credibilidad de un testigo por malos actos¹⁴⁹ se refiere a la posibilidad de atacar la credibilidad de un testigo porque este haya

¹⁴⁹ Se regula en la Regla Federal de Evidencia de los EE.UU. 608 (b).

mentido en actos formales, tales como documentos oficiales, datos para crédito universitario o postulación a algún subsidio, etc. Esto último hace presumir que se le debe restar credibilidad a su testimonio.

Al igual que la posibilidad de preguntar por condenas anteriores la pertinencia de estas preguntas tendrá que resolverse a la luz de lo prescrito en los artículos 276,309 en especial el 343 del CPP, según la modificación realizada por la Ley 20.074. y será un tema que la jurisprudencia deberá regular.

Ambos tipos de impugnación, la referida a antecedentes pretéritos o malos actos desarrollarán las etapas del *compromiso* y la etapa de *acreditación*, siendo esta última muy detallada para lograr formar la convicción en los jueces que la condena anterior o acto negativo anterior es suficiente para restarle credibilidad al testigo o a su testimonio, etc.

Para ambos casos de impugnación, si el testigo niega lo preguntado, quien realiza el contraexamen podrá hacer uso de la facultad del artículo 336 del CPP, esto es solicitar incorporar prueba nueva, ya que todas las hipótesis del artículo 336 del CPP se satisfacen, la parte que interroga no puede suponer que el testigo negará el hecho en el ejemplo que tiene antecedentes penales y la prueba solicitada es para probar la veracidad de la rendición de una prueba, específicamente la de testigos.¹⁵⁰

17. La impugnación de la credibilidad de un testigo a través del uso de declaraciones previas o documentos de la investigación en la práctica de nuestros tribunales

17.1. Introducción

Ya vimos la importancia que tiene durante el contraexamen en un juicio oral el impugnar la credibilidad de un testigo con declaraciones previas inconsistentes o contradictorias, lo central y relevante que es que esta facultad se consagre sin limitaciones. En esta parte del trabajo veremos cómo se ha interpretado la mencionada facultad por algunos jueces y la opinión de parte de la doctrina al respecto.

¹⁵⁰ Ver LÓPEZ MASLE, JULIÁN, en el mismo sentido, en *Derecho Procesal Penal Chileno*, tomo II, págs. 134 y siguientes.

Desde ya señaló que el tema no es pacífico ni en la interpretación del artículo 332 ni en la interpretación del artículo 334 ambos del CPP, referente este último a la posibilidad de contrastar a un testigo o perito con documentos que dieran cuenta de diligencias o actuaciones realizadas por la policía o el Ministerio Público.

17.2. Principios

17.2.1. PRINCIPIO ACUSATORIO. Un procedimiento *acusatorio*¹⁵¹ se distingue por la división de los poderes ejercidos en el proceso, por un lado, el acusador, quien persigue penalmente y ejerce el poder requirente, por el otro, el imputado sujeto de derechos, quien puede resistir la imputación, ejerciendo el derecho a defenderse, y finalmente el tribunal, que tiene en sus manos el poder de decidir.¹⁵² Inglaterra es el país que aún conserva, relativamente, un procedimiento penal que se asemeja al procedimiento de tipo acusatorio an-

¹⁵¹ Desde una perspectiva histórica, MAIER en su obra citada, tomo I, págs. 444 y siguiente, señala las siguientes características de un procedimiento acusatorio: "I. La *jurisdicción penal* reside en tribunales populares... el tipo jurado anglosajón y los que emergieron en Europa Continental a partir de la República Francesa. Internamente en el procedimiento el tribunal aparece como un árbitro entre dos partes, acusador y acusado que se enfrentan en pos del triunfo de su interés... II. La *persecución penal* se coloca en manos de una persona de existencia visible (no de un órgano del Estado), el *acusador*, sin él y la imputación que dirige a otra persona no existe el proceso; el tribunal tendrá como límite de su decisión el caso y las circunstancias por él planteadas. En ocasiones el sistema ha sido caracterizado como *privado*..., en otras, como *popular*, porque se concedía el derecho de perseguir penalmente a cualquier ciudadano o a cualquier persona del pueblo (los sistemas acusatorio de Grecia y Roma, para los delitos públicos, cuya característica previvió en el derecho anglosajón). III. El *acusado* es un sujeto de derechos colocado en una posición de igualdad con el acusador, cuya situación jurídica durante el procedimiento no varía decididamente hasta la condena;... su privación de libertad, durante el enjuiciamiento, es una excepción. IV. El *procedimiento* consiste, en lo fundamental, en un debate, público, oral, continuo y contradictorio... En la Antigüedad, incluso, el juicio se llevaba a cabo al aire libre, en el foro o plaza pública; más tarde, sin renegar de la publicidad popular, fue introduciéndose lentamente en ambientes cerrados. V. En la *valoración de la prueba* impera el sistema de la íntima convicción... VI. La *sentencia* es el resultado del escrutinio de los votos de una mayoría determinada o de la unanimidad de los jueces, según hoy se practica en el jurado anglosajón...".

¹⁵² JULIO B. J. MAIER, *Derecho Procesal Penal*, Fundamentos, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2004, 2ª edición, tomo I, pág. 444.

tigo,¹⁵³ entre otras características, ya que el juez falla con los antecedentes entregados por las partes sin tener una función de investigar los hechos que se le ponen en su conocimiento.

Por otra parte, está el procedimiento de orden *inquisitivo*¹⁵⁴ se basa en el principio de que la investigación de la verdad está en manos del juez: él reúne, desde el principio, el material probatorio, interrogando al imputado, dirige el juicio y dicta la sentencia. En este tipo de proceso no se requiere una fiscalía, porque el juez asume sus funciones junto con las propias.¹⁵⁵

En esta obra no se pretende analizar las diferencias de estos sistemas procesales ni la validez de esta clasificación, la que hoy se discute, toda vez que algunos prefieren hablar de principio acusatorio antes que de sistema acusatorio,¹⁵⁶ lo que sí interesa establecer es que en el nuevo sistema instaura-

¹⁵³ Idem nota anterior, pág. 446.

JOSHUA DRESSLER, en su obra *Understanding Criminal Procedure*, Editorial LexisNexis, 3ª edición, 2002, pág. 33, al analizar la distinción entre sistemas de justicia acusatorio o inquisitivos en EE.UU. cita a la Corte Suprema señalando que en *McNeil v. Wisconsin*, 501 U.S. 171 (1991) ésta ha señalado "...our system of justice is, and always been, an inquisitorial one at the investigatory stage" (nuestro sistema de justicia es y siempre ha sido un sistema inquisitivo en la etapa indagatoria). A este respecto cabe hacer mención que en el proceso de EE.UU. después de que el sospechoso es arrestado se prepara un "complaint", que consiste en un escrito con los hechos esenciales del delito imputado, iniciándose luego la etapa judicial: "Adjudicatory Stage", la cual consiste en un sistema adversarial acusatorio. *"If the investigatory phase is often inquisitorial in nature -the adjudicatory phase of criminal justice system- with the adversarial process fully in play, and recognized fifth amendment right of a defendant not to be compelled in any criminal case to be witness against himself"*.

¹⁵⁴ Del sistema inquisitivo se han heredado hasta nuestros días dos ideas: *la averiguación de la verdad histórica*, y *la persecución penal pública*.

¹⁵⁵ CLAUD ROXIN, *Derecho Procesal Penal*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2000, pág. 122.

¹⁵⁶ Cabe señalar que parte de la doctrina niega valor al concepto de sistema acusatorio en contraposición a los procedimientos inquisitivos y más bien prefieren referirse a principio acusatorio, al respecto: MONTERO AROCA, en su artículo "El principio acusatorio un intento de aclaración conceptual", en *Revista Justicia* N° IV, Editorial Bosch, Barcelona, 1992, señala: *"Así las cosas creo que se puede afirmar que los sistemas procesales penales son conceptos del pasado, que pueden tener hoy un valor simplemente pedagógico, pero que no sirven en la actualidad para explicar cómo se conforma el proceso penal. Lo que ahora importa son los principios y reglas concretas, y entre ellos hemos de centrarnos en los principios acusatorios y de contradicción"*.

Respecto a la validez de la distinción entre proceso acusatorio e inquisitivo y su valor para el estudio de los modelos procesales, DUCE, MAURICIO, y RIEGO, CRISTIAN, en *Introducción al nuevo sistema penal*, volumen 1, Universidad Diego Portales, pág. 39, señalan: *"No obstante estos problemas, la construcción de modelos o sistemas paradigmáticos para el análisis del proceso"*

do por nuestro CPP¹⁵⁷ al juez se lo releva de la actividad investigativa entregando esa actividad a los intervinientes y en cuanto a las pruebas, éstas deben ser introducidas por las partes o intervinientes.

17.2.2. PRINCIPIO DE CONTRADICCIÓN. Este principio que algunos han entendido como contenido del principio acusatorio,¹⁵⁸ cuestión que no parece correcta toda vez que sin contradicción no existe proceso,¹⁵⁹ rige ampliamente durante el debate, e implica que los intervinientes tengan: i) la posibilidad de ser oídos por el tribunal; ii) la posibilidad de ingresar pruebas; iii) controlar la actividad judicial y de la contraria, y **ÍV)** la posibilidad de refutar los argumentos que puedan perjudicarlas. En términos simples este principio se puede resumir en que cada parte tiene derecho a ofrecer su propia prueba y controvertir la contraria.¹⁶⁰

penal y del derecho procesal penal siguen siendo metodologías muy extendidas en la dogmática procesal y mantienen un valor pedagógico relevante para efectos de la enseñanza de la disciplina".

Entre nosotros, LÓPEZ MASLE y HORVITZ LENNON, en *Derecho Procesal Penal Chileno*, tomo I, obra citada, pág. 43, también se refieren al principio acusatorio.

¹⁵⁷ El legislador al momento de crear el CPP pensó en un sistema que respetara el principio acusatorio, idea plasmada en el mensaje del CPP que señala: "... *este proyecto establece las bases procedimentales de un nuevo sistema procesal penal que pretende abandonar el modelo inquisitivo y AVANZAR HACIA OTRO CON UNA ORIENTACION DE CARACTER ACUSATORIO. Es en esta perspectiva que este proyecto debe ser analizado, comprendido y criticado. LAS INSTITUCIONES QUE PROPONE HAN SIDO DISEÑADAS CON ESTAS ORIENTACIONES Y DEBERIAN SER EVALUADAS A PARTIR DE SU IDONEIDAD PARA DARLES CUMPLIMIENTO*".

¹⁵⁸ Como lo señala el Tribunal Constitucional español en sentencia 53/1987, de 7 de mayo: "El principio acusatorio admite y presupone el derecho de defensa del imputado y, consecuentemente, la posibilidad de contestación o rechazo de la acusación. Provoca en el proceso penal la contradicción, o sea el enfrentamiento dialéctico entre partes y hace posible el conocer los argumentos de la otra parte, el manifestar ante el juez los propios, el indicar los elementos fácticos y jurídicos que constituyen su base, y el ejercitar una actividad plena en el proceso".

¹⁵⁹ MONTERO AROCA, artículo ya citado.

¹⁶⁰ BOVINO ALBERTO, *Principios políticos del procedimiento penal*, Editores del Puerto, Buenos Aires, Argentina, 2005, pág. 85.

Al respecto MAIER, obra citada, tomo I, señala: "Tradicionalmente, se han incluido en el principio de contradicción el derecho de probar y el de controlar la prueba del adversario. Ello no es incorrecto, pues, sobre todo el control de la prueba del adversario, representa una manifestación del contradictorio, a la vez que la facultad otorgada para demostrar los extremos que son esgrimidos para inhibir la imputación de que es objeto, o aminorar sus consecuencias, es

Para el Ministerio Público el ejercicio de la acción penal es un deber, una vez que se produce su ejercicio, la necesidad de que se le oiga es un derecho irrenunciable. Para el caso de la defensa este principio está asegurado como contenido básico del derecho a defensa en los artículos 8.2 letra f) de la CADH, que señala: "derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos", y en el artículo 14.3 letra... de la PIDCP que señala: "e) A interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que éstos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo".

Una vez asumido que nuestro CPP tiene un juicio oral de características contradictorias, habrá que asumir que las nuevas instituciones que el Código consagra deben interpretarse a la luz de los sistemas en que este principio siempre ha estado presente. Dicho de otra forma, no cabe duda que la instauración del CPP trae aparejado un cambio radical en la forma de impartir justicia en materia criminal, trae instituciones y conceptos inéditos en nuestro derecho, como el concepto de duda razonable, que no es propio del derecho continental europeo si no del sistema anglosajón,¹⁶¹ este nuevo sistema también instaura por primera vez el contraexamen y para

una manifestación imprescindible de la posibilidad de oponerse a la persecución penal. Sin embargo, esas facultades se explican mejor en función del ideal de equiparar las posibilidades del imputado respecto de las del acusador, máxima que también integra la garantía de la defensa, que estudiaremos en el punto siguiente", pág. 577.

En sentencia de la CS de fecha 26.09.2006, Rol: 3795-2006, nuestra Excelentísima Corte Suprema reconoce el principio de contradicción señalando: "DECIMOTERCERO: Que, en el principio de contradicción se ha incluido, tradicionalmente, el derecho de probar y el de controlar la prueba del adversario. Ello no es incorrecto, pues, sobre todo el control de la prueba del adversario, representa una manifestación del contradictorio, a la vez que la facultad otorgada para demostrar los extremos que son esgrimidos para inhibir la imputación de que se es objeto, o aminorar sus consecuencias, es una manifestación imprescindible de la posibilidad de oponerse a la ejecución penal. Sin embargo, esas facultades se explican mejor en función del ideal de equiparar las posibilidades del imputado respecto de las del acusador, máxima que también integra la garantía de la defensa y que se denomina 'Igualdad de posiciones' (JULIO MAIER, *Derecho Procesal Penal, /. Fundamentos*, págs. 577 y ss.)". En el mismo sentido SCS, Rol 6631-07, Considerando 6º, de fecha 30.01.2008).

¹⁶¹ LÓPEZ MASLE, JULIÁN, obra ya citada, tomo I, pág. 81: "El estándar de duda razonable ha sido tomado del sistema norteamericano y protege al acusado de ser condenado por un delito si no se ha producido prueba 'más allá de una duda razonable' (Beyond a reasonable doubt)...".

su correcta aplicación habrá que interpretarlo a la luz del principio acusatorio y de contradicción, bajo los cuales éste se ha desarrollado.¹⁶²

17.3. Uso del artículo 332 del CPP

17.3.1. FUENTES. La norma original del proyecto de Código de Procedimiento Penal enviado por el Ejecutivo al Congreso era el artículo 386 y estaba redactada en los mismos términos actuales solo que se complementó el título, agregándose lectura para apoyo de memoria *en la audiencia de juicio oral*. Asimismo, se cambió la referencia al juez de control de la instrucción y se precisó en el sentido de señalar que la declaración era ante Fiscal y Juez de Garantía.

La norma en comento tiene su fuente en la Ordenanza Procesal Alemana, artículo 253 que señala:

"Lectura del acta para hacer memoria: 1) Si un testigo o perito declara que ya no se acuerda de un hecho, entonces se puede leer la parte correspondiente del acta sobre su interrogatorio anterior para hacer memoria.

2) Lo mismo puede suceder si en el interrogatorio surge una contradicción con la declaración anterior que no puede constatar o superar de otra forma sin interrumpir la vista oral".¹⁶³

Desde ya se puede adelantar que toda comparación con el sistema procesal alemán que tenga relación con materias de litigación no tiene mucha validez, ya que el sistema procesal alemán, como lo señala Claus Roxin, no es un sistema acusatorio puro, si no más bien *un procedimiento acusatorio con principio de investigación*, que, como tipo de proceso autónomo, debe ser diferenciado del procedimiento inquisitivo de Derecho común, así como del procedimiento acusatorio puro.¹⁶⁴ En este contexto el procedimiento alemán "conserva rasgos del proceso inquisitivo, por ejemplo, cuando después de la interposición de la acción pública el señorío del procedimiento pasa al juez, él

¹⁶² Sobre las características adversariales del sistema norteamericano, ver *supra*, notas 26 y 153.

¹⁶³ JUAN ORTIZ DE NORIEGA Y OTROS, *Código Penal Alemán StGB Código Procesal Penal Alemán StPO*, Marcial del Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Barcelona, Madrid, 2000, pág. 319.

¹⁶⁴ CLAUS ROXIN, obra citada, pág. 123.

—ya sea en el procedimiento intermedio o en el debate— no sólo realiza los interrogatorios, sino que produce bajo su responsabilidad todas las pruebas que sirven para la declaración de culpabilidad o para el descargo del imputado **EN ELLO RESIDETAMBIEN EL MOTIVO MAS PROFUNDO DE PORQUE EL INTERROGATORIO CRUZADO, QUE TEORICAMENTE ESTA ADMITIDO POR LA STPO (239) EN LA PRACTICANO HAALCANZADO SIGNIFICADO ALGUNO**".¹⁶⁵

Por último, al no ser un sistema contradictorio, la labor de la defensa en el sistema alemán está muy disminuida en relación a otros sistemas de corte acusatorio, el defensor no tiene un rol central como corresponde en el proceso anglosajón.¹⁶⁶

En cuanto a la discusión parlamentaria de nuestro CPP, es interesante destacar que en el Senado se hizo presente la conveniencia de incluir las declaraciones prestadas por el imputado ante la policía. Lo anterior ya que las declaraciones prestadas por el imputado pueden haberse efectuado con la presencia del fiscal o del defensor, en cuyo caso no habría problemas de legitimidad. Respecto a las declaraciones que la policía toma por delegación del fiscal o en delitos flagrantes, se señaló que el fiscal debe acreditar durante el juicio que se obtuvieron por medios legítimos.¹⁶⁷

Discrepando de ese parecer, se apuntó que normalmente ante la policía se produce una presión psicológica sobre el imputado que afecta su libertad, y

¹⁶⁵ CLAUS ROXIN, obra citada, pág. 122.

¹⁶⁶ ROXIN, obra citada, págs. 131 y siguientes, señala respecto al rol del defensor: "Incluso se podría preguntar para qué se necesita, después de todo, un defensor especial, si ya la fiscalía y el tribunal están obligados a investigar de oficio todas las circunstancias de descargo". Luego el autor reflexiona que en esa afirmación existe una confusión ya que en muchos casos la fiscalía y el tribunal pueden pasar por alto circunstancias de descargo que deben ser representadas y señala que el defensor es necesario como equilibrio del juez y el fiscal, como asimismo debe asegurar la legalidad en el proceso.

En cuanto a la posición jurídica del defensor se señala que el defensor "no es un representante exclusivo de los intereses del imputado, si no un órgano independiente de la administración de justicia que se encuentra junto a él como asistencia y que también está obligado por los intereses de una administración de justicia penal funcionalmente capaz".

¹⁶⁷ En *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 de 1966 la Suprema Corte Norteamericana, luego de establecer las salvaguardas al principio de no autoincriminación durante la detención del imputado -especialmente la detención policial- establece como estándar al fiscal el hecho de probar que todas las salvaguardas establecidas en favor del imputado para asegurar su derecho a no incriminación han sido cumplidas para usar en juicio las declaraciones prestadas por el imputado. El debate en el sistema norteamericano se centra en que el fiscal pruebe que la declaración fue voluntaria y en conocimiento de los derechos del imputado y la carga de la prueba es del fiscal.

si se ha recogido información útil en estas declaraciones, debe incorporarse al juicio con la declaración de los funcionarios policiales que la recibieron en calidad de testigos. El Senado estimó que lo normal será que las declaraciones sean prestadas en presencia del fiscal, lo que es además deseable, tanto para que puedan ser utilizadas en el juicio como para la convicción a que debe llegar el fiscal en su investigación.¹⁶⁸

17.3.2. ANÁLISIS. El artículo 332 del CPP señala cuatro hipótesis en que el abogado durante un interrogatorio puede leer durante el juicio oral las declaraciones previas del testigo o acusado, i) para *ayudar la memoria* del respectivo acusado o testigo, lo que se conoce como refrescar memoria del testigo o acusado; ii) para *demostrar contradicciones*-, iii) *superar contradicciones*, o iv) para *solicitar las aclaraciones pertinentes*. La última hipótesis es la que se ocupa para el caso de la impugnación de la credibilidad del testigo por omisiones previas, según lo ya analizado.

De las cuatro hipótesis contenidas en el artículo 332 del CPP las de demostrar contradicciones en que caen los testigos que modifican sus declaraciones o la de pedir una aclaración para el caso que el testigo señala no recordar si lo que declara durante el juicio lo declaró antes en la etapa previa, son más propias del contraexamen. La hipótesis de refrescar memoria es más propia del examen directo, para complementar la declaración del testigo para el caso de un olvido de éste.

Por último, es importante señalar que el uso de las declaraciones previas durante el contrainterrogatorio para impugnar la credibilidad de un testigo **NO** hacer ingresar la declaración al juicio oral como prueba, ni transforma la declaración previa en prueba, ya que el documento de la investigación solo se lee para demostrar la contradicción o la omisión para el efecto de restar credibilidad al testigo. La declaración previa es inadmisibile como prueba, pero admisible para los efectos de impugnar la credibilidad.¹⁶⁹

17.3.3. IMPUGNACIÓN DE LA CREDIBILIDAD DE UN TESTIGO CON DOCUMENTOS DE LA INVESTIGACIÓN DISTINTOS A LOS SEÑALADOS EN EL ART. 332 DEL CPP

17.3.3.1. *El problema*. Uno de los temas más debatidos durante el curso de la reforma procesal penal ha sido la posibilidad de utilizar ciertos regis-

¹⁶⁸ EMILIO PFEFFER URQUIAGA, obra citada, pág. 501.

¹⁶⁹ BAYTELMAN A. y DUCEJ., obra citada, en el mismo sentido, pág. 232.

tros o documentos distintos a aquellos señalados en el artículo 332 del CPP para efectos de impugnar la credibilidad de un testigo o perito durante un juicio oral. Específicamente el problema se ha presentado con los registros y demás documentos que dieran cuenta de actuaciones o diligencias realizadas por la policía o el Ministerio Público (art. 334 del CPP).

El problema desde el punto de vista de la litigación es: ¿Qué hacer cuando lo declarado por el testigo durante un juicio oral es contradictorio o disímil a lo informado en un documento distinto de las declaraciones prestadas ante el juez de garantía o fiscal?

Suponga usted el siguiente caso: El fiscal acusa por el delito de robo en lugar habitado por la hipótesis de fuerza (fractura de la puerta de ingreso), la defensa alega que es un hurto, en atención a que el acta de fuerza señala: "*.. .que revisada la propiedad no se encontró signo de fuerza en la puerta de ingreso*". El policía que declara en la audiencia de juicio oral declara que él confeccionó el acta de fuerza. Asimismo, declara que él en el acta de fuerza consignó fuerza en la puerta de acceso a la casa. Esta información es absolutamente contradictoria con lo consignado en el acta de fuerza que el mismo policía había confeccionado y que se encuentra adjuntada en los antecedentes recopilados por el Ministerio Público durante la etapa de investigación. Nadie duda que esta información deba ser conocida por el Tribunal Oral en lo Penal para los efectos de la credibilidad de ese testigo, según lo dispuesto en el artículo 309 del CPP.

El acta de fuerza es uno de aquellos registros de la investigación que debe levantar la policía¹⁷⁰ y que según alguno no podría ser leído en el juicio oral en virtud de lo prescrito en el artículo 334 del CPP.

17.4. USO DEL ARTÍCULO 334 DEL CPP. En casos como el propuesto a efecto de impugnar la credibilidad del testigo, se debe confrontar al testigo con el registro de la investigación que demuestra la falsedad o diferencia con la declaración realizada durante el juicio oral.

Lo anterior se hace solicitando autorización al tribunal para contrastar al testigo con el documento -en el ejemplo, el acta de fuerza- en virtud de lo prescrito en el artículo 334 del CPP en relación al artículo 332 del mismo cuerpo legal.¹⁷¹

¹⁷⁰ Respecto a los registros de la investigación ver los artículos 83, 181 y 228 del CPP.

¹⁷¹ HORVITZ LENNON, MARÍA INÉS, en su obra ya citada, tomo II, pág. 319, señala: "Una posición sostiene que las declaraciones anteriores a la audiencia del juicio efectuadas por testi-

A saber, el artículo 334 del CPP señala: "*Salvo en los casos previstos en los artículos 331 y 332, no se podrá incorporar o invocar como medio de prueba ni dar lectura durante el juicio oral, a los registros y demás documentos que diere cuenta de diligencias o actuaciones realizadas por la policía o el Ministerio Público*".

gos, peritos o imputados que constaren en registros policiales podrían ser leídas en el juicio para apoyar o refrescar memoria del declarante, fundándose en el tenor literal del inciso 1° del artículo 334 del CPP, que excluye de la restricción al art. 332 del citado cuerpo legal. Sin embargo, este mismo precepto legal admite únicamente la lectura para apoyo de memoria de las declaraciones anteriores prestadas ante el fiscal o el juez de garantía, con lo cual se excluyen tácitamente a las declaraciones prestadas ante la policía. En consecuencia, la restricción del artículo 332 CPP produce el efecto de hacer superflua la remisión del artículo 334 CPP a aquel, para los efectos de la invocación, incorporación o lectura en el juicio de los registros que den cuenta de diligencias o actuaciones realizadas por la policía...". Por último, cabe señalar que María Inés Horvitz justifica su posición señalando que este mecanismo facultaría para contrastar al imputado con sus declaraciones policiales, situación que siempre fue rechazada por el legislador. Es interesante destacar que la autora realiza el análisis anterior bajo el acápite Prohibición de utilización de ciertos registros o documentos como medios de prueba. Sin perjuicio de lo anterior la autora citada manifestó una opinión favorable a usar el parte policial u otros documentos de la investigación distintos a los señalados expresamente en el artículo 332 del CPP en la Capacitación Inter Institucional celebrada en la ciudad de Santiago a propósito de la entrada en vigencia de la Reforma Procesal Penal en la Región Metropolitana el año 2005.

Reconociendo la importancia de impugnar la credibilidad de la prueba de testigos durante el contrainterrogatorio, el profesor JULIÁN LÓPEZ MASLE, en la misma obra, tomo II, págs. 134 y siguientes, señala: "El proceso penal del sistema adversarial no es sólo un escenario puesto a disposición de las partes para producir prueba de los hechos que invoca, si no también un mecanismo de control de la credibilidad o Habilidad de la prueba ofrecida por la contraria", luego que el artículo 336 del CPP faculta a los intervinientes para ofrecer prueba que se relaciona con la credibilidad de la evidencia durante el juicio oral, con el requisito que quien solicite prueba anticipada no hubiere podido prever su necesidad. El profesor López señala a propósito de este último requisito legal del artículo 336 del CCP: "El requisito legal de que no hubiere sido posible prever su necesidad debe, a mi juicio, ser interpretado por el tribunal del juicio oral con la suficiente flexibilidad como PARA ADMITIR EN FORMA AMPLIA LA PRUEBA SOBRE CREDIBILIDAD DE LA PRUEBA COMO PARTE INTEGRANTE DE UN MODELO DE SEGURIDAD DEL CONTRAINTERROGATORIO, ESTO ES, COMO LA POSIBILIDAD DE INCORPORAR PRUEBA PARA DEMOSTRAR LA FALSEDAD DE UNA RESPUESTA DADA POR EL TESTIGO O PERITO EN LA MISMA AUDIENCIA". El autor cita a Paul Bergman respecto al *modelo de seguridad* de las preguntas. Autor este último que define como preguntas muy seguras aquellas cuya respuesta desfavorable se puede refutar utilizando la declaración previa del testigo más verosímil, Bergman señala que estas declaraciones pueden ser las vertidas en el interrogatorio directo durante una deposición, una afirmación contenida en

El artículo 332 del CPP consagra dos cosas: í) el mecanismo e HIPOTESIS para impugnar la credibilidad de un testigo o perito mediante la exhibición o lectura durante el juicio oral de un documento o informe previo suscrito o realizado por el testigo o perito, y ii) señala en principio con qué registros o documentos se puede hacer esta contrastación.

A su turno, la posibilidad de contrastar con una declaración o documento previo al testigo o perito para impugnar su credibilidad durante el juicio oral es la hipótesis que se encuentra incorporada al artículo 334 del CPP al señalar: "salvo en los casos previstos en los artículos 331 y 332". El artículo 334 del CPP es una contraexcepción al artículo 332 del CPP al señalar que "salvo en los casos previstos en el artículo 332 del CPP" no se podrá leer un documento de la investigación, es decir salvo para aquellos casos que la norma citada contempla (art. 332 CPP), que son: 1) demostrar una contradicción; 2) superar una contradicción; 3) ayudar a la memoria, o 4) aclarar un hecho, el litigante si podrá solicitar al tribunal que el testigo lea una declaración previa prestada ante la policía o usar otros documentos de la investigación.

En síntesis, los artículos 332 y 334 consagran la facultad de desacreditar al testigo o perito en nuestro sistema procesal penal, facultad integrante del contraexamen.¹⁷² que debe analizarse conforme al artículo 309 del CPP.

Por lo mismo, para efectos de demostrar una contradicción si se puede leer un registro policial.¹⁷³ pues la norma no señala que esa declaración previa

una carta, una manifestación oral a un vecino, o un mensaje desplegado al cielo (PAUL BERGMAN, *La ¿defensa enjuicio*, 2ª edición, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Argentina, pág. 148).

RAFAEL BLANCO SUAREZ, MAURICIO DECAP R, HUGO ROJAS C. Y OTRO, en su libro *Litigación estratégica*, Editorial LexisNexis, 2005, pág. 234, señalan: "Por ello, somos partidarios de una interpretación amplia del art. 332 para el caso de los testigos, permitiendo refrescar su memoria o evidenciar contradicciones incluso con las declaraciones efectuadas ante la policía".

En el mismo sentido BLANCO SUÁREZ, RAFAEL, en *Revista Procesal Penal*, Editorial LexisNexis Chile, N° 32, febrero de 2005, en artículo titulado "Registro de las Actuaciones de los Fiscales del Ministerio Público", señala: "Frente a los argumentos en el senado de aprovechar la declaración policial para los efectos del artículo 332, cabe precisar que, si un policía, tergiversa la versión prestada durante la fase de investigación puede confrontarse su versión en juicio con cualquier acta previa, pues la regla del artículo 334 inciso primero debe entenderse como una norma de garantía a favor del acusado. Lo anterior es sin perjuicio de la posibilidad de recurrir al artículo 336 por la vía de la prueba sobre prueba".

¹⁷² *Impeachmentzn* EE.UU.

¹⁷³ BAYTELMAN A. y DUCE J., obra ya citada, en el mismo sentido, pág. 235, quienes son partidarios del uso de declaraciones previas con el fin de impugnar la credibilidad del testigo.

sea realizada con los requisitos del artículo 332 del CPP, sino que "salvo para los casos de los artículos 331 y 332". Como ya se señaló esto es propio de los sistemas acusatorios donde el contraexamen es consagrado sin limitaciones.

Invocando el espíritu del legislador¹⁷⁴ que invita a los intervinientes a interpretar las nuevas instituciones instauradas por el CPP a la luz de un sistema acusatorio, el contraexamen no puede limitarse con prohibiciones que lo desvirtúen y lo transformen en algo más bien formal, que no cumpla con el objetivo que tiene en el ámbito de un sistema contradictorio.

Uno de los principales fundamentos de la prohibición de lectura de registros de la investigación durante el juicio oral es asegurar la centralidad del juicio oral y evitar que la audiencia de juicio oral se transforme en una mera ratificación de la investigación fiscal.¹⁷⁵ Este propósito es absolutamente compartido por la mayoría de los intervinientes y es un problema real que debe evitarse por quienes operan el sistema. La impugnación de la credibilidad de un testigo a través de la lectura de un documento de la investigación no hace que el tribunal falle con documentos de la investigación, el documento leído no pasa a ser prueba, no es admisible como prueba,¹⁷⁶ si no

¹⁷⁴ Ver mensaje del CPP.

¹⁷⁵ HORVITZ LENNON, MARÍA INÉS, obra ya citada, pág. 318, tomo II.

¹⁷⁶ Siempre el legislador estimó que los documentos de la investigación no pueden ser utilizados como prueba y que el tribunal debería resolver con la prueba producida en el juicio. Así EMILIO PFEFFER URQUIAGA en *Código Procesal Penal. Anotado y concordado*, a propósito de la historia del artículo 334 del CPP, pág. 503, dice: "Se señaló que éste se explica por el hecho de ser la investigación desformalizada. Ella tiene por propósito formar la convicción del investigador, no la del tribunal sentenciador. En consecuencia, todo lo que se haga en ella es fundamento de la acusación, no de la sentencia. Se pretende que el tribunal resuelva con la prueba que se rinda ante él. El tribunal tiene que resolver entre lo que dice la acusación y lo que dice la defensa". Contrario sensu, esta prohibición no alcanza la utilización de registros y documentos que dieran cuenta de actuaciones policiales para impugnar la credibilidad del testigo.

El tema en el sistema norteamericano se encuentra regulado en la regla federal de evidencia 801 (d) (1) en que se exige que el declarante testifique en el juicio sujeto a contrainterrogatorio, se desalienta el uso de estas declaraciones para incorporar hechos sustantivos. En la regla mencionada se señala que estas declaraciones no son "*Hearsay*". ERNESTO L. CHIELSA, explica en el *Tratado de Derecho Probatorio* (Publicaciones JTS, 1ª ed., reimpresión 2005, tomo II, págs. 613 y ss.), que la regulación norteamericana sigue en general la regla más tradicional, señalando que las declaraciones anteriores del testigo se pueden utilizar para impugnar la credibilidad de éste, pero no para probar la veracidad de su contenido. Esta regla tradicional se abandona en la regla 63 de las Reglas Federales de Puerto Rico que son mucho más amplias.

que a través de su lectura se evidencia una contradicción, que sirve al tribunal para restar credibilidad al testigo, lo cual es propio del contraexamen y tiene sustento legal según lo prescrito en el artículo 309 del CPP. En otras palabras, el registro policial es inadmisibles como prueba, pero admisible para los efectos de impugnar la credibilidad de un testigo o perito.

En este punto es necesario analizar que la prohibición de testigos de referencia o testigos de oídas -Hearsay Rule- en EE.UU.¹⁷⁷ tienen como uno de sus principales fundamentos que la fuente de la prueba no puede someterse a contradicción, no puede depurarse, ni contrastarse. La regla que prohíbe el ingreso de prueba de referencia, ya sea escrita o a través de testigos de oídas desde este punto de vista no dice relación con que el juicio sea fallado con expedientes y pierda su oralidad y centralidad, si no que, el contenido de lo señalado en el documento escrito que constituye la evidencia que se intenta incorporar no es confiable, ya que no fue percibido personalmente por los jueces, no fue sujeto a contraexamen y no se prestó bajo juramento. La lectura de documentos durante el juicio oral afecta principalmente el principio de inmediación y no la oralidad, que es solo un medio para aplicación de la inmediación, publicidad y celeridad del proceso. En doctrina ese es el fundamento de la prohibición de la lectura de documentos durante el juicio oral, fundamento que no se ve afectado cuando se contrasta a un testigo con un documento en el que él participó, porque la fuente de la prueba está presente en el juicio sin afectarse la inmediación.

En ese orden de cosas es que el contraexamen tiene tanta importancia a la luz del principio contradictorio, es un requisito de validez de un testimonio, un cedazo mínimo para validar un testimonio. El contraexamen entonces no se limita con prohibiciones tales como el uso de declaraciones previas escritas para impugnar la credibilidad de un testigo que está declarando en juicio, si no más bien se autorizan dichas prácticas para que el abogado pueda demostrar que el testigo no es sincero o su testimonio no es confiable. Interpretación más acorde al fundamento de la prohibición de la lectura de documentos de investigación durante el juicio oral, y sistemática a la luz de lo prescrito en el artículo 309 del CPP.

Por otra parte, la prohibición de la contrastación con documentos policiales siempre se ha fundado en la desconfianza del legislador y que la sociedad tiene referente a las condiciones de voluntariedad de la declaración prestada por

¹⁷⁷ Reglas Federales de Evidencia 801 y siguientes.

el imputado ante la policía.¹⁷⁸ Por ello el legislador protege al imputado prohibiendo al ente persecutor utilizar las actas que constituyen la declaración del imputado en sede policial, ese es uno de los fundamentos de la norma del artículo 334 del CPP. Lo anterior no tiene relación con que se prohíba a los intervinientes demostrar las contradicciones que los testigos tengan entre sus declaraciones prestadas en juicio y documentos o declaraciones de la investigación. La protección en favor del imputado no puede transformarse en un perjuicio, como sería interpretar que el acta de fuerza no puede ser utilizada para efectos de demostrar una contradicción en el ejemplo propuesto.

Para el caso de los juicios orales simplificados es de común ocurrencia que muchas de las declaraciones que los testigos prestan durante la breve investigación que realiza el fiscal sean prestadas ante funcionarios policiales. En este sentido es común que dada la simpleza de la investigación éstas se reduzcan a las primeras 24 horas y en virtud de la posibilidad de requerir en forma verbal en procedimiento simplificado¹⁷⁹ por parte del fiscal al imputado durante la audiencia de control de la detención, el fiscal solo tenga una investigación hecha íntegramente ante la policía. Es usual que en los casos en que se realiza el juicio oral simplificado se haga uso, por parte de los intervinientes, de lo declarado por los testigos en documentos policiales para los efectos de lo prescrito en el artículo 332 del CPP sin que los intervinientes hagan mayor cuestión del asunto. De no hacerse así en los juicios orales simplificados, no existiría la desacreditación.

En síntesis, el problema no es que se use una declaración previa durante el juicio oral como medio de prueba, lo que atentaría con el principio de contradicción, el tema es que un testigo que declara en juicio oral para ser creíble debe ser sometido al contraexamen y quien realiza el contraexamen tiene derecho a atacar su credibilidad contrastándolo con registros o declaraciones previas prestadas por el testigo durante la investigación, cuando éstas difieran de lo declarado en la audiencia de juicio oral.

Por último, la interpretación literal de las normas de los artículos 332 y 334, ambas del CPP, que señala que la mención del artículo 332 en el artículo 334 del CPP es solo para excepcionar la lectura de declaraciones prestadas ante el juez de garantía o fiscal,¹⁸⁰ nos lleva al absurdo de que para el caso

¹⁷⁸ HORVITZ LENNON, MARÍA INÉS, obra citada, pág. 319, tomo II, nota 224.

¹⁷⁹ Artículo 393 bis del CPP.

¹⁸⁰ Deben agregarse los informes periciales para el caso de los peritos.

propuesto en esta sección referente al acta de fuerza esta impugnación no podría llevarse a cabo y el tribunal daría plena validez al policía, sin siquiera el abogado poder exponer al tribunal la evidente contradicción entre lo señalado por el policía y el acta de fuerza por él suscrita.

17.5. Uso del artículo 336 del CPP

El artículo 336 del CPP faculta a los intervinientes para solicitar al tribunal la recepción de prueba nueva si con ocasión de la rendición de una prueba surgiere controversia relacionada exclusivamente con su veracidad, autenticidad o integridad.

Ante la situación propuesta del acta de fuerza, algunos optan por hacer uso del artículo 336 del CPP y solicitar al tribunal que se autorice a presentar como prueba el acta de fuerza para acreditar la falta de veracidad de la declaración prestada por el testigo durante el juicio oral.

En este sentido lo señala Julián López M. quien a propósito de la credibilidad de la prueba señala que el procedimiento adversarial no es solo un escenario en donde las partes puedan producir prueba de los hechos que invocan si no también sobre la credibilidad o Habilidad de la prueba ofrecida por la contraria. En este último sentido se podría durante un juicio oral incorporar prueba para demostrar la falsedad de una respuesta dada por un testigo o perito en la misma audiencia de juicio oral por la vía del artículo 336 del CPP.¹⁸¹

La dificultad que en mi concepto presenta esta interpretación es que el parte policial y otros registros de la investigación nunca serán prueba de aquellas que pudieren haberse ofrecido previamente,¹⁸² pero desde ya reconozco que esta dificultad debe ceder en favor de la búsqueda de la verdad.

¹⁸¹ LÓPEZ MASLE, obra ya citada, pág. 137, tomo II. Sin perjuicio de lo anterior MARÍA INÉS HORVITZ en la misma obra limita el uso del artículo 336 del CPP y a propósito del análisis de esa norma señala en su página 326: *"Sin embargo, ello no es tan evidente en el caso de los medios de prueba personales, como testigos y peritos, cuando se trata de la falta de veracidad de sus declaraciones. En efecto, la forma habitual de dejar en claro las inconsistencias o las contradicciones en sus declaraciones será atacando su credibilidad en el conainterrogatorio, por ejemplo a través de la lectura de declaraciones anteriores, esto es, por la vía que franquea el artículo 332 CPP"*.

¹⁸² Salvo los casos contemplados en el artículo 331 del CPP.

17.6. Uso del artículo 329 del CPP

El artículo 329 del CPP, en su inciso 5º, faculta a los intervinientes para retener al testigo para un nuevo interrogatorio.

Pues bien, si el tribunal no faculta al interviniente para contrastar al testigo con documentos o registros de la investigación en virtud de lo prescrito en el artículo 334, en relación a lo prescrito en los artículos 332 y 309 del CPP y el testigo ha señalado en la audiencia de juicio oral no recordar si lo declarado en el juicio lo consignó en su informe policial o negar algún hecho de su declaración anterior, una alternativa válida para desacreditar al testigo será solicitar al tribunal retener al testigo a efectos que en la sala de testigos lea su informe y luego vuelva a la sala de audiencia de juicio oral y responda si lo declarado hoy lo consignó en su informe o es contradictorio a lo informado durante el juicio oral.

Esta solicitud de retener al testigo para que lea su declaración o informe anterior y luego vuelva a declarar será especialmente útil para aquellos testigos que recuerdan con toda precisión los hechos durante el examen directo y luego durante el contraexamen frente a cualquier consulta respondan señalando no recuerdo.

Como ya se analizó, existe otra situación en la cual es útil utilizar la facultad del artículo 329 inciso 5º del CPP, esta es cuando se quiere impugnar la credibilidad de un testigo por omisión y el tribunal no permite que ésto se realice toda vez que el artículo 332 del CPP señala que el testigo puede leer "*parte,s*" "*o parte de su declaración*".

Volvamos al caso de drogas donde el policía aprehensor señala que el imputado le dijo que hace tres meses estaba sin trabajo y que estaba dedicado a la venta de drogas. Esta información no está en la declaración del testigo ante el fiscal ni en sus informes y el abogado defensor quiere impugnar la credibilidad del testigo por omisión y exhibir la declaración que el testigo prestó, y luego preguntar: ¿Puede usted mostrarme en qué parte de su declaración usted le dijo al fiscal que el imputado estaba dedicado a la venta de drogas hace tres meses? Si el tribunal lo prohíbe, según lo analizado previamente en este capítulo, esto es que el testigo debe leer toda su declaración, esta interpretación se puede salvar haciendo uso de la facultad del artículo 329 inc. 5º del CPP, según lo ya expresado.

En síntesis, la facultad de retener testigos podrá ser útil para impugnar la credibilidad de los testigos por omisión y asimismo para impugnar la credibilidad de los testigos con registros y documentos de la investigación que

dieren cuenta de diligencias o actuaciones realizadas por la policía o el Ministerio Público.

17.7. Jurisprudencia

En diversas APJO,¹⁸³ los Tribunales de Garantía han excluido testigos presentados por el Ministerio Público en su acusación, ya que estos no han declarado en la investigación o habiendo declarado no lo han hecho ante el fiscal (solo existe una declaración policial o sus dichos están contenidos en el parte policial). La causal de exclusión invocada es la contemplada en el artículo 276 inc. 3º del CPP parte final: "Exclusión de pruebas para el juicio oral: ...aquellas que hubieren sido obtenidas con inobservancia de garantías fundamentales"

La exclusión de prueba se ha fundado en el derecho a defensa contemplado en el artículo 19 N° 3 inc. 2º de la Constitución Política de la República en relación a lo dispuesto en el artículo 8º ap. 2 letras b), c) y f) del "Pacto de San José de Costa Rica", y lo dispuesto en el artículo 14 ap. 3 letras a), b) y e) del PIDCP.

La garantía fundamental trasgredida es el debido proceso en su aspecto adjetivo, esto es el respeto de ciertas formas procesales, entendiendo que según lo dispuesto en los artículos 180, 181, 227 del CPP el fiscal tiene la obligación de registrar las diligencias que realiza. Específicamente se ha citado el artículo 181 inc. 1º, que expresamente señala entre las actividades de investigación está identificar a los testigos y consignar sus declaraciones.

Se ha argumentado que se deben excluir todos los testigos que el Ministerio Público presente en su acusación y que no hayan declarado en la investigación fiscal o que habiendo declarado no lo hayan hecho ante el fiscal según lo señalado. Respecto a los testigos que sí declaran en la investigación pero no ante el fiscal, estos deben ser excluidos ya que el defensor no podría contrastar sus dichos, toda vez que el artículo 332 del CPP solo permitiría durante el interrogatorio de los testigos exhibir declaraciones prestadas ante el fiscal o juez de garantía. Se ha señalado que algunos Tribunales Orales en lo

¹⁸³ Rit 2139-2004, Tribunal de Garantía de Concepción; Rit 552-2004, Tribunal de Garantía de Chillán; Rit 350-2004, Tribunal de Garantía de Iquique, causa Ruc 0400011353-6; 9º Tribunal de Garantía de Santiago, Rit 435-2005; 15º Juzgado de Garantía de Santiago, Rit 134-2005.

Penal no permiten contrastar con declaraciones distintas a las señaladas en el artículo 332 del CPP, como las consignadas en el parte policial o no realizadas ante el fiscal.¹⁸⁴

Existen varios fallos de Cortes de Apelaciones que han confirmado las exclusiones de prueba, resueltas por los Tribunales de Garantía, para el caso de testigos que no han declarado ante el fiscal ya que se ha estimado que se transgrede el derecho a la defensa y el debido proceso.¹⁸⁵

¹⁸⁴ Sin perjuicio de esta argumentación el problema en mi opinión en este punto no es de exclusión de prueba, si no de una mala interpretación de algunos Tribunales del Juicio Oral en lo Penal de los artículos 332 y 334 ambos del CPP. A mayor abundamiento creo que el problema no se soluciona con que el fiscal deba en cada declaración que tome a los testigos repetir todo lo consignado por el testigo en los otros documentos de la investigación en que participó, si no con que a los intervinientes se les permita contrastar con entera libertad durante el juicio oral sin restringir la contrastación a las declaraciones ante el fiscal o juez de garantía. Por lo anterior en mi opinión no es la misma situación el testigo que no ha declarado en la etapa de investigación con aquel que ha declarado pero no ante el fiscal, claramente en el primer caso si ese testigo es ofrecido por la fiscalía y se pretende que declare en el juicio oral el defensor se ve limitado en su derecho de conocer la imputación.

¹⁸⁵ Ilustrísima Corte de Apelaciones de Iquique Rol 54-2004 y que en su considerando Tercero señala: *"TERCERO: Que, la Defensa ha sostenido que el Parte Policial, en el que consta la relación de la víctima con los hechos investigados, no es suficiente para reemplazar la actuación de investigación del Ministerio Público, por cuanto no permite a la defensa tomar conocimiento real y completo de lo que el testigo sabe y tampoco podría contrastar las declaraciones que preste en el juicio oral con sus declaraciones ante la Policía, por existir norma expresa en contrario. También ha sostenido la defensa que el contenido del Parte Policial en lo que a la víctima se refiere, es insuficiente porque no tiene los detalles necesarios y, por lo tanto, este antecedente no puede reemplazar el registro de Ministerio Público y, aceptar tal predicamento significaría vulnerar las normas del Debido Proceso y limitar la actuación de la Defensa"*.

Ilustrísima Corte de Apelaciones de La Serena, Rol 107-2004, en que se reproduce el argumento del defensor: *"Finalmente expresa que no existe declaración alguna de este funcionario en la carpeta investigativa, razón por la cual, de ser incluido en el auto de apertura en el juicio oral, posterior, no habrá posibilidad alguna de confrontación con declaraciones..."*.

La Ilustrísima Corte de Apelaciones de San Miguel en causa Rol 594-2006, de 20 de abril de 2006, confirma la resolución apelada respecto a la exclusión de un testigo particular acompañado por el Ministerio Público: *"4° Que en lo que dice relación con el testigo Guillermo Enrique Morales UUoa la situación es diferente, toda vez que se trata de un particular cuya declaración ante el Fiscal no fue registrada, motivo por el cual esta Corte, compartiendo el criterio del señor juez de primera instancia..."*, y revoca la resolución del Juez de Garantía que había excluido a un funcionario policial presentado por el Ministerio Público que no había declarado durante la etapa de investigación señalando que: *"3° Que, en consecuencia, constando dicho registro de investigación en la carpeta, la defensa ha tenido pleno conocimiento tanto de la existencia de estos testigos, como de su"*

Existen fallos de Cortes de Apelaciones que han estimado que el hecho que el testigo no declare ante el fiscal no es suficiente para excluirlo, según lo dispuesto en el artículo 276 inc. 3° del CPP, y **que este hecho no impide conrainterrogar**. Así en fallo Rol 199-2004 de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Chillán, conociendo de un recurso de apelación deducido por el Ministerio Público contra el auto de apertura que excluyó los testigos que no habían declarado ante el fiscal en su considerando 10° señala: *"los funcionarios de la Policía de Investigaciones pueden presentarse aun cuando no hubieren sido interrogados anteriormente, toda vez que sus atestados sólo podrán versar en relación con las diligencias que les fueron encomendadas y tuvieron intervención y LA CONTRAINTERROGACION NO CABE DUDA QUE TIENE QUE SER EN RELACION CON ELLO "*. Este mismo fallo confirma la resolución apelada y excluye los testigos de los cuales no existe registro de sus actuaciones en la investigación fiscal. En síntesis el fallo señala que los testigos que no declaran ante el fiscal y no hay registro deben ser excluidos y sobre los funcionarios policiales que existe registro de sus actuaciones en partes policiales o informes sí pueden declarar y deben ser conrainterrogados a ese tenor. Lo anterior claramente da una interpretación, como la postulada en esta obra, del artículo 334 del CPP.

En el fallo rol 456-2003 de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de La Serena, que resuelve idéntica situación de apelación de exclusión de prueba al señalar que la prueba debe ser incorporada en su considerando 2 d) señala: *"que finalmente debe señalarse que tampoco se puede ver un impedimento de la aplicación del artículo 332 del CPP por la circunstancia de no haberse tomado declaración directamente por el fiscal a los policías en referencia, ya que sus anteriores declaraciones prestadas ante el fiscal", están constituidas por los regis-*

participación en las pesquisas, motivo por el cual esta Corte es del parecer que en la especie no se ha vulnerado la garantía constitucional que se invoca amagada, al señalar el Ministerio Público a los testigos en referencia entre los medios de prueba de que piensa valer en el juicio oral".

Respecto a la posibilidad de excluir a un testigo durante la APJO que no ha declarado en la investigación fiscal y es presentado por el Ministerio Público el fallo de la Excelentísima Corte Suprema de 14 de abril de 2005, Rol N° 3-2005, constituye un retroceso parcial al desechar el recurso de nulidad interpuesto por la defensa fundado, entre otros motivos, en el hecho que a los funcionarios policiales presentados por la fiscalía como testigos en el juicio oral no se les tomó declaración durante la investigación fiscal, hecho que impedía a la defensa ejercer los derechos que la ley le otorga en relación al contraexamen durante el juicio oral, motivo señalado en el artículo 374 letra c) del CPP. Es necesario destacar que la Excelentísima Corte Suprema señala que la infracción no se produce, ya que el Ministerio Público no había entrevistado a los testigos y por esa razón no estaba obligado a tomar declaración.

CCORTT^

TECNICAS Y FUNDAMENTOS DEL CONTRAEXAMEN EN EL JUICIO ORAL

/WÍOTECA\

tros policiales del parte policial de carabineros e informe de investigaciones tantas veces citado".

Sin perjuicio que esta jurisprudencia de la Corte de Apelaciones de La Serena fue modificada,¹⁸⁶ es interesante el razonamiento de la Corte que incorpora los documentos de la investigación a declaraciones ante el fiscal por lo cual claramente se podría contrastar a ese testigo con documentos como el parte policial u otros documentos distintos a los señalados en el artículo 332 del CPP.

La problemática que se ha dado en alguno de nuestros Tribunales Orales en lo Penal y parte de nuestra doctrina en cuanto a contrastar al testigo para atacar su credibilidad con documentos distintos a los señalados en el artículo 332 del CPP parece no alcanzar a los fallos de Corte de Apelaciones que al decidir incluir testigos que no han declarado ante el Ministerio Público durante la etapa de investigación, lo fundamentan en que el hecho que el testigo no haya declarado no limitan la impugnación de credibilidad mediante la contrastación con documentos, registros o declaraciones previas durante el juicio oral incluyendo documentos distintos a los expresamente señalados en la norma citada, según los fallos de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de La Serena y Chillán.

Por último, cabe señalar que en la mayoría de los Tribunales Orales en lo Penal se permite impugnar la credibilidad del testigo o su testimonio a través de la lectura del parte policial u otro documento distinto a los señalados en el artículo 332 del CPP, haciendo una correcta interpretación de la desacreditación durante el contraexamen.

¹⁸⁶ Rol 107-2004, ver en www.poderjudicial.cl.

CAPÍTULO X

Contraexamen sin declaraciones previas¹⁸⁷

SUMARIO: 1. Introducción. 2. ¿Debo contraexaminar aun sin declaración previa? 3. Técnicas para desarrollar un contraexamen sin declaraciones previas. 3.1. Búsqueda de información. 3.1.1. Búsqueda de información en la APJO. 3.1.2. Otras fuentes de información. 3.1.3. Prepararse por tópicos. 3.2. Control de la ansiedad. 3.3. Cómo tomar notas. 3.3.1. En forma de capítulos. 3.4. Antes de comenzar el contraexamen identificar áreas para el contraexamen de las notas del examen directo. 4. Durante el juicio. 4.1. Estar atento a las reacciones. 4.2. Respuestas que sorprenden al abogado que presentó al testigo. 4.3. Preguntas y respuestas precisas. 5. Contraexamen durante el juicio oral. 5.1. ¿Cómo comenzar? 5.2. Sentido común y lógica. 5.3. Preparar capítulos de contraexamen por tema. 5.4. Testigo que se repite. 5.5. Aislar el testimonio del testigo. 5.6. Impugnación de la credibilidad del testigo que no ha declarado previamente. 6. Consideración final para la defensa. 7. Consideraciones finales para ambos intervinientes. 8. Conclusiones.

1. Introducción

Es usual que en muchos juicios orales se deba contraexaminar a testigos que no han prestado declaraciones previas durante la etapa de investigación con las cuales se pueda preparar el contraexamen o contrastar sus declaraciones prestadas durante el juicio oral para atacar su credibilidad. Esta situación es una norma casi general para los querellantes y fiscales que deben contraexa-

¹⁸⁷ Basado en el cap. 31 "Cross-Examination Without Discovery", de *Cross-Examination Science and Techniques*, obra citada.

minar a los testigos de la defensa, ya que en la mayoría de los casos estos no han prestado declaración en la fase previa de investigación.

Según lo prescrito en los artículos 97, 181, 227 y 228 del CPP y lo prescrito en el artículo 19 N° 3 incs. 3° y 5° de la Constitución Política de la República, como asimismo lo prescrito en 14 ap. 3 letra b) del PIDCP y artículo 8 ap. 2 letra c) de la CADH, ambos incorporados al derecho nacional en virtud de lo prescrito en el artículo 5 inc. 2° de nuestra Constitución, esta situación jamás debería existir para el caso de la defensa respecto a los testigos del Ministerio Público,¹⁸⁸ toda vez que es un contenido esencial del derecho a defensa conocer la imputación, lo que incluye el contenido total de la pieza de cargo que se hace valer en contra del imputado.

Por otra parte, el conocer la declaración del testigo de cargo asegura otro aspecto básico del derecho a defensa; el derecho del defensor a preparar debidamente la defensa.

Sin perjuicio de lo señalado, es también frecuente que en muchos casos los fiscales del Ministerio Público no registren las declaraciones de los testigos que son ofrecidos para declarar en el juicio oral. La discusión que se ha dado en estos años de reforma ha girado en torno a si es obligatorio o no para los fiscales registrar en sus investigaciones las declaraciones de los testigos que van a declarar en el juicio oral. No es el objetivo de este trabajo abordar la polémica que se ha desarrollado en el curso de la reforma procesal penal respecto de la obligación del Ministerio Público de consignar las declaraciones de los testigos que ofrece en la acusación para que declaren en el juicio oral. Sin perjuicio de lo anterior es necesario destacar que algunos Tribunales Orales les han restado valor a los testigos presentados por el Ministerio Público en el juicio oral cuando estos no han declarado previamente en la etapa de investigación.¹⁸⁹ Por otra parte nuestra Excelentísima Corte Suprema ha

¹⁸⁸ El Ministerio Público en su instructivo 32, de 12 de diciembre de 2000, se refiere a los testigos en la etapa de investigación.

¹⁸⁹ Causa Rol Unico 0400427488-7, Rol Interno 16-2005, del Tribunal Oral en lo Penal de Calama, considerando décimo segundo: "...Que de acuerdo a lo anterior, parece que el derecho del acusado a conocer el contenido de la imputación no sólo se refiere a los hechos que se le imputan, sino, además, de la provisional calificación jurídica y de los antecedentes que tiene el Ministerio Público para dar lugar a dicha imputación. No entenderlo de dicha manera implicaría desconocer el derecho del acusado y de su defensa de poder realizar una defensa adecuada, planteando una teoría del caso alternativa, pues desconoce cuál es la línea investigativa seguida por el fiscal; además, impediría al acusado poder determinar adecuadamente si

reconocido que el derecho a defensa trae aparejado el derecho de conocer la imputación y tener el tiempo y medios adecuados para preparar la defensa, específicamente el contraexamen.¹⁹⁰

Bien, una vez advertido que el objeto de este trabajo no es abordar las razones por las cuales el Ministerio Público está obligado a consignar las declaraciones de los testigos que declaran en el juicio oral, y reconociendo además que la situación que nos ocupa es como contrainterrogar a un testigo del cual no existe una declaración previa escrita situación frecuente en nuestros procesos orales en comparación a otro,¹⁹¹ debemos abordar derechamente qué técnicas aplicar para contraexaminar a esta clase de testigos.

desea renunciar o no a su derecho a un juicio oral o acceder a alguna salida alternativa, ya que no sabe cómo se dirige la investigación en su contra. Que entender este derecho de esa forma permite además a la Defensa del acusado realizar una tutela de los derechos de su defendido de una manera más técnica y profundizada, que también tendrá repercusión en otras garantías del acusado en el proceso penal. Al respecto, estos jueces, por mayoría de votos, entienden que la declaración en juicio de un testigo que no ha prestado declaración en Fiscalía afecta gravemente el ejercicio del derecho de defensa del acusado, ya que el abogado defensor no podrá contrainterrogar adecuadamente al referido testigo. Es cierto que en la audiencia de juicio oral se encontrará presente el abogado defensor realizando preguntas de contrainterrogación a quien depone, mas dicho contrainterrogatorio es sólo de carácter formal, es decir, la posibilidad de contrainterrogar existe y es evidente, sin embargo, no es un contrainterrogatorio de carácter sustancial, ya que la calidad de este contrainterrogatorio así como la posibilidad de conocer el contenido de la declaración previo al juicio oral, no existe, por lo que el acusado se encuentra en una evidente y grave desventaja frente al Ministerio Público...".

¹⁹⁰ En recurso de nulidad conocido por la CS, deducido por la defensa toda vez que en procedimiento oral simplificado el querellante había rendido prueba sin haberla ofrecida con anterioridad, la Corte resuelve en su considerando quinto: "Que, en otro orden de ideas, el sentenciador incurre en un error al suponer que el derecho de defensa del imputado se salvaguarda simplemente con la facultad que tiene para contrainterrogar a los testigos del querellante en la audiencia de estilo. Su derecho a defensa pasa también por tener la oportunidad y tiempo suficiente para su debida preparación. A este respecto es pertinente traer a colación que el artículo 309 del CPP -aplicable aquí en virtud de lo que dispone el artículo 389 del mismo cuerpo legal—, sin perjuicio de declarar que en el procedimiento penal no existen testigos inhábiles, dispone que los intervinientes pueden 'dirigir al testigo, preguntas tendientes a demostrar su credibilidad o falta de ella, la existencia de vínculos con alguno de los intervinientes que afectaren o pudieren afectar su imparcialidad, o algún otro defecto de idoneidad', derecho que sólo podrá ejercer después de averiguar con anticipación todo cuanto concierna al testigo propuesto una vez que conozca con precisión su identidad y halla previsto las preguntas que le podrá formular en el juicio". SCS 13/07/05, Rol N° 2345-05.

¹⁹¹ Así en el sistema norteamericano una que vez que ya se ha producido el arresto se desarrolla una audiencia preliminar en que se puede llevar prueba de testigos y se analiza si

2. ¿Debo contraexaminar aun sin declaración previa?

Existe un axioma que se repite en muchos textos y clase de litigación que señala: *no pregunte si no conoce la respuesta*,^m de seguirse esta supuesta regla de oro del contraexamen, frente a testigos que no han declarado previamente y de los cuales no conocemos sus respuestas no podrían ser contraexaminados. Este axioma o regla en parte es cierto, lo ideal es conocer las respuestas que dará el testigo o tener una declaración previa con que contrastar sus respuestas en caso que las modifique durante el juicio oral. Pero en muchos casos no tenemos declaraciones previas o estas son incompletas y debemos contraexaminar al testigo. La teórica verdad del axioma es cuestionable. ¿Técnicamente es correcto contraexaminar a un testigo de quien no sabemos sus respuestas? ¿Podemos contraexaminar a testigos sobre ciertos temas que

existe causa probable de la comisión del hecho punible y participación del imputado. En esta audiencia los intervinientes contraexaminan a los testigos.

"Preliminary hearing, in most jurisdictions, a preliminary hearing (or 'preliminary examination) is held within two weeks after the arrestee's initial appearance before the magistrate, unless the defendant waives the hearing. The primary purpose of a preliminary hearing is to determine whether there is probable cause to believe that a criminal offense has occurred and that the arrestee committed it. A preliminary hearing is adversarial in nature, and runs somewhat like a trial... At the hearing, the prosecutor and the defendant may call witnesses in their behalf and cross-examine adverse witnesses", DRESSLER, JOSHUA, obra ya citada, págs. 8 y 9.

¹⁹² JULIO E. FONTANET MALDONADO, *Principios y Técnicas de la Práctica Forense*, 2ª edición, Jurídica Editores, San Juan de Puerto Rico, 2002, pág. 129, al referirse a los decálogos del contraexamen, señala como el cuarto mandamiento: "sólo preguntar lo que se sabe de la contestación". Y agrega: "...Este mandamiento es el más importante de todos.

DUCE y BAYTELMAN, obra citada, pág. 158: "Ya vamos a decir, hacia el final de este capítulo, que salir a contraexaminar no es salir a pescar: un contraexaminador no hace preguntas cuya respuesta no conozca".

BLANCO Y OTROS, obra citada, pág. 212, señalan como 4ª regla básica del contrainterrogatorio: "*Jamás se deben formular preguntas cuya respuesta se desconoce*", sin perjuicio que bajo ese apartado no se tratan las razones del porqué no podrían preguntarse sin conocer la respuesta.

Por último, una reflexión acerca de la posibilidad de traspasar esta supuesta regla de oro a nuestro sistema. En el sistema norteamericano la regla podría tener alguna validez, ya que como se explicó es usual que durante la etapa preliminar los abogados tengan la oportunidad de contraexaminar a los testigos (cuestión que no ocurre siempre) que luego contraexaminarán en el juicio. Esta posibilidad no existe en nuestro sistema por lo cual la regla resulta menos válida, aun en el contexto señalado, autores como Larry S. Pozner y Roger J. Dodd critican la validez de esta regla.

no sabemos cómo responderán? La respuesta es clara: **Sí, ya que en muchos casos las respuestas a las preguntas de contraexamen están dadas por otra evidencia aportada en el juicio o son lógicas y las preguntas pueden tener muchas respuestas, pero solo admiten una respuesta creíble.**¹⁹³

Para los casos en que el testigo no ha declarado anteriormente se pueden realizar capítulos de contraexamen cuyas respuestas tengan sentido común y lógica, si las respuestas del testigo no son compatibles con el sentido común, la lógica, la ciencia o el resto de la evidencia producida en el juicio, lo más probable es que la credibilidad del testigo se vea socavada. El testigo puede contestar lo que estime conveniente pero sus respuestas no parecerán creíbles a la luz del resto de la evidencia o la lógica.

En síntesis, sí se puede contraexaminar a un testigo aun cuando no se conozcan sus respuestas y en algunos casos se debe contraexaminar al testigo que no ha declarado previamente. En este último sentido, si el caso de la contraparte tiene como elemento central la credibilidad del testimonio de un testigo cuyas respuestas no se conocen, es obligatorio contraexaminar al testigo a efecto de tener alguna posibilidad de ganar el caso, de seguirse el axioma y no contraexaminar al testigo clave de la contraparte de seguro se perderá el caso.

3. Técnicas para desarrollar un contraexamen sin declaraciones previas

3.1. Búsqueda de información

La circunstancia de que un abogado deba contraexaminar a un testigo que no haya prestado declaración previa durante la etapa de investigación, hace que el contraexamen sea mucho más difícil de realizar, toda vez que el litigante no sabe lo que el testigo declarará. Toda medida que logre que el abogado no sea sorprendido por el contenido de la declaración del testigo hace que el contraexamen cumpla su labor siendo un verdadero testeo de la prueba y contribuya a establecer la verdad de los hechos.

¹⁹³ Es más, en esta misma obra, en el Capítulo IV, acerca de la preparación del contraexamen, se postuló que las preguntas a realizar en el contraexamen deben satisfacer cualquiera de las siguientes cuatro categorías: se sabe la respuesta, se puede documentar la respuesta, solo una respuesta es lógica o cualquier respuesta es útil.

La información acerca del testigo y el contenido de lo que declarara en el juicio oral son claves para poder realizar un buen contraexamen de aquellos testigos cuyas respuestas se desconocen, por lo cual el litigante debe lograr, previo al juicio oral, conocer con precisión al testigo, su función en el juicio y contenido de su declaración, evitando así sorpresas durante el testimonio.

La primera forma de subsanar la falta de información respecto del contenido de lo que declarará el testigo en el juicio oral es buscando la mayor información acerca del testigo y su conocimiento de los hechos.

3.1.1. BÚSQUEDA DE INFORMACIÓN EN LA APJO. La primera oportunidad del litigante¹⁹⁴ en nuestro sistema para buscar información del testigo que no ha prestado declaración escrita previa, es en la APJO, logrando que se precise de la mejor forma posible por el interviniente que ofrece el testigo los puntos sobre los cuales va a declarar el testigo en el juicio oral conforme al artículo 259 para el fiscal, artículo 261 en relación al querellante y 268 en relación al 263 para el caso de la defensa todas normas del CPP. Lo que deberá solicitarse en la APJO es que el testimonio del testigo sea acotado por el señalamiento de la contraparte de los puntos sobre los cuales el testigo va a declarar en el juicio oral.¹⁹⁵

Una vez logrado lo anterior será necesario que el auto de apertura de juicio oral señale además de los datos para identificar a los testigos citados a declarar al juicio, los puntos sobre los cuales deberán declarar los testigos en el juicio oral al tenor de lo prescrito en el artículo 259 letra h) inc. 2º del CPP.

Lo anterior ya que si durante el juicio oral, en el examen directo, quien ofreció al testigo aborda hechos para los cuales no fue ofrecido el testigo la contraparte podrá objetar la pregunta por impertinente.¹⁹⁶ Para que el Tribu-

¹⁹⁴ Sin perjuicio de la investigación a realizar durante la etapa previa a la APJO que el litigante pueda hacer.

¹⁹⁵ Si el Ministerio Público en su acusación señala correctamente el nombre, apellido, profesión y domicilio de un testigo, pero señala en forma genérica los puntos sobre los que declarará, diciendo por ejemplo: "El testigo declara sobre los hechos materia de la acusación", la defensa deberá deducir una excepción de previo y especial pronunciamiento en la especie, la contenida en el artículo 263 letra b), solicitando la corrección de un vicio formal de la acusación en relación a que ésta no cumple con los términos del artículo 259 letra g) inc. 2º del CPP. El juez deberá resolver al tenor del artículo 270 del CPP. Esta argumentación solo será válida para la defensa en razón de las normas invocadas, en especial la del artículo 270 del CPP, que señala que los vicios formales se pueden producir en la acusación, querrela o demanda civil.

¹⁹⁶ Esta objeción siempre será procedente incluso para aquellos testigos que han declarado en la etapa de investigación. La diferencia entre los testigos que han declarado previamente

nal Oral en lo Penal pueda resolver acerca de la pertinencia debe necesariamente consignarse en el auto de apertura de juicio oral los puntos sobre los cuales fueron ofrecidos los testigos para declarar.¹⁹⁷

La discusión referente a si se deben incluir o no los puntos sobre los que declaran los testigos, se ha dado en atención a lo prescrito en el artículo 277 del CPP, que señala que el auto de apertura del juicio oral debe contener "*e) Las pruebas que deberán rendirse en el juicio oral, de acuerdo a lo previsto en el artículo 275; f) La individualización de quienes debieren ser citados a la audiencia de juicio oral, con mención de los testigos a los que deberá pagarse anticipadamente...*". En virtud de esta última norma existen algunos tribunales que omiten indicar en el auto de apertura de juicio oral los puntos sobre los cuales deberán recaer las declaraciones de los testigos, señalando que la norma no indica expresamente que el auto de apertura de juicio oral deba contener además de la individualización del testigo los puntos sobre los cuales van a declarar. A efectos, que el Tribunal de Garantía incluya en el auto de apertura de juicio oral los puntos sobre los cuales va a declarar el testigo es pertinente fundar la solicitud en una interpretación sistemática de la letra e) del art. 277 del CPP en relación a los artículos 259, 261 y 263 todos del CPP, entendiendo que "*...las pruebas que deberá rendirse en el juicio oral*", para el caso de los testigos es el testimonio del testigo referido, lo que incluye los puntos sobre los cuales fue ofrecido el testigo. Dicho de otra forma la prueba no es solo el testigo si no que los temas sobre los cuales debe declarar el testigo.¹⁹⁸

En síntesis, podemos establecer que en la APJO el litigante tiene una gran oportunidad para buscar información útil acerca del testigo del cual no se conoce el contenido de su declaración, logrando que el tribunal acote los puntos sobre los cuales va a declarar el testigo. Lo anterior será de utilidad solo en el caso de que se logre que el auto de apertura de juicio oral contenga el o los puntos sobre los cuales declarará el testigo en la audiencia de juicio oral.

y los que no lo han hecho es que para los primeros se puede desacreditar su credibilidad a través de la impugnación por omisión, cuestión imposible para aquellos testigos que no declararon en la etapa preliminar. Por otra parte si los testigos que no declararon en la etapa de investigación comienzan a declarar fuera de los puntos para los cuales fueron ofrecidos, quien debe contrainterrogarlos estará en una situación de absoluta sorpresa, que hará más difícil su contraexamen.

¹⁹⁷ Ver *supra* nota 28.

¹⁹⁸ Una argumentación útil para lograr que en la APJO se acoten al máximo los puntos sobre los cuales va a declarar el testigo es señalar que para dar aplicación al artículo 276 del CPP en relación a qué prueba es pertinente o sobreabundante, quien ofrece el testigo debe ser preciso en el señalamiento de los puntos sobre los cuales va a declarar el testigo.

3.1.2. OTRAS FUENTES DE INFORMACIÓN. Una vez que ya se ha verificado la APJO el Tribunal de Garantía envía en el plazo de 24 horas el auto de apertura de juicio oral al Tribunal Oral en lo Penal respectivo el cual debe fijar el juicio oral no antes de 15 ni después de 60 días desde que se distribuye la causa.¹⁹⁹ En síntesis desde que termina la APJO y se verifica el juicio oral transcurre a lo menos un plazo que fluctúa entre los 15 a 60 días que deberán ser usados para averiguar acerca de los testigos cuya declaración no se conoce. En este plazo el interviniente que debe contraexaminar a ese testigo deberá preguntar a su cliente (en el caso de la defensa), la víctima (en el caso del fiscal o querellante) todo cuanto sepan del testigo. Asimismo, se deberá consultar a todos los testigos propios acerca de cuánto conocen del testigo que va a declarar en el juicio oral y no ha declarado en la etapa de investigación.

Durante este tiempo es útil también averiguar si el testigo tiene antecedentes penales, ha declarado en otros juicios o consultar otras bases de datos que aporte información que pueda servir para interrogar al testigo. Incluso esta información podrá ser usada para realizar algún capítulo tipo de contraexamen, referido al interés, prejuicio o motivación o por qué el testigo va a declarar al juicio (como en el ejemplo del comerciante que había sufrido muchos asaltos en su negocio y va a declarar en favor de otro comerciante de su barrio supuestamente asaltado).

3.1.3. PREPARARSE POR TÓPICOS. Como sabemos, el alegato de apertura expondrá la teoría del caso del oponente y en él se podrá identificar la utilidad del testigo que no ha prestado declaración durante la etapa de investigación y que deberá ser contraexaminado en la audiencia de juicio oral. Esta será la primera oportunidad en el juicio para comenzar a generar información sobre el testigo del cual no se conoce su declaración. Los hechos revelados durante el alegato de apertura relacionados con este testigo deberán ser atentamente escuchados por el abogado que deberá contraexaminar al testigo y apuntados cuidadosamente.

¹⁹⁹ Artículos 277 y 281 CPP.

3.2. Control de la ansiedad

Una vez en el juicio oral frente al testigo que fue ofrecido por la contraparte y del cual no existen declaraciones previas, lo primero que debe hacer el litigante es controlar la ansiedad y la molestia que esta situación provoca. Cualquier abogado que esté en la situación de encontrarse por primera vez con un testigo que va a declarar y que no conoce lo que va a decir, puede entrar en estado de pánico, lo cual genera que no sea capaz de actuar profesionalmente. Lo primero que debemos hacer entonces al momento de enfrentar a un testigo del cual no conocemos su declaración, es controlar cualquier estado de ansiedad, molestia o frustración, para luego aplicar técnicas que aseguren un interrogatorio exitoso.

3.3. Cómo tomar notas

Contrario a lo que parecería necesario, quien deba contraexaminar a un testigo que no ha prestado declaración durante la etapa de investigación, no debe escribir todo lo que el testigo señala en su examen directo. Lo anterior, ya que es imposible que el litigante escuche el testimonio, objete las preguntas, tome nota y piense qué preguntas hará una vez que termine el examen directo.

Lo que deberá buscar el litigante al momento de tomar notas es lograr tomar notas selectivas. La primera razón es conocida, como se ha señalado en este trabajo el contraexamen no atacará el total del examen directo,²⁰⁰ si no parte de éste por lo cual solo esas notas nos serán de utilidad.

En este sentido, no está de más señalar que existen casos en que las notas en su conjunto no serán de utilidad al momento de preparar el contraexamen, como es el caso del ataque de la credibilidad del testigo por tener interés en el juicio, el que puede emanar de la relación con una de las partes y puede no tener relación alguna con lo declarado por el testigo durante el juicio oral.

La dificultad que presenta tomar notas selectivas es que es una habilidad no desarrollada por los abogados, quienes normalmente en los estudios de

²⁰⁰ Como se ha señalado anteriormente, en algunos casos el contraexamen solo buscará establecer hechos positivos, en otros intentará neutralizar el testimonio del testigo y en la mayoría de los casos atacar parte de la versión entregada por el testigo.

pregrado hacen justo lo contrario, esto es, anotar todo lo que el profesor dice para luego repetirlo en el examen.

Las notas que se deben tomar durante el examen directo deben ser relacionadas solo con aquellos tópicos que nos serán de utilidad para preparar los capítulos de contraexamen. La forma y qué tópicos lo constituyen es lo que debemos estudiar.

3.3.1. EN FORMA DE CAPÍTULOS. En el Capítulo IV de esta obra, bajo el acápite hoja de contraexamen, se analizó la forma de llevar a juicio cada capítulo de contraexamen, señalando que cada capítulo de contraexamen debe anotarse en una sola hoja y que la hoja debe dividirse en columnas. Esta misma metodología es recomendable usar al momento de tomar notas de la declaración del testigo que declara por primera vez.

Durante el examen directo el abogado que debe contraexaminar al testigo deberá usar una sola hoja por tema a que se refiere el testigo. Normalmente los testigos declaran los hechos en forma cronológica y por temas, por lo cual es fácil distinguir a qué tema se está refiriendo el testigo durante el examen directo y en qué momento pasará a otro tema. Al principio de la hoja se deberá poner el título del tema del examen directo del testigo y en el resto los hechos clave a que se refirió el testigo en ese tema. En síntesis cada hoja es un capítulo del examen directo del testigo.

La hoja de notas deberá tener tres columnas, una para las notas selectivas del examen directo del testigo, la otra para anotar los temas estratégicos, tales como usar cierta frase que dijo el testigo en el examen directo y la última columna para poder anotar las preguntas de contraexamen.

Las notas que se toman durante el examen directo del testigo no constituyen las preguntas del contraexamen, por lo cual quien toma las notas deberá estar atento a todo lo que potencialmente le sirva para el contraexamen. Así, deberá anotar en la segunda columna de su página de notas todos los hechos o ideas que sirvan para crear un capítulo relacionado con el interés, motivo o falta de imparcialidad del testigo.

Nunca debemos perder de vista que el contraexamen no está limitado por lo señalado por el testigo en el examen directo, toda vez que, como sabemos, la declaración de éste durante el examen directo tiene por objeto contar la historia de quien lo presenta, que suele ser la historia opuesta a la versión de los hechos de quien debe contraexaminar.

La gran ventaja de tomar notas en forma de capítulo, es que luego que finalice el examen directo del testigo, el abogado que debe contraexaminar,

podrá descartar los capítulos que no le son útiles para preparar su contraexamen, según los objetivos que se persigue en éste.

Por último, como ya se señaló en el capítulo de secuencia del contraexamen, se debe evitar contrainterrogar en orden cronológico de cómo sucedieron los hechos o cómo se rindió el examen directo. El hecho de tener un capítulo por página hace que sea más fácil elegir una buena secuencia de contraexamen ubicando materialmente el orden de cada página en la secuencia correcta.

3.4. Antes de comenzar el contraexamen identificar áreas para el contraexamen de las notas del examen directo

De cada uno de los capítulos del examen directo rendido por el testigo durante el juicio oral e incorporado a cada página de notas, según lo explicado anteriormente, se debe elegir solo ciertos capítulos o partes de capítulos que serán útiles en el contraexamen.

De las notas tomadas en el examen directo deberán distinguirse: i) Los hechos que son útiles para la teoría del caso de quien contraexamina o hechos que quieran destacarse durante el contraexamen; ii) Hechos que denoten interés o amistad del testigo con quien lo presenta o testigos en que se sustenta la teoría del caso de quien lo presenta; iii) Los hechos relatados por el testigo que son contradictorios con el resto de la evidencia del juicio, iv) por último, será útil rescatar los hechos que estableció en el examen directo el testigo, de los cuales se pueden inferir hechos favorables para la teoría del caso de quien debe contrainterrogar.

Luego de analizar si el testigo y su testimonio es compatible con la teoría del caso propia, debemos decidir qué tipo de contraexamen realizar (Capítulo III: Objetivos del contraexamen), utilizando los hechos agrupados según los temas señalados en el párrafo anterior.

4. Durante el juicio

4.1. Estar atento a las reacciones

Durante la toma de notas selectivas debemos estar atentos a lo que sucede a nuestro alrededor mientras el testigo está declarando en el juicio oral.

Especial atención merecen las actitudes del testigo, si éste está seguro en sus respuestas, nervioso, duda frente a las preguntas o no recuerda parte de lo que se le pregunta. Luego debemos estar atentos a las actitudes que tiene quien pregunta. Por último, debemos estar atentos a las actitudes de los jueces, si están receptivos al testigo o sorprendidos con lo que él señala u otra actitud de importancia que se produzca en la sala de audiencia. Toda esta información entregará ciertos temas donde se pueda desarrollar un contraexamen.

4.2. Respuestas que sorprenden al abogado que presentó al testigo

Existen casos en que el propio abogado que presentó al testigo recibe una respuesta inesperada. En el examen directo no está permitido el uso de preguntas sugestivas. Si el abogado requiere incorporar información detallada al juicio, debe hacerlo a través de preguntas abiertas con final.²⁰¹

Es usual que en muchos casos el abogado que realiza el examen directo ante preguntas abiertas con final recibe respuestas con información inesperada, quien deba contraexaminar al testigo debe estar atento a ellas, porque de esa información inesperada para el abogado que presentó al testigo pueden emanar áreas fértiles para el contraexamen.

Suponga un testigo de conducta presentado por la defensa:

PREGUNTA: ¿Qué labores realiza el imputado en la comunidad?

Respuesta'. Las que todos realizamos, él además va a la iglesia.

PREGUNTA: ¿Que hace ahí específicamente?

Respuesta: Participa en las labores sociales.

PREGUNTA: ¿Qué más hace él?

Respuesta: Bueno, en realidad no sé más, ya que conozco más a su mamá, por eso lo conozco a él, pero en realidad yo soy amiga de la mamá, ella me cuenta de las actividades de este joven.

²⁰¹ Como por ejemplo sería: ¿Testigo, qué hizo usted entre las 18:00 y las 22:00 hrs. del día 15 de septiembre de 2004? Es una pregunta abierta, ya que no sugiere la respuesta y busca una información determinada en parte de la pregunta. Ver Capítulo VII: Control del testigo, ap. 4.2, en esta obra.

Esta última respuesta abre áreas de preguntas para el contraexamen, la testigo realmente conoce a la mamá no al imputado. El fiscal en el caso propuesto podrá crear capítulos de contraexamen que se refieran a que la testigo realmente no conoce mucho al imputado, que lo que la testigo sabe del imputado lo sabe por la madre y a ella no le consta la veracidad de los hechos que la madre le cuenta, que todas las madres hablan bien de sus hijos, etc.

4.3. Preguntas y respuestas precisas

Si el abogado que presenta un testigo realiza una pregunta que busca una información muy precisa, de aquellas abiertas con final, esto normalmente significa que el testigo solo acepta esa información sobre el hecho y no otra.

Aún más, cuando se realizan preguntas que requieren información precisa durante el examen directo y el abogado está comenzando su interrogatorio sobre el tema; lo más probable es que el testigo acepte solo esa precisa información sobre la materia del interrogatorio, y todo lo que se aparte de la precisa pregunta realizada no sea conocido por el testigo o aceptado por él. Pues bien, cualquier aspecto diferente a lo preguntado en el examen directo es un área en donde se puede contrainterrogar al testigo, dicho de otra forma todos los hechos no preguntados en el examen directo será campo fértil para el contraexamen.

Quien contraexamina deberá intentar graficar al tribunal que el testigo solo sabe una porción muy pequeña de la información, lo cual en el contexto de lo que sucedió y sobre lo cual el testigo declara, hace perder validez a ese testimonio. El testigo solo vio pasar un auto, no sabe si ese auto fue efectivamente el que pasó con luz roja.

5. Contraexamen durante el juicio oral

Una vez realizado el proceso anterior y decidido que se va a contraexaminar al testigo, debemos comenzar el contraexamen del testigo durante el juicio oral.

Quizás en este punto del juicio y dependiendo del tribunal será necesario pedir un tiempo para preparar el contraexamen. A efecto, que el testigo no se comunique con el resto de los testigos y dar cumplimiento a lo

previsto en el artículo 329 inciso 6º del CPP será necesario solicitar que el testigo sea llevado a una sala contigua en que permanezca aislado al interior del tribunal.

5.1. ¿Cómo comenzar?

Lo más importante al comenzar el conainterrogatorio del testigo que no ha declarado previamente, es comenzar el contraexamen en absoluto control del testigo a través de un capítulo seguro.

Para contraexaminar a un testigo del cual no existe declaración previa es esencial que la secuencia del contraexamen sea favorable a quien realiza el contraexamen. Lo anterior generará una pérdida de confianza en el testigo y un consiguiente aumento de confianza en el abogado que conduce el contraexamen, esto solo se logra comenzando el contraexamen con un capítulo que asegure el control total del testigo.

Es posible comenzar entonces con un capítulo que ataque la credibilidad del testigo, su interés por venir a declarar o parcialidad en favor de quien lo presenta o testigos de la parte que lo presenta. También se podrá comenzar el contraexamen con un capítulo que destaque hechos favorables en favor de la teoría del caso de quien contraexamina y dañen la teoría del caso del oponente, especialmente cuando esos hechos serán aceptados con facilidad por el testigo.

Si ninguno de estos motivos está disponible, el abogado que contraexamina puede profundizar algún aspecto no discutido y favorable en favor de la teoría del caso de quien conainterroga, ya que éste sí será un capítulo seguro de preguntar.

5.2. Sentido común y lógica

Como ya se dijo, quien contraexamina sí puede preguntar acerca de un tema aun sin saber la respuesta si ésta se desprende del resto de la evidencia o solo existe una posible respuesta que conforme al sentido común y la lógica será creíble para el tribunal.

Si un policía luego de un llamado de una víctima del delito de robo llega al sitio del suceso y detiene a dos personas que no portan las especies sustraídas en un lugar cercano al lugar donde se produjo el robo, señalando que los detuvo porque estos al ver la presencia policial huyeron y se pusieron ner-

viosos. Este policía deberá aceptar ciertos hechos que emanan de la lógica de su relato. El policía deberá reconocer:

- Que el lugar es poco iluminado.
- Que en el lugar existían más personas.
- Que es un lugar abierto en donde es fácil escapar.
- Que al momento que entrevistó a la víctima se encontraba nerviosa.
- Que la víctima al momento de la entrevista no le dio una descripción de sus asaltantes.

Resulta evidente que para preguntar acerca de estas materias el abogado tuvo previamente que haber visitado el sitio del suceso acuciosamente, de negarse la información por parte del testigo incluso puede ofrecer la posibilidad de prueba nueva conforme al artículo 336 del CPP.

Al efecto, las preguntas del abogado deberán tener un grado de precisión suficiente que haga posible esta solicitud. Sin perjuicio de lo anterior podrá también hacerse uso de la facultad del artículo 337 del CPP.²⁰²

A efecto de desacreditar al policía que detuvo al imputado por haber escapado, el abogado defensor puede preguntar:

PREGUNTA: ¿En el lugar que se detuvo a mi representado se juntan jóvenes a beber?

Respuesta: Sí.

PREGUNTA: ¿Beber en la vía pública está prohibido?

Respuesta: Sí.

PREGUNTA: ¿Si usted ve a alguien bebiendo en la vía pública, debe iniciar un procedimiento?

Respuesta: Sí.

PREGUNTA: ¿Ese procedimiento consiste en preguntas que usted hace a la persona que está bebiendo?

Respuesta: Sí.

PREGUNTA: ¿A la gente en general no le gusta que le interrumpen en lo que está haciendo?

²⁰² Artículo 337. Constitución del tribunal en lugar distinto de la sala de audiencias. Cuando lo considerare necesario para la adecuada apreciación de determinadas circunstancias relevantes del caso, el tribunal podrá constituirse en un lugar distinto de la sala de audiencias, manteniendo todas las formalidades propias del juicio.

Respuesta: A veces.

PREGUNTA: ¿NO le gusta que la policía los interrogue?

Respuesta: No, no siempre.

PREGUNTA: ¿Ese procedimiento puede derivar en una detención?

Respuesta: No, no siempre.

PREGUNTA: ¿Pero a lo menos en una citación al tribunal?

Respuesta: Sí.

PREGUNTA: ¿Previa citación a la fiscalía?

Respuesta: Sí.

PREGUNTA: ¿Ese procedimiento puede significar el pago de una multa?

Respuesta: Sí.

PREGUNTA: ¿A la gente no le gusta pagar multas?

Respuesta: Me imagino que no.

PREGUNTA: ¿NO le gusta que la citen a otros lugares?

Respuesta: No.

PREGUNTA: ¿En tribunales muchas veces la gente citada debe esperar?

Respuesta: Sí.

PREGUNTA: ¿En la fiscalía igual?

Respuesta: Sí.

PREGUNTA: ¿A la gente en general no le gusta esperar?

Respuesta: No.

Bien pasaremos a otro tema...

El abogado defensor para desacreditar el hecho propuesto por la fiscalía y el policía; que los imputados son los autores ya que huyeron del lugar del juicio, deberá explicar el capítulo de contraexamen antes señalado durante el alegato de clausura y ligarlo a la idea que no solo huyen de la presencia policial aquellos que son autores de un delito.

5.3. Preparar capítulos de contraexamen por tema

La idea de preparar capítulos de contraexamen por tópicos o temas determinados es útil para aquellos casos en que los testigos son testigos tipo, esto es, ciertos testigos que se repiten en diferentes juicios y que declaran siempre en forma muy similar.

Como en el ejemplo anterior en que la defensa presentaba un testigo de conducta del imputado al efecto de obtener la atenuante consagrada en el

artículo 11 N° 6 del Código Penal. En estos casos cuando quien contraexamina no tiene ninguna información respecto al testigo que va a declarar puede prepararse por tema. Para el caso propuesto el fiscal podrá preguntar y demostrar que el testigo no sabe qué hace el imputado en sus días libres, no sabe si el imputado ha sido detenido alguna vez antes, no sabe por qué hecho ha sido detenido, etc.

5.4. Testigo que se repite

Es usual en que en los juicios orales muchos testigos se repitan en sus testimonios, dicho de otra forma lo señalado por un testigo vuelve a ser materia de otro interrogatorio a otro testigo. Aun cuando el artículo 276 del CPP, permite durante el desarrollo de la APJO excluir testigos por ser estos sobreabundantes, lo más normal es que los Jueces de Garantía no accedan a dichas exclusiones y existen muchos testigos durante el juicio oral para acreditar un mismo hecho.

Cuando un interviniente ofrece en el juicio oral un testigo para probar hechos ya probados por otro testigo estamos ante un testigo que se repite. Si este testigo no ha prestado declaración previa, el abogado que lo debe contraexaminar puede contraexaminarlo a la luz de los capítulos de contraexamen ya realizados a los otros testigos que han sido ofrecidos para el mismo hecho. En estos casos el abogado deberá focalizar sus preguntas en las contradicciones que este testigo pueda tener con los otros testigos que han declarado sobre el mismo hecho, contradicciones que deberá destacarse durante el contraexamen y ser representadas durante el alegato de clausura.²⁰³

203 Nuestro CPP en el artículo 338 señala "*Alegatofinal y clausura de la audiencia del juicio oral*. Concluida la recepción de las pruebas, el juez presidente de la sala otorgará sucesivamente la palabra al fiscal, al acusador particular, al actor civil y al defensor, para que expongan sus conclusiones. El tribunal tomará en consideración la extensión del juicio para determinar el tiempo que concederá al efecto... (El destacado es nuestro). Si el CPP permite la exposición de las conclusiones, en mi opinión es perfectamente posible durante el alegato de clausura usar una diapositiva donde se demuestren todas las contradicciones de un testigo determinado. El uso de algún medio tecnológico que complemente lo dicho por el abogado que realiza el alegato de clausura puede ser muy útil al efecto. El uso de resúmenes y apoyos visuales durante el alegato de clausura es recomendado por THOMAS A. MAUET, en *Trials Strategy, Skills, and the powers of persuasions*, obra citada, en su apartado referido acerca del juicio ante jueces y no ante

En síntesis, lo que se hace con este testigo es interrogarlo a la luz de capítulos preparados para otros testigos que declaran sobre los mismos hechos en el juicio y **buscar las posibles contradicciones** entre su **versión de los hechos y la de los demás testigos**.

5.5. Aislar el testimonio del testigo

Aislar el testimonio del testigo es útil para el caso de un testigo que ha declarado en el juicio oral acerca de ciertos hechos que conoce bien y que son útiles para la teoría del caso de quien presenta al testigo, pero como todo testigo éste solo conoce parte de la historia y su testimonio puede ser desacreditado ilustrando al tribunal que su conocimiento sobre los hechos del caso es aislado e insuficiente para acreditar los hechos para los cuales fue presentado, ni es útil para decidir el caso.

Piense en un testigo de conducta de la defensa.

PREGUNTA: ¿Usted no ha dicho conocer al imputado?

Respuesta: Sí.

PREGUNTA: ¿NOS ha relatado hechos que según usted lo convierten en una buena persona?

Respuesta- Sí.

PREGUNTA: ¿Usted sabe que el 15 de julio de 2001, el imputado estaba en una comisaría?

Respuesta: No.

PREGUNTA: ¿Entonces tampoco sabe que ese día fue detenido por portar marihuana en la vía pública?

Respuesta: No.

jurados, pág. 574: "Use visual aids to summaries key facts, the chronology of events, and relationships of parties and witnesses".

Sin perjuicio de lo aquí señalado, el artículo 291 del CPP prescribe: "... La audiencia del juicio oral se desarrollará en forma oral tanto en lo relativo a las alegaciones y argumentaciones... El tribunal no admitirá la presentación de argumentaciones o peticiones por escrito durante la audiencia de juicio oral". Para mí, esta última norma no significa que lo argumentado no pueda ser también expuesto en forma gráfica, lo que no reemplaza la argumentación, por lo cual graficar las contradicciones en conjunto con la argumentación es perfectamente posible.

PREGUNTA: ¿Que luego fue decretado un tratamiento de rehabilitación para él?

Respuesta: No.

PREGUNTA: ¿Tampoco sabe que ese tratamiento nunca lo cumplió?

Respuesta: No.

PREGUNTA: Ahora hablaremos de otro incidente que el imputado tuvo este año. ¿Usted sabe que este año el imputado fue detenido por hurto?

Respuesta: No.

PREGUNTA: ¿Que fue llevado a un tribunal por esos hechos?

Respuesta: No.

PREGUNTA: ¿Que luego se le suspendió ese proceso?

Respuesta: No.

Así, se podrá continuar aislando el testimonio del testigo hasta lograr desacreditar la suficiencia del mismo.

5.6. Impugnación de la credibilidad del testigo que no ha declarado previamente

La impugnación de la credibilidad para esta clase de testigo es ciertamente más difícil que la que se puede hacer a los testigos que sí declararon en la investigación fiscal. Al respecto, solo cabe señalar que el hecho que no exista declaración previa hace que lo declarado en el juicio oral no pueda ser contrastado ni verificado. Algunos piensan que aun cuando el testigo no haya declarado en la etapa de investigación sí es posible contrastarlo con sus propias declaraciones en el juicio, esto es, buscando sus propias contradicciones producidas durante su declaración en el juicio oral. Quien decida impugnar la credibilidad de un testigo con sus propias contradicciones durante el juicio oral deberá ser extremadamente cuidadoso ya que el testigo ciertamente intentará explicar sus contradicciones.

La forma más segura de atacar la credibilidad de los testigos que no han declarado previamente en la investigación fiscal, será por tener interés en el juicio, ser parcial o tener alguna motivación para declarar en el juicio oral. Estos tres motivos para atacar la credibilidad del testigo están siempre disponibles aun cuando el testigo no haya declarado previamente y deberán ser realizados a la luz de capítulos de contraexamen que grafiquen el interés del testigo en el juicio, su parcialidad o motivación para declarar de cierta forma en el juicio.

6. Consideración final para la defensa

Sin ser esta la instancia para profundizar en el tema de la validez de la declaración de un testigo durante el juicio oral presentado por la fiscalía que no ha declarado previamente, a la luz de las garantías constitucionales que rigen el proceso penal en Chile, no cabe duda, como lo ha reconocido la mayoría de la doctrina nacional, que el hecho que un testigo preste declaración en juicio oral sin que la defensa conozca el contenido de la declaración violenta la garantía constitucional del derecho a defensa y debido proceso. Lo anterior ya que la defensa no constará con los medios adecuados para preparar debidamente la defensa ni el tiempo para ello. Por otra parte, se trasgrede el debido proceso en su aspecto adjetivo toda vez que si el fiscal realizó diligencias con el testigo debió registrarlas, a la luz de lo prescrito en los artículos 93 y 227 del CPP.

Debido a lo anterior y sin perjuicio de que incluso previo un incidente y basado en lo prescrito en los artículos 334 y 227 del CPP en relación al artículo 19 N° 3 incs. 3° y 5° de la Constitución Política de la República, el Tribunal Oral en lo Penal podría negarse a recibir la prueba del fiscal consistente en testigos que no hubieren declarado anteriormente durante la etapa de investigación,²⁰⁴ la defensa que enfrente este tipo de testigos en el juicio

²⁰⁴ Opinión contraria en cuanto a la facultad de excluir prueba por parte del Tribunal Oral en lo Penal manifiesta la Corte Suprema, ya que tal competencia sería exclusiva del juez de garantía. Sentencia de fecha 28 junio de 2005, Rol N° 437-05, considerando *"OCTAVO: Que, por último, analizando la irregularidad denunciada, consistente en la eliminación de un testigo de cargo por parte del Tribunal del Juicio Oral en lo Penal de Concepción, desde luego es necesario recordar que con arreglo al nuevo ordenamiento adjetivo penal, el momento procesal idóneo para pronunciarse acerca de la legalidad de las pruebas aportadas por los intervinientes es la audiencia de preparación del juicio oral, y el único tribunal competente para emitir un pronunciamiento de esa clase es el juez de garantía, a quien el inciso tercero del artículo 276 del ramo faculta para excluir en dicha oportunidad 'las pruebas que provinieren de actuaciones o diligencias que hubieren sido declaradas nulas y aquellas que hubieren sido obtenidas con inobservancia de garantías fundamentales'. Una vez aceptada una determinada prueba por parte del juez de garantía, el tribunal del juicio oral no podrá anularla... "*. Esta sentencia reitera lo resuelto en sentencias anteriores SCS Rol 4969-02, 31/03/03; SCS Rol 1496-03, 05/06/03; SCS Rol 5869-04, 21/04/05 y SCS 3304-04, 07/10/04.

Sin perjuicio de lo anterior en sentencia de 13 de enero de 2005, Rol 5154-04 la Corte Suprema se refiere a la posibilidad de excluir prueba durante la audiencia de juicio oral señalando que esta podrá excluir en caso de ilicitud manifiesta, considerando *"TERCERO: Que analizando la irregularidad denunciada, consistente en la introducción de documentos en el juicio oral,*

oral deberá siempre destinar todo un capítulo de contraexamen a demostrar que el testigo no declaró en la etapa de investigación y que el abogado defensor es primera vez que conoce el contenido de su declaración.

Durante el alegato de clausura la defensa deberá solicitar la no valoración del testimonio del testigo que no declaró previamente como lo han resuelto algunas sentencias de Tribunal Oral en lo Penal,²⁰⁵ toda vez que los

por parte del Ministerio Público, sin atenerse a lo prevenido en el artículo 334 del CPP, lo que en opinión del impugnante, vulnera la garantía constitucional de la igualdad de las personas en el ejercicio de los derechos, que se encuentra establecida en el artículo 19, N°3°, incisos 1° y 5°, de la Carta Fundamental. Como primer punto, es útil recordar que el momento procesal para excluir prueba es la audiencia de preparación del juicio oral y, como quedó claro durante el pleito, en la misma el señor defensor no hizo solicitud alguna a este respecto. Ciertamente es que el artículo 334 del Código da pie para sostener la idea que el tribunal de juicio oral está autorizado para excluir prueba ilícita, pero no lo es menos que ello sólo puede ocurrir en situaciones excepcionales, como son la prueba no solicitada oportunamente y que se rinda conforme al artículo 336, declaraciones anteriores que se utilizarán para ayuda memoria de acuerdo al artículo 332, o que puedan incorporarse mediante su lectura con arreglo al artículo 331, O BIEN SITUACIONES DE ILICITUD MANIFIESTA; mas no cuando el defensor incumplió su obligación de efectuar la petición respectiva en la oportunidad procesal correspondiente, precluyendo así su derecho...".

²⁰⁵ Fallo TOP de Calama, Rol Interno: 16-2005, la que en su considerando décimo segundo señala: "Que habiéndose acreditado el hecho típico corresponde pronunciarse acerca de la participación de los acusados en los hechos que se les imputan. Que para acreditarlo, el Ministerio Público ha rendido prueba testimonial de don Sergio Llancafil Aguirre, quien indica... Contrainterrogado por la Defensa, el testigo señala que lo que ha declarado, se lo dijo al Fiscal vía telefónica y que realizó un control de identidad y no lo detuvo, pues al momento de efectuarlo, no tenía claridad de que se encontraban en delito flagrante. Que la Defensa de los acusados ha señalado que la participación de éstos no ha podido ser acreditada, por lo que les beneficia la presunción de inocencia establecida en el artículo 4° del Código Procesal Penal, ya que a la declaración del testigo Llancafil, a su juicio, no se le puede dar valor probatorio. Indica que dicho testigo no prestó declaración ante el Ministerio Público, pues su declaración no consta en la carpeta investigativa, y que no obstante ello, fue incorporado en el auto de apertura del juicio oral en forma sorprendente, impidiéndosele contrainterrogar, ya que no existe versión alguna a la cual contrastar su declaración, lo que afecta la igualdad de armas y afecta el legítimo ejercicio del derecho de defensa. Agrega que con ello, se ha vulnerado el artículo 181 del Código Procesal Penal, y el artículo 93 del mismo Código, así como el Dictamen 32 del Ministerio Público. Por su parte, el Ministerio Público, señala que la declaración del testigo Llancafil Aguirre es plenamente válida y debe ser valorada por el tribunal, pues el hecho de que no se haya tomado declaración en Fiscalía no es impedimento para ello, ya que la prueba se rinde solamente en la audiencia de juicio oral, no advirtiendo vulneración alguna de garantías de los acusados en dicho proceder. Que el artículo 181 del Código Procesal Penal indica, en su

inciso primero, que "la investigación se llevará a cabo de manera de consignar y asegurar todo cuanto condujere a la comprobación del hecho y a la identificación de los partícipes del mismo. Así, se hará constar el estado de las personas, cosas o lugares, se identificará a los testigos del hecho investigado y se consignarán sus declaraciones. Del mismo modo, si el hecho hubiere dejado huellas, rastros o señales, se tomará nota de ellos y se los especificará detalladamente, se dejará constancia de la descripción del lugar en que aquél se hubiere cometido, del estado de los objetos que en él se encontraren y de todo otro dato pertinente". Que analizando el referido artículo, y haciendo alusión a los términos que este mismo emplea, la palabra asegurar significa, en una acepción "dejar seguro de la realidad o certeza de algo", y en otra "afirmar la certeza de lo que se refiere"; la palabra consignar, significa en una acepción "asentar opiniones, votos, doctrinas, hechos, circunstancias, datos, etc., por escrito, a menudo con formalidad jurídica o de modo solemne"; la palabra constar, significa, en una acepción "dicho de una cosa: quedar registrada por escrito, o notificada oralmente a una o varias personas; la palabra anotar, significa en una acepción "poner notas en un escrito, cuenta o libro", y en otra "hacer anotación en un registro público"; la palabra especificar, significa en una acepción "fijar o determinar de modo preciso"; y la palabra identificar, significa en una acepción "dar los datos personales necesarios para ser reconocido". Que analizando los términos antes referidos, se puede asentar como una norma a seguir, que el Fiscal, en virtud del artículo 181 del Código Procesal Penal, tiene una obligación, cual es la de dejar constancia por escrito de la actividad investigativa. ya que de la propia normativa así se expresa, al referirse a dicha obligación en términos imperativos (v. gr., se hará constar, se tomará nota de ellas, se los especificará, se asegurará, etc.). Que ello guarda relación con lo señalado en el artículo 182 referido al secreto de la investigación, ya que según lo dispone el mismo artículo, "las actuaciones de investigación realizadas por el Ministerio Público y por la policía serán secretas para los terceros ajenos al procedimiento", de lo que se colige que para los intervinientes enunciados en el artículo 12, entre los cuales se cuentan el imputado y el defensor, la investigación no es secreta. Que debido a ello, el Fiscal debe consignar por escrito, en forma imperativa, las actuaciones investigativas que realice, las que deben ser conocidas por el imputado y su defensor, a menos que decrete el secreto a que alude el artículo 182 y con las limitaciones que dicho artículo señala. Que a ello debe agregarse el Dictamen N° 32 del Ministerio Público, que indica el instructivo a seguir por los fiscales con relación a los testigos en la etapa de investigación y protección. Que se ha planteado que actuar de esta manera implica formalizar la investigación, que es esencialmente desformalizada, no obstante, la consignación de declaraciones por parte del Fiscal no transforma la investigación en formalizada, sino que lo que en realidad efectúa, es asegurar que la investigación sea pública, como lo determina el artículo 182 del Código Procesal Penal, a contrario sensu, dándole a ésta un carácter de transparencia y de adecuado ejercicio de los derechos de los intervinientes en el proceso penal. Que en el caso que nos convoca, quedó asentado que el Fiscal no tomó declaración al funcionario aprehensor, señor Sergio Llancafil, motivo por el cual no hay registro de su declaración en la carpeta investigativa y que luego, éste fue presentado como testigo en la audiencia de juicio oral. Que frente a ello, la Defensa solicitó su exclusión, solicitud que fue rechazada por este tribunal, ya que es jurisprudencia mayoritaria la que indica que el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal carece de facultades de exclusión de prueba a priori, pues dicha prueba consta en una resolución ejecutoriada, cual es el auto de apertura de juicio oral, precluyendo el derecho de los intervinientes para excluir prueba por esa misma circunstancia. Que

asentado lo anterior, corresponde pronunciarse respecto del valor probatorio de la declaración en estrados del testigo Llancafil Aguirre. Que el debate se centró en el aspecto de que la falta de declaración en Fiscalía, y por ende, la falta de registro de dicha declaración, impidió a la Defensa efectuar un adecuado contrainterrogatorio, afectando la igualdad de armas y el adecuado derecho de defensa, pues conoció su declaración sólo en la audiencia de juicio oral. Que este tribunal por mayoría de sus miembros, entiende que un derecho fundamental del acusado es el señalado en el artículo 93 letra e) del Código Procesal Penal, que indica que es derecho del imputado "solicitar que se active la investigación y conocer su contenido, salvo en los casos en que alguna parte de ella se hubiere declarado secreta y sólo por el tiempo que esa declaración se prolongare;", indicando que dicho derecho no solo se refiere al conocimiento del hecho imputado, así como su primitiva calificación jurídica, sino además, de la prueba de cargo que existe en contra del acusado. Al respecto se ha escrito que "la primera cobertura que presta la garantía de defensa es que el acto que da inicio al proceso... sea puesta en conocimiento de la o las personas en contra de quien se dirige. Lo anterior se explica porque la etapa de investigación del proceso penal constituye un momento de suma relevancia para el curso de éste, toda vez que, en aquélla, se procederá a la recolección de fuentes de prueba necesarias para el fundamento de la eventual acusación que llegue a deducirse por parte del órgano encargado de practicarla. El imputado, por consiguiente, tendrá el interés legítimo de evitar que se llegue al juicio sobre la base de acusaciones infundadas o no lo suficientemente fundadas, por lo que tiene el derecho a influir con su intervención, desde el inicio del procedimiento penal, en las decisiones que se vayan adoptando en dicha etapa, para lo cual se exige que el acto que da inicio al proceso debe ser puesto en su conocimiento. Dicho conocimiento debe ser proporcionado de modo comprensible, respecto de todos y cada uno de los hechos que se le atribuyan y que se encuentran siendo investigados, así como también del sentido de la investigación y las posibles consecuencias del proceso penal, incluyendo una somera y provisional calificación jurídica de dicha imputación" (CAMPS ZELLER, JOSÉ LUIS, *La defensa del imputado en la investigación del nuevo proceso penal*, LexisNexis, Santiago, 2003, págs. 102-103). Que de acuerdo a lo anterior, parece que el derecho del acusado a conocer el contenido de la imputación no sólo se refiere a los hechos que se le imputan, sino además, de la provisional calificación jurídica y de los antecedentes que tiene el Ministerio Público para dar lugar a dicha imputación. No entenderlo de dicha manera implicaría desconocer el derecho del acusado y de su defensa de poder realizar una defensa adecuada, planteando una teoría del caso alternativa, pues desconoce cuál es la línea investigativa seguida por el fiscal; además, impediría al acusado poder determinar adecuadamente si desea renunciar o no a su derecho a un juicio oral o acceder a alguna salida alternativa, ya que no sabe cómo se dirige la investigación en su contra. Que entender este derecho de esa forma, permite además a la Defensa del acusado realizar una tutela de los derechos de su defendido de una manera más técnica y profundizada, que también tendrá repercusión en otras garantías del acusado en el proceso penal. Al respecto, estos jueces, por mayoría de votos, entienden que la declaración en juicio de un testigo que no ha prestado declaración en Fiscalía afecta gravemente el ejercicio del derecho de defensa del acusado, ya que el abogado defensor no podrá contrainterrogar adecuadamente al referido testigo. Es cierto que en la audiencia de juicio oral se encontrará presente el abogado defensor realizando preguntas de contrainterrogación a quien depone, mas dicho contrainterrogatorio es sólo de carácter formal, es decir, la posibilidad de contrainterrogar existe y es evidente, sin embargo, no es un contrainterrogatorio

de carácter sustancial, ya que la calidad de este conainterrogatorio así como la posibilidad de conocer el contenido de la declaración previo al juicio oral, no existe, por lo que el acusado se encuentra en una evidente y grave desventaja frente al Ministerio Público. Que se planteará por algunos que el Ministerio Público también está en desventaja pues tampoco conoce lo que dirá el testigo, no obstante, ello es erróneo, ya que siendo prueba de cargo, y de parte del Ministerio Público, aparece claramente que el Fiscal conoce el contenido de su declaración, ya que de otra manera, no lo habría incorporado como prueba. Dicho en términos claros: si el Ministerio Público desea que declare un testigo en el juicio oral, debe previamente consignar sus declaraciones en la carpeta investigativa a fin de que la Defensa pueda formal y sustancialmente conainterrogarlo. Se ha planteado que al incorporarse en la acusación, la Defensa puede predecir el contenido de la declaración del testigo que no declaró en Fiscalía, mas ello no es suficiente, ya que no basta con predecir el contenido de la declaración, sino por el contrario, se requiere que se conozca el contenido de la declaración prestada con anterioridad, para ejercer adecuadamente el derecho de defensa. Que además se ha planteado que la garantía de defensa adquiere su plena vigencia desde el momento en que la prueba se incorpora al juicio oral, pues sólo en dicha oportunidad el acusado puede rebatir la prueba de cargo, lo que no es efectivo, ya que según lo establece taxativamente el artículo 8º del Código Procesal Penal, "el imputado tendrá derecho a ser defendido por un letrado desde la primera actuación del procedimiento dirigido en su contra". Que así las cosas, es necesario indicar cuál es la sanción procesal a aplicar cuando se produce la situación a que aludimos, sanción que ha sido discutida en este tribunal, llegando a la conclusión, por mayoría, que la de mayor trascendencia es precisamente restarle todo valor probatorio a dicha declaración, ya que aceptarlo implicaría destruir la presunción de inocencia que ampara a los acusados con infracción al principio de igualdad de armas que está inmerso en el nuevo sistema penal. Al respecto, la existencia de un testigo desconocido por la Defensa, cuya declaración no se conoce (y que puede señalar cualquier cosa sin poder ser contrastado adecuadamente por la Defensa, ya que desconoce qué vio, dijo, sintió o apreció), atenta contra el derecho del acusado de que su defensa "formule los planteamientos y alegaciones que estime oportunos, así como a intervenir en todas las actuaciones judiciales y en las demás actuaciones del procedimiento, salvo las excepciones expresamente previstas en este Código", según reza el artículo 8º del Código Procesal Penal. Además, atenta contra el principio de contradicción, principio básico en el nuevo sistema acusatorio, en que tanto el Fiscal como el defensor deberán formular sus alegaciones y producir sus pruebas en un debate contradictorio. Al respecto se ha dicho que "el principio del contradictorio... significa que a cada parte procesal o interviniente en el mismo debe dársele la oportunidad de oponerse o contradecir las alegaciones o peticiones de la parte contraria" y que "...el gran avance que trae consigo el nuevo proceso penal, será su carácter contradictorio, ya que cada interviniente podrá efectuar en el acto las contraalegaciones o intervenciones que estime necesarias para desvirtuar las contrarias" (CAROCCA PÉREZ, ALEX, *La defensa penal pública*, LexisNexis-ConoSur, Santiago, 2002, págs. 91 y 92). Que además de violentar el principio del contradictorio, según se ha indicado, se violenta el principio de disponer del tiempo y medios para preparar la defensa, pues se ha indicado que en el juicio oral "no puede improvisarse, sino que debe desplegarse una estrategia, para cuya planificación y concreción se requiere un estudio acabado de los antecedentes" (CAROCCA PÉREZ, ALEX, op. cit., pág. 56). Que la situación a que se alude vulnera dicho principio, ya que la Defensa, sorprendida en el juicio oral, y ante la dinámica de éste, no puede

reaccionar adecuadamente a la declaración desconocida que pretende romper la presunción de inocencia. Que además, dicha situación, atenta contra un principio básico, cual es la garantía de toda persona al debido proceso, ya que afecta la legitimidad de la actuación jurisdiccional. Aceptar dicha situación, implicaría obtener un resultado afectando las garantías individuales del acusado. Moreno Carena ha señalado que "la defensa en el proceso penal no puede ser concebida sólo como un derecho que asiste al inculpado para hacer valer por sí o con la asistencia de un abogado, sus argumentos defensivos y promover todos los resortes permitidos por la ley para intentar su absolución; trascendiendo de la simple esfera individual, añade al interés general que el proceso sea decidido rectamente y, desde ese punto de vista, la defensa opera como factor de legitimidad de la pretensión punitiva y de la sanción penal" (citado por CAROCCA PÉREZ, ALEX, op. cit., pág. 49). Que además, es necesario señalar que en la pretensión punitiva del Estado se necesita, para romper la presunción de inocencia establecida en el artículo 4º del Código Procesal Penal (reconocida constitucionalmente y en Tratados Internacionales) que el proceso se efectúe sin visos de ilegalidad o de injusticia, sino que con plena garantía de los derechos fundamentales. Que finalmente se señalará que esta interpretación a que se alude violenta las garantías del Ministerio Público, pues en repetidas ocasiones se incorpora prueba de la defensa sin que declare en fiscalía, a lo que debe señalarse que las garantías a que se ha aludido: derecho a la defensa, a conocer el contenido de la imputación y otros; son derechos de la persona humana, contra quien se dirige la carga probatoria y el poder del Estado, y no del órgano persecutor, quien debe regirse por normas claras y preestablecidas para romper la presunción de inocencia de la persona contra quien dirige su actuar. Además, la prueba de descargo no requiere ser conocida previamente por el fiscal, ya que, como se ha indicado, tiene por objeto ratificar o reafirmar la inocencia del acusado, inocencia que se presume, no estando además, sujeta la Defensa al principio de objetividad. En cambio, el actuar del Ministerio Público debe referirse a recolectar antecedentes que rompan la presunción de inocencia que ampara la persona contra quien se dirige, con estricto apego al principio de objetividad y publicidad de la investigación, con las excepciones indicadas en la propia ley. Que lo indicado precedentemente ha sido recogido por la II^{ta}. Corte de Apelaciones de Copiapó, quien señala que "12—Los fiscales, en el ejercicio y sustentación de la acción penal practicarán todas las diligencias que fueren conducentes al éxito de la investigación, con estricta sujeción al principio de objetividad, como rezan los artículos 77 del Código Procesal Penal y 3º de la Ley 19.640 Orgánica Constitucional del Ministerio Público. Por su parte, el Instructivo N° 32 de la Fiscalía Nacional reglamenta con rigurosidad lo concerniente a los testigos en la etapa de investigación y su protección, así como de las declaraciones que prestaren ante los fiscales, a los cuales deberán ceñirse éstos; 14. Que de este modo, se sorprendió a la Defensa, que no tuvo posibilidad alguna de acceder a las declaraciones preliminares de la testigo protegida, de manera de poder, eventualmente, contrastar en el contrainterrogatorio sus declaraciones, al tenor de lo previsto en el artículo 330 del Código Procesal Penal. Tal hecho, como lo refiere la recurrente, afecta el derecho a defensa e impide su ejercicio, de acuerdo a lo que dispone el artículo 181 del citado Código, en cuanto establece que la investigación se llevará a cabo de modo de consignar y asegurar todo cuanto condujere a la comprobación del hecho y a la identificación de los partícipes en el mismo, y así se hará constar el estado de las personas, cosas o lugares, se identificará a los testigos del hecho y se consignarán sus declaraciones; 15. Que de igual modo, dicho derecho fundamental aparece afectado cuando en la situación descrita, el Defensor pudo

jueces están obligados a valorar toda la prueba producida²⁰⁶ durante el juicio oral, pero esa valoración debe respetar las garantías constitucionales que goza el imputado en el proceso penal.

7. Consideraciones finales para ambos intervinientes

Jamás quien contraexamina debe repetir el examen directo que se realiza durante el juicio oral. En el caso de los testigos que no han presentado declaración durante la etapa de investigación esta afirmación recobra aún mayor validez, ya que para esta clase de testigo no existe la posibilidad de contrastar con declaraciones previas inconsistentes.

La regla para esta clase de testigos es clara; jamás repetir durante el contraexamen partes o parte del examen directo, de hacerlo el testigo hará más daño a nuestra teoría del caso. Si es necesario indagar en un aspecto abarcado por el testigo en su examen directo no debe preguntarse directamente al testigo respecto de esos hechos si no siempre graficando la idea que se persigue demostrar a través del capítulo de contraexamen.

Si se quiere establecer que el lugar del ataque era oscuro, jamás se podrá preguntar a la víctima: ¿El lugar del ataque era oscuro? si no que se deberán realizar preguntas tales como: ¿Era de noche? ¿El lugar del ataque está a 150

haber solicitado, eventualmente, el contraexamen de la testigo, una vez interrogada ésta, al tenor de sus declaraciones anteriores prestadas ante el fiscal, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 332 del Código Procesal Penal, posibilidad de la cual se vio privada al asegurarse en la audiencia del juicio que ésta no habría testimoniado ante el Ministerio Público; 16. Que se ha dicho, que no hay proceso si no hay ejercicio adecuado del derecho de defensa. Al punto, señala el profesor Alex Carocca Pérez, que si tal derecho se infringe, significa que el sujeto no ha tenido una legítima oportunidad de participar en la formación de la resolución que lo afectará. Al no reconocerse el ejercicio al derecho a defensa, se está diciendo que no se ha reconocido el derecho a participar, a ser parte en el proceso que se lleva a cabo, como es sabido, efectuando las propias alegaciones, rindiendo la prueba y contradiciendo las alegaciones y pruebas contrarias *{La defensoría penal pública, Apuntes}* (Sentencia de la Iltma. Corte de Apelaciones de Copiapó, de 22 de marzo del año 2005, RUC N° 0400090566-1, RIT N° 108-2004, Rol Corte N° 20-2005, Considerandos 12, 14, 15, 16 y 17)..."

²⁰⁶ Art. 297. " *Valoración de la prueba.* Los tribunales ... deberá hacerse cargo en su fundamentación de toda la prueba producida, incluso de aquella que hubiere desestimado, indicando en tal caso las razones que hubiere tenido en cuenta para hacerlo".

metros del local comercial llamado "Bazar de Juanita"? ¿En el local comercial existe una luz? ¿Entre el lugar del ataque y el local comercial no existe luz? ¿Era una noche de invierno? ¿Usted no portaba linterna?, etc.

Lo anterior por qué de preguntarse directamente si el lugar estaba oscuro ciertamente el testigo contestará algo como que "no tanto" o "sí estaba oscuro pero sí se podía ver", información que no podrá ser contrastada.

En síntesis, con esta clase de testigos que no han prestado declaración anterior lo que jamás debemos hacer es conainterrogarlos al tenor de su examen directo, ya que en esa área los testigos están libres para hacer daño sin que quien conainterroga tenga ninguna posibilidad de controlarlos.

8. Conclusiones

Es posible contraexaminar a un testigo sin declaraciones previas y en muchos casos es ineludible contraexaminar a un testigo sin declaraciones previas. El primer desafío al contraexaminar a un testigo que no ha prestado declaración previa es disciplinar al testigo estableciendo el control sobre él. Los capítulos de contraexamen pueden buscar establecer hechos que estén conformes a la lógica, la evidencia y antecedentes del caso. Por último, quien contraexamine a un testigo que no ha prestado declaración previa jamás debe repetir el examen directo.



Las objeciones en el contraexamen

Sumario: 1. Introducción. 2. Definición. 3. Objetivos. 4. Fundamento. 5. Ética de las objeciones. 6. Forma de realizar las objeciones. 7. Objeción a las preguntas de contraexamen. 7.1. Objeciones de forma. 7.1.1. Objeciones de forma expresamente señaladas en nuestro Código Procesal Penal. 7.1.1.1. Pregunta poco clara. 7.1.1.2. Pregunta engañosa. 7.1.1.3. Pregunta que coacciona al testigo. 7.1.1.4. Preguntas sugestivas. 7.1.2. Objeciones de forma que satisfacen alguna de las hipótesis de nuestro CPP. 7.1.2.1. Pregunta ambigua. 7.1.2.2. Pregunta argumentativa. 7.1.2.3. Pregunta ya contestada o reiterativa. 7.1.2.4. Pregunta compuesta. 7.1.2.5. Pregunta confusa. 7.1.2.6. Preguntas que asumen hechos sobre los cuales no se ha rendido prueba y no se rendirá prueba. 7.2. Objeciones de preguntas que solicitan información inadmisibles. 7.2.1. Pregunta impertinente. 7.2.2. Preguntas irrelevantes. 7.2.3. Preguntas que exigen conclusiones a testigos sobre hechos que requieren opinión de peritos. 7.2.4. Preguntas de opinión. 7.2.4.1. Preguntas de opinión y conclusivas al tenor del artículo 309 del CPP. 7.2.5. Preguntas que vulneran el derecho a guardar silencio y no declarar por motivos personales. 7.2.6. Preguntas especulativas. 8. Conclusiones.

1. Introducción

El presente trabajo trata acerca del contraexamen y las técnicas para realizar un buen contraexamen. Para realizar un buen contraexamen debemos lograr hacer todas las preguntas que hemos planificado, evitando que nuestras preguntas sean objetadas y éstas acogidas. Lo anterior solo es posible si somos capaces de defender nuestras preguntas frente a eventuales objeciones.

El objetivo del presente capítulo es otorgar los argumentos necesarios para defender nuestras preguntas frente a eventuales objeciones du-

rante el contraexamen. El presente capítulo no pretende analizar las objeciones en el proceso penal chileno, materia que sería objeto de un manual de litigación.

Parte del tema de las objeciones se trató en el Capítulo II de este trabajo, referido a las materias susceptibles de preguntar en el contraexamen, pero es necesario revisar qué preguntas son verdaderamente objetables en el contraexamen para lograr que el juzgador rechace las objeciones que coartan las facultades del abogado que contraexamina.

Por último, cabe señalar que la mejor forma de evitar objeciones es lograr realizar las preguntas respetando las tres técnicas básicas del contraexamen (véase Capítulo VI: Tres técnicas básicas), ésto es realizando solo preguntas sugestivas, preguntas que solo contengan un hecho y que el contraexamen se desarrolle desde lo general a lo específico. Asimismo, las preguntas no deben ser realizadas en forma coactiva, contener términos relativos, complejos o poco claros.

2. Definición

Las objeciones son: Incidencias que tienen por objeto que el tribunal falle sobre la admisibilidad de una determinada información, evidencia o prueba²⁰⁷ o dicho de otra forma las objeciones en un juicio son la forma de oponerse a que se acepte evidencia e información ilícita.

El tema de la prohibición de incorporar información inadmisibles al juicio dice relación con la posibilidad de objetar alegatos y no solo la incorporación de evidencia.²⁰⁸

3. Objetivos

Las objeciones sirven para tres propósitos en un sistema contradictorio: Í) Alertan a los jueces de potenciales errores y facultar al juez para excluir

²⁰⁷ STEVEN LUBET, obra ya citada, pág. 262, las define como: "Una solicitud para que el tribunal falle sobre la admisibilidad de un cierto testigo o evidencia", definición también citada por ANA MARÍA SILVA JIMÉNEZ en su artículo "Las objeciones en el nuevo procedimiento penal chileno", Cuadernos de Acceso, Escuela de Derecho Universidad Católica de Temuco.

²⁰⁸ Ver artículos 335 y 338, entre otros, del CPP.

evidencias o preguntas de los intervinientes para evitar esos errores; ii) Alertan al abogado que su proceder no es correcto y lo facultan a cambiarlo; iii) Es una herramienta eficiente para limitar a aquella parte que no respeta los límites del proceso²⁰⁹ y coartarlo en este actuar incorrecto.

En nuestro sistema debemos agregar la obligación de preparar un eventual recurso de nulidad (véase art. 377 CPP).

4. Fundamento

En un sistema adversarial o contradictorio como el implementado por el CPP, son los intervinientes los encargados del ingreso de la evidencia al juicio. El sistema adversarial también vela porque ese ingreso de información al juicio no sea contaminado por quienes están llamados a ingresar la información: los abogados. Así, durante el examen directo se prohíben las preguntas sugestivas, para velar porque el ingreso de la evidencia emane de quien la percibió y de la forma en que éste la percibió sin que las preguntas del abogado que pueden modificar los hechos tal cual sucedieron.²¹⁰

Se prohíben asimismo en cualquier caso las preguntas engañosas o poco claras, a efecto que los dichos del testigo no puedan emanar de confusiones o errores en la comprensión de las preguntas. Por último, las respuestas del testigo no pueden emanar de las coacciones o amenazas que intimiden al testigo y lo hagan responder por temor en un determinado sentido.

5. Ética de las objeciones

Como en parte ya se señaló, existen solo dos motivos válidos para realizar una objeción: i) para solicitar que cierta evidencia o información inadmisibles no ingrese al juicio oral, o ii) para preparar un eventual recurso de nulidad.²¹¹

²⁰⁹ L. TIMOTHY Y OTROS, obra ya citada, pág. 344.

²¹⁰ Ya se ha explicado por qué en otros sistemas se permiten en algunos casos en el examen directo preguntas sugestivas ya que estas no contaminan la información, *supra* 12 y 15.

²¹¹ Ver artículo 377 CPP.

Es cierto que los abogados hacen objeciones por múltiples razones, tales como: interrumpir el interrogatorio del oponente, interrumpir a un testigo que está declarando correctamente, para conocer el criterio del juez respecto de una determinada materia, pero esas motivaciones no son éticamente correctas.

Al realizar una objeción, el litigante debe actuar éticamente en el sentido que las objeciones se hagan para el propósito que realmente existen, evitar ingreso de información ilícita al juicio o preparar un eventual recurso de nulidad. Quien no actúe éticamente en este aspecto del juicio perderá credibilidad frente a los jueces y terminará perdiendo las objeciones que sí deberían ser aceptadas.

6. Forma de realizar las objeciones

Las objeciones al ser incidentes de aquellos contemplados en el artículo 290 del CPP, deberán **ser promovidas en forma inmediata** durante el curso de la audiencia de juicio oral, esto es, tan pronto **aparezca el vicio**.

Para el caso de las preguntas,²¹² las objeciones deben ser realizadas antes que el testigo conteste, ya que de producirse la respuesta la objeción será rechazada por extemporánea.

Desde un punto de vista estratégico, es necesario valorar si la información que ingresará al juicio favorece a quien no está realizando las preguntas. La pregunta de la contraparte puede ser sugestiva y el abogado que la realiza estar en la fase de su examen directo, sin embargo la pregunta puede beneficiar a la teoría del caso de quien teóricamente tendría que deducir la objeción, ante la situación descrita no es aconsejable deducir la objeción.

Las objeciones deberán hacerse en **forma verbal**, como ya vimos en **forma oportuna**, señalándose **la causal** o norma **infringida** y los fundamentos **de hechos** que satisfacen la causal legal invocada. Sobre la obligación de señalar la norma legal en que se funda la objeción existe algún grado de controversia entre los operadores del sistema, toda vez que para algunos bastaría que durante

²¹² Es interesante señalar que durante el juicio oral se puede objetar no solo las preguntas. A saber, se puede objetar el alegato de apertura del fiscal si durante el mismo este hace referencia a la negociación de un procedimiento abreviado que fracasó. El fundamento de la objeción en el caso propuesto será prohibir el ingreso de información ilícita al juicio, según lo prescrito en el artículo 335 CPP.

el juicio oral se señalara la sola causal de la objeción, esto es: "*Objeción sugestiva*", sin indicar la norma legal infringida. Esta forma de plantear las objeciones es común en otros sistemas como el norteamericano, sin perjuicio que en dicho sistema también se requiere establecer la fundamentación legal de la objeción, la que puede omitirse en determinadas circunstancias.²¹³

En nuestro sistema, es necesario fundar la objeción en la norma legal infringida o norma en que se basa, toda vez que la objeción es un incidente y nuestro sistema es reglado.²¹⁴ La fundamentación deberá contemplar dos aspectos; uno de derecho, señalando la norma legal en que se basa y otro de hecho, señalando los hechos específicos en que se funda. Por lo anterior, la forma de plantear la objeción será: "*objeción sugestiva infringe el artículo 330 inc. 1º del CPP, ya que la pregunta señaló...*". Por último, en muchos casos la fundamentación de hechos deberá entregarse al tribunal sin que el testigo la escuche a efecto de no contaminarlo, acercándose en conjunto con la contraparte al estrado.

Respecto a la forma de realizar la fundamentación es probable que con el transcurso del tiempo y de la práctica de los operadores del sistema, al momento de plantear una objeción baste solo con señalar la causal y la objeción sea decidida por el tribunal, pero al ser las objeciones un incidente y nuestro sistema reglado no cabe duda que es necesario fundar la objeción en los hechos específicos que satisfacen la causal legal invocada.

7. Objeción a las preguntas de contraexamen

En términos generales, podemos decir que son objetables las preguntas del contraexamen por dos motivos: 1) uno por la forma en que se hacen las preguntas, esto es: que son engañosas, intentan coaccionar al testigo o se

²¹³ THOMAS A. MAUET, en *Trial Techniques*, obra citada, pág. 469, señala: "Under Fre 103, starting a specific ground for your objection is necessary only if it is not apparent from the context of the question or answer". Según la regla federal 103, solo es necesario señalar las bases de la objeción si estas no son evidentes del contexto o de la pregunta o de la respuesta". Asimismo, el autor citado señala como uno de los requisitos generales de la objeción el fundamento legal, página 467 de la misma obra. Por lo anterior, incluso en sistemas como el norteamericano, la objeción debe tener un sustento legal, que en la práctica normalmente se omite.

²¹⁴ Al respecto es pertinente recordar el artículo 52 del CPP, nos remite al Libro I del Código de Procedimiento Civil.

realizan en términos poco claros, todo según lo prescrito en el artículo 330 inciso 2º del CPP; ii) preguntas que solicitan información inadmisibles,²¹⁵ así por ejemplo lo serán aquellas que solicitan conocer antecedentes de una suspensión condicional, lo que está prohibido según lo prescrito en el artículo 335 del CPP.

La enunciación de preguntas que se señalan en el presente capítulo que son susceptibles de objeción es solo una selección básica de preguntas que son objetables en el contraexamen. El universo total de preguntas que se pueden objetar en el contraexamen solo depende de la creatividad jurídica de los intervinientes en el juicio.

7.1. Objeciones de forma

Una **pregunta es objetable cuando la forma en que se realiza la pregunta no está permitida por nuestro legislador** a pesar de que la pregunta busque el ingreso de información admisible al juicio y la respuesta contenga información válida. Las preguntas que coaccionan al testigo, las preguntas realizadas en términos poco claros, las engañosas, vagas, son siempre objetables solo por la forma de la pregunta. Asimismo, las preguntas sugestivas son siempre objetables al momento de realizar un examen directo.²¹⁶

Durante el contraexamen, podemos subdividir las preguntas objetables por la forma, entre aquellas que: i) Directamente **caen en las causales de objeciones expresadas en nuestro CPP**, tales como las preguntas engañosas, las que intentan coaccionar al testigo o aquellas formuladas en términos

²¹⁵ Otra definición de objeciones que se acerca a esta segunda categoría es: "Una objeción es una solicitud para que el tribunal regule la admisibilidad de un testimonio o evidencia. El propósito de objetar es prevenir la introducción o consideración de información inadmisibles", STEVEN LUBET, obra citada, pág. 262. "An objection is a request that the court rule on the admissibility of certain testimony or evidence. The purpose of objecting is to prevent the introduction or consideration of inadmissible information".

^{2,6} No así en el sistema norteamericano, Fed. R. of Evid. "611 Mode and Order of interrogations and presentation (c) Leading Questions, Leading Questions should not be used on direct examination of a witness except as may be necessary to develop the witness testimony" (las preguntas sugestivas no deberán ser usadas en el examen directo de un testigo excepto cuando sean necesarias para desarrollar (realizar) el testimonio del testigo). Esta situación no es homologable a nuestro sistema por expresa prohibición del artículo 330 del CPP. Existen otros casos en que las preguntas sugestivas están permitidas en el examen directo, *supra* nota 9.

poco claros, y ii) Aquellas que por su contenido de forma deben ser consideradas como objetables y satisfacen alguna de las hipótesis señaladas en nuestro CPP, como las preguntas ambiguas, argumentativas, de opinión, reiterativas, etc.

7.1.1. OBJECIONES DE FORMA EXPRESAMENTE SEÑALADAS EN NUESTRO CÓDIGO PROCESAL PENAL.

7.1.1.1. *Pregunta poco clara:* "SS., objeto la pregunta ya que es poca clara, las que no son admitidas durante los interrogatorios, según lo prescrito en el artículo 330 inc. 3º parte final del CPP".

Una pregunta poco clara es aquella que el testigo no entiende por usarse en ellas términos complejos o técnicos.

El fundamento teórico de esta objeción dice relación con evitar que la prueba que el testigo aporte al juicio sea producto de la falta de comprensión de la pregunta. La prueba que el testigo aporta al juicio debe ser producto de lo que el testigo percibió o lo que realmente observó acerca del hecho que declara. En síntesis, el fundamento es una protección del sistema a la información que ingresan los testigos, evitando que ingrese información de baja calidad.

Respuesta: Lo mejor en estos casos es reformular la pregunta.

7.1.1.2. *Pregunta engañosa:* "SS., objeto la pregunta por ser engañosa, las que no son admitidas durante el interrogatorio de los testigos según lo prescrito en el artículo 330 inc. 3º parte final del CPP".²¹⁷

Una pregunta es engañosa cuando contiene información falsa que intenta confundir al testigo para obtener una determinada respuesta.

"Sr. testigo, vino a este mismo juicio el testigo X y dijo que el auto del accidente era rojo, ¿usted está seguro de que el auto era verde?". Esta pregunta sería engañosa si el testigo X jamás hubiera señalado que el auto era rojo.²¹⁸

²¹⁷ Ver PFEFFER URQUIAGA EMILIO, pág. 499, a propósito de la historia del artículo 330 del CPP: "*Al Senado le surgió la inquietud sobre la conveniencia de consagrar una prohibición tan absoluta respecto de las preguntas sugestivas, sobre todo en el contrainterrogatorio del testigo, porque estas preguntas se valen de la información proporcionada por el propio testigo, a diferencia de las preguntas capciosas, que son ¡as verdaderamente graves porque introducen información que el testigo no ha dado!*"(el subrayado es nuestro).

²¹⁸ Como ya se ha señalado en este trabajo la buena fe debe estar presente en todo el actuar del litigante durante el juicio. El intentar confundir a un testigo durante un contraexa-

En atención a lo prescrito en el artículo 330 inc. 3º se puede contraexaminar al testigo a la luz de otras versiones presentadas **en el juicio**. Por lo anterior en el caso propuesto, si un testigo propio o de la contraparte va a declarar que el auto era rojo, la pregunta sería admisible, sin perjuicio de la discusión que se puede generar durante el juicio referente a si la información contenida en la pregunta satisface el requisito de otra versión presentada en el juicio, según lo prescrito en la norma citada.

El fundamento teórico de esta objeción es el ya señalado, la respuesta del testigo no puede provenir de un engaño que confunda al testigo, ya que la información que ingresaría al juicio sería de escasa calidad.

Respuesta-. Lo mejor en estos casos es reformular la pregunta.

7.1.1.3. *Pregunta que coacciona al testigo*: "SS., objeto la pregunta ya que la misma coacciona al testigo, lo que no está permitido durante un interrogatorio, según lo prescrito en el artículo 330 inc. 3º parte final del CPP".

Una pregunta que **coacciona** al testigo es **aquella que trae una amenaza vedada o explícita al testigo de carácter ilegítima**. El fundamento de esta prohibición es que la información que ingresa al juicio es de baja calidad. Este tipo de preguntas afectan la libertad con que el testigo declara durante el juicio, las respuestas de los testigos no pueden emanar del temor si no de lo que realmente vieron o presenciaron. En este sentido es interesante señalar que la coacción incluso puede ser de carácter psicológico, como el caso de largos interrogatorios.²¹⁹

men, preguntando un hecho que es falso (ver Cap. IX, 6) no solo constituye una pregunta engañosa, si no que transgrede gravemente la buena fe necesaria en la litigación oral. En el sistema norteamericano un abogado no podría desacreditar a un testigo (*impeachment*) preguntando hechos contradictorios a los que el testigo ha declarado, sabiendo que esos hechos son falsos. Asimismo, a un abogado no le está permitido aludir a ningún hecho que no crea que estará respaldado por evidencia admisible. "*The cross examiner cannot suggest a contradictory fact unless she has a good-faith basis to believe that the contradictory fact exists. Model Rule 3.3 prohibits a lawyer from knowingly offering false evidence, Model Rule 3.4 prohibits a lawyer from alluding to any matter the lawyer does not reasonably believe will be supported by admissible evidence*" (MAUET, *Triáis...*, obra citada, pág. 258).

²¹⁹ Es interesante señalar que para el caso de la validez de las confesiones de los imputados se han diferenciado dos tipos de coacciones: a) La física o psíquica, y b) la inherente. La primera de ellas es la que opera sobre el cuerpo y la psiquis del imputado, van desde la tortura al apremio hasta los interrogatorios capciosos o sugestivos. "El segundo tipo de coacción denominado

Respuesta: Lo mejor en el caso que se realice una pregunta que coacciona al testigo es reformular la pregunta.

7.1.1.4. *Preguntas sugestivas:* El presente capítulo trata acerca de las objeciones durante el contraexamen por lo cual en principio no corresponde tratar las preguntas sugestivas en esta sección, ya que según lo prescrito en el artículo 330 inciso Iº del CPP las preguntas sugestivas están prohibidas solo en el examen directo y permitidas en el contraexamen, lo cual hace que el principio de contradicción del juicio oral se vea asegurado.

Para los efectos de objetar a quien realiza el examen directo en esta sección solo recordaremos que las preguntas sugestivas son aquellas que inducen o sugieren la respuesta.²²⁰ Como ya se señaló, en este trabajo el **peligro** de las preguntas **sugestivas** está en que el **testigo "amigable"**, a quien lo presenta, consienta en la versión de los hechos propuesta en la pregunta, pensando que esta le será más útil aun cuando los hechos no hubieren sucedido de la forma señalada.²²¹

No cualquier pregunta que se conteste con una negación o una afirmación es una pregunta sugestiva. Por ejemplo si se pregunta: "¿La noche de los hechos usted había ido al cine?", esta pregunta se puede responder con una afirmación o una negación pero la pregunta no sugiere ninguna de las dos respuestas. Si la misma pregunta se termina con un "*no es cierto*" la pregunta pasa a ser sugestiva, ya que induce la respuesta.

Nuestros autores han definido las preguntas sugestivas señalando "que son aquellas que incorporan su propia respuesta".²²² Asimismo, se ha señala-

coacción inherente por la jurisprudencia norteamericana en el celebre caso 'Miranda v. Arizona', del año 1966, consiste en el interrogatorio en sede policial sin mediar coacción en el sentido tradicional (violencia física o trabajo psicológico), pero que resulta coaccionante por la atmósfera de intimidación' que rodea al individuo: éste es arrancado de su ambiente natural para ser sometido a custodia policial, rodeado de fuerzas antagónicas, permaneciendo incomunicado de su familia y amigos, sin contar con la asistencia y consejo de un defensor..." (CARLOS ENRIQUE EDWARD, *Garantías constitucionales en materia penal*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1996, págs. 133 y 134).

²²⁰ Para mayores definiciones de preguntas sugestivas, ver *supra* nota 6.

²²¹ Como se señaló en el Capítulo I de este trabajo, el peligro está en que el testigo pueda pensar... "si el abogado me preguntó ¿estaba oscuro?, para ganar este juicio es necesario decir que estaba oscuro, aun cuando en realidad no lo estaba, pero como el abogado me lo preguntó debe necesitar que sea así, contestaré que si."

²²² DUCE y BAYTELMAN, obra citada, pág. 137.

do que "ello significa que la forma de preguntar que deben seguir los fiscales, defensores o querellantes supone que la información la aporta el testigo o perito, y para ello se debe recurrir a preguntas cuya respuesta no esté contenida en la formulación misma de la pregunta".²²³ Se ha señalado además que la pregunta sugestiva es aquella que pone las palabras en la boca del testigo.²²⁴

El lograr definir cuándo una pregunta es sugestiva no es tarea fácil y cualquier concepto que se intente elaborar no soluciona todos los problemas prácticos que suceden en un interrogatorio. Por ejemplo, si se pregunta: "¿cuántos cuchillos había en la cocina?", esa pregunta aporta información -que había cuchillos en la cocina-, pero no es sugestiva ya que de ella no emanaría su propia respuesta.

Parece ser que el elemento central para definir si una pregunta es sugestiva o no, está entregado por el fundamento de esta objeción, esto es, que el testigo no modifique su versión de los hechos por creer que es más útil para sus intereses. El tema importante acerca de las preguntas sugestivas es si un testigo común tiene la impresión que quien le pregunta desea una respuesta determinada en vez de otra respuesta.²²⁵ La clave de la prohibición de preguntas sugestivas durante el examen directo, es que el abogado no sugiera la respuesta deseada al testigo.

La sugestibilidad puede emanar de la propia pregunta, pero también de otras circunstancias, como por ejemplo el contexto del interrogatorio.²²⁶ Si la pregunta describe un incidente y luego se pregunta si este incidente ocu-

²²³ BLANCO, DECAP, ROJAS Y OTRO, obra ya citada, pág. 195.

²²⁴ DUCE y BAYTELMAN, obra ya citada, 164, págs. 137 y 205 y siguientes.

²²⁵ "The real issue is whether an ordinary witness would get the impression that the questioner desired one answer rather than another", STRONG, JOHN, en *McCormick on Evidence*, obra ya citada, pág. 12.

²²⁶ Debe entenderse que no solo se puede objetar una pregunta por ser sugestiva si no una línea de interrogatorio, aun cuando la pregunta objetada en forma aislada no sea sugestiva, se podría solucionar un problema de común ocurrencia en nuestros juicios orales, cual es que frente a una pregunta sugestiva que es objetada la parte que la había realizado reformula la pregunta realizando una nueva pregunta acerca del mismo tema en que retiró su pregunta sugestiva y de igual forma contamina gravemente la información. Un ejemplo sirve para clarificar la situación planteada. Pregunta: "¿Llegaron los imputados?", la contraparte objeta por sugestiva y quien realice la pregunta, reformulando la pregunta: "¿Llegó alguien?" Obviamente la respuesta del testigo será: "sí, los imputados". De entenderse que lo sugestivo emana también de hacer evidente la respuesta deseada por quien realice la pregunta, se podrá objetar la línea de interrogación y prohibir seguir preguntando acerca de ella a pesar de que se reformule, evitando el problema antes analizado.

rió, es claro que quien pregunta espera una respuesta afirmativa y está sugiriendo la respuesta.²²⁷ Otra forma indirecta de realizar preguntas sugestivas se verifica en los casos en que parte de la pregunta es detallada y la otra parte es vaga: "¿Esa noche era fría, lluviosa y con viento o era una noche normal?".

Por todo lo anterior, es que las definiciones de preguntas sugestivas ayudan a entender qué preguntas pueden ser sugestivas pero al momento de deducir una objeción por esta causal será necesario ir al fundamento de la prohibición y al contexto del interrogatorio. Todo esto debe estar presente al momento de deducir una objeción a una pregunta por sugestiva a la contraparte que desarrolla un examen directo.

7.1.2. OBJECIONES DE FORMA QUE SATISFACEN ALGUNA DE LAS HIPÓTESIS DE NUESTRO CPP. Como se señaló, en esta categoría se encuentran **aquellas** preguntas que por su forma **pueden satisfacer algunas de las hipótesis de** preguntas objetables, **según lo** dispuesto **en el artículo 330 inc. 3º del** CPP. Este tipo de preguntas no son directamente objetables, en estos casos debe hacerse una doble operación intelectual primero describir el tipo de pregunta y luego señalar los motivos por los cuales esa pregunta debe ser considerada en alguna de las categorías de preguntas objetables, según lo prescrito en el artículo 330 inc. 3º del CPP. Por ejemplo señalar que la pregunta es "reiterativa" y luego señalar que al ser reiterativa es una pregunta que intenta engañar al testigo, intentando que éste se contradiga, cuestión prohibida, según lo prescrito en el artículo 330 inc. 3º del CPP.

7.1.2.1. *Pregunta ambigua*: "SS., objeto la pregunta por ser ambigua y al ser ambigua es una pregunta **poco clara**, las que no son admitidas durante los interrogatorios, según lo prescrito en el artículo 330 inc. 3º parte final del CPP".

Una pregunta **es ambigua si puede ser interpretada de diferentes formas o si es tan poco clara de forma que confunde al testigo**. Una pregunta debe ser suficientemente clara para que el testigo entienda lo que se le está preguntando.

El fundamento de la objeción dice relación con evitar que la información que declara el testigo emane de su confusión, lo que generaría información de mala calidad en el juicio.

Respuesta: Lo mejor en estos casos es reformular la pregunta.

²²⁷ Ver STRONG, JOHN, en *McCormick on Evidence*, obra ya citada, pág. 12.

7-1-2.2. *Pregunta argumentativa*: "SS., objeto la pregunta por ser argumentativa y al ser argumentativa es una pregunta poco clara y engañosa, las que no son admitidas, según lo prescrito en el artículo 330 inc. 3º parte final del CPP".

Asimismo, afectan el debido proceso en su aspecto adjetivo artículo 19 N° 3 inciso 5º de la Constitución Política de la República, esto es, el respeto a ciertas formas procesales, ya que el CPP en su artículo 338 señala que en el alegato de clausura se exponen las conclusiones no en las preguntas. Desde este segundo aspecto la pregunta argumentativa podría objetarse por solicitar ingresar información ilícita al juicio.

Una pregunta es argumentativa si resume información o busca analizar prueba y demostrar conclusiones.

Las preguntas argumentativas no buscan una respuesta, si no que en muchos casos señalan una conclusión y solicitan al testigo concordar con ella,²²⁸ lo que es propio del alegato de clausura. Por otra parte una pregunta argumentativa establece una proposición en la forma de una pregunta, la que aparece como cierta y trata de convencer al testigo en orden a cambiar su forma de pensar consintiendo con la proposición, con lo cual engaña al testigo.

Por último, como se señaló, el abogado está argumentando más que obteniendo información del testigo, lo que le está vedado durante el interrogatorio.

Respuesta. Lo mejor para el caso que se realice una pregunta argumentativa es reformular la pregunta.

7.1.2.3. *Pregunta ya contestada o reiterativa*: "SS., objeto la pregunta ya que esta fue contestada y al ser reiterativa intenta engañar al testigo, lo que no está permitido durante los interrogatorios, según lo prescrito en el artículo 330 inc. 3º parte final del CPP".

Una pregunta reiterativa solo puede ser objetada en el evento que intente engañar al testigo, si es usada para precisar información no es objetable. El hecho de ser reiterativa no es causal suficiente para objetar una pregunta.

En síntesis las preguntas reiterativas solo son objetables cuando a través de la reiteración se intenta confundir al testigo o que este caiga en contradicciones.

²²⁸ Las preguntas argumentativas, desde el punto de vista de las técnicas de litigación, son además preguntas que hacen perder el control del testigo, por lo cual técnicamente son de aquellas preguntas que no deben usarse en el contraexamen.

Respuesta:

- Las preguntas reiterativas solo son objetables cuando intentan confundir al testigo, situación que no sucede en la especie ya que...
- Esta pregunta no es reiterativa, ya que agrega un hecho nuevo, por lo cual esta pregunta es diferente de la anterior, es una nueva pregunta.
- El testigo aún no contesta mi pregunta.
- Durante el examen directo se preguntó, yo no lo he preguntado, y es necesario preguntarlo para desarrollar mi contraexamen.

7.1.2.4. *Pregunta compuesta:* "SS., objeto la pregunta por ser compuesta y al ser compuesta es una pregunta poco clara, las que no son admitidas durante los interrogatorios, según lo prescrito en el artículo 330 inc. 3º parte final del CPP".

Una pregunta es compuesta sí tiene más de una afirmación y para ser objetable alguna de la información que contiene la pregunta debe ser poco clara para el testigo.²²⁹

Respuesta. Debe reformularse la pregunta.

7.1.2.5. *Pregunta confusa:* "SS., objeto la pregunta por confusa, al ser confusa es poco clara, lo que no está permitido durante los interrogatorios, según lo prescrito en el artículo 330 inc. 3º parte final del CPP".

Una pregunta confusa es solo objetable en el evento que sea poco clara. El hecho que la pregunta sea confusa no es suficiente causal de objeción, la pregunta además debe ser poco clara, debe haber una relación de género a especie.

Respuesta: Debe reformularse la pregunta.

7.1.2.6. *Preguntas que asumen hechos sobre los cuales no se ha rendido prueba y no se rendirá prueba:* "SS., objeto la pregunta por establecer hechos sobre los cuales no se ha rendido prueba y no se rendirá prueba en este juicio, lo que la transforma en engañosa, lo que no está permitido durante los interrogatorios, según lo prescrito en el artículo 330 inc. 3º primera parte del CPP".

²²⁹ Es interesante recordar que una de las tres técnicas básicas del contraexamen es que las preguntas solo contengan un hecho por pregunta, por lo cual este tipo de preguntas tampoco es técnicamente apropiada en el contraexamen. Ver Capítulo VII, ap. 7.1.2.2, de esta obra.

Esta **objección** ocurre normalmente cuando quien realiza la pregunta **en la parte introductoria de la** misma asume **hechos de los que no existe evidencia** y los cuales son **hechos disputados**.

Una pregunta que señala hechos sobre los cuales no se ha rendido prueba y no se rendirá prueba durante el juicio como ciertos, es engañosa para el testigo toda vez que este creerá que el hecho discutido que se asume en la pregunta es cierto y contestará desde esa perspectiva equivocada, lo que lo inducirá a error y su respuesta será de baja calidad.

La forma adecuada de introducir la evidencia es a través de los testigos y demás medios de prueba, a los abogados no les está permitido declarar e introducir evidencia a través de sus preguntas.

"¿Desde el salón, que estaba lleno de gente, en que usted estaba al lugar donde se encontró el cadáver la distancia es como de 100 metros, no es cierto?"

Si durante el juicio no ha habido prueba que establezca que el salón estaba lleno de gente, la pregunta es objetable.

Cosa distinta sería si la primera pregunta establecía cuánta gente había en el salón y luego que el testigo reconociera que había mucha gente se realizará la pregunta ya expuesta.

El fundamento de la objeción es claro, induce a error al testigo y puede inducir a error a los jueces, que pueden entender que como el testigo no negó que el salón estaba lleno de gente establezcan ese hecho como verdadero.

Respuesta:

- Sin perjuicio de que el hecho no se ha probado, su existencia se puede inferir de... lo que sí ha sido probado.
- El hecho se probará con el testimonio de... o con la evidencia consistente en...
- Los hechos no inducen a engaño, la pregunta es clara.

7.2. Objeciones de preguntas que solicitan información inadmisibles

En muchos casos las preguntas realizadas durante un contraexamen están formuladas en una forma correcta, pero solicitan información inadmisibles. Así una pregunta puede ser formalmente correcta pero solicitar información que incrimine al testigo o a un pariente y será objetable según lo prescrito en los artículos 305 y 302 del CPP.

Un caso corriente de preguntas objetables por solicitar información inadmisibles es la siguiente: "FISCAL: Sr. policía, ¿qué le dijo el imputado al momento de su detención referente a los hechos?", suponiendo evidentemente que el imputado guarde silencio y no existiera delegación del fiscal para que la policía pudiera tomar declaración al imputado.²³⁰

Lo que solicita la pregunta anterior es información inadmisibles ya que la confesión del imputado es un medio de defensa y para que sea válida el legislador la ha revestido de una protección²³¹ que busca asegurar al juzgado su voluntariedad.²³² En estos casos y aun cuando no es materia de este trabajo

²³⁰ Ver artículos 91 y 135 en relación al artículo 93 letra g) del CPP.

²³¹ Ver artículos 91 y 194 del CPP.

²³² El derecho a guardar silencio en el derecho norteamericano es reconocido en el caso "Miranda v. Arizona" (1966), en que la Corte Suprema fijó como estándar que el ente acusador debe probar la voluntariedad de la confesión.

En el mismo sentido resuelve la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Antofagasta, en sentencia de 15 de noviembre de 2005, Rol 257-2005, la que resolviendo un recurso de apelación deducido por el Ministerio Público en contra del auto de apertura de juicio oral en que se había decidido excluir el testimonio de un funcionario de Gendarmería de Chile que había escuchado la declaración del imputado prestada en la fiscalía ante el fiscal decide que si la fiscalía quiere introducir la declaración del imputado a través de un testimonio de oídas debe probar la voluntariedad de la declaración, "*SEGUNDO: Que el primer punto a dilucidar consiste en determinar la legitimidad de la declaración ante el Fiscal, o sea, verificar si el imputado declaró libre y voluntariamente y con las posibilidades concretas de conocer, comprender y ejercer el derecho a guardar silencio, asistido obviamente por un abogado que es el único que le garantiza una verdadera defensa técnica. En este sentido, si son los órganos de persecución penal quienes toman declaración al imputado sin presencia del abogado, son ellos quienes deben acreditar la legitimidad de la renuncia, ya que estos órganos desde el primer momento de la detención están obligados a verificar la presencia del abogado defensor, por cuya ausencia se le impide interrogar autónomamente al imputado, de acuerdo a lo señalado expresamente en el artículo 91 del Código Procesal Penal. TERCERO: Que la disposición citada (art. 91) debe interpretarse sistemática y lógicamente, en la medida que el legislador reguló una serie de situaciones límites cuyas exigencias de legitimidad están dejando patente la necesidad de respetar el derecho del imputado a ser asistido por un abogado desde los inicios de la investigación (93 letra b), por lo tanto, si la ley exige en una situación de urgencia interrogarlo en presencia del abogado, con mayor razón, al Fiscal durante el plazo de ampliación de la detención le correspondía avisar al defensor, para asegurarse de la legitimidad de la renuncia y, si no lo ha hecho, frente al cuestionamiento efectuado por la defensa sobre la procedencia de esta interrogación, no cabe sino considerar a lo menos dudosa la interrogación del Fiscal al imputado, pues no comprobó mediante acciones concretas la adopción de medidas que pudieran respetar efectivamente los derechos garantizados en las letras b) y g) del artículo 93 del Código Procesal Penal. CUARTO: Que no habiéndose acreditado por el Ministerio Público la adopción de medidas efectivas para respetar el derecho del imputado a guardar silencio y ser asistido por un abogado desde íos inicios de la investi-*

también es objetable la respuesta, dado que la misma también ingresa información ilícita al juicio.²³³

7.2.1. PREGUNTA IMPERTINENTE. "SS., objeto la pregunta por ser impertinente, la pregunta no intenta acreditar otra versión de los hechos, no se refiere al interrogatorio directo -artículo 330 del CPP- ni a un aspecto de credibilidad del testigo -art. 309 CPP- por lo cual la pregunta no puede ser aceptada".²³⁴

La objeción anterior cubre un límite ilimitado de preguntas, como por ejemplo que a un testigo presencial de un robo se le pregunte respecto a qué pantalones le gusta usar o acerca de su orientación sexual si esos hechos no tienen que ver con la teoría del caso de quien hace la pregunta, serán impertinentes. Al respecto, cabe señalar que en el derecho chileno los ámbitos de contraexamen son bastante amplios, como se señaló en el Capítulo III de este trabajo, pero claramente existen preguntas que escapan a las materias que se pueden preguntar en el contraexamen.

El artículo 318 del CPP señala parte de los ámbitos en que se puede interrogar a los peritos, estableciendo que se le pueden dirigir preguntas tendientes a *determinar su imparcialidad e idoneidad, así como el rigor técnico o científico de sus conclusiones y requerir información sobre sus remuneraciones.*

gación durante la interrogación efectuada por el Fiscal, cuando estaba corriendo el plazo de la ampliación de la detención, no es posible afirmar que la renuncia a guardar silencio se haya efectuado con pleno respeto a la garantía de no autoincriminarse, lo que lleva necesariamente a establecer que el testimonio del gendarme que presenció este interrogatorio proviene de una diligencia obtenida con inobservancia de las garantías fundamentales y, por lo mismo, debe excluirse de la prueba para el juicio oral".

²³³ Suele suceder que en forma espontánea un testigo entregue en su respuesta antecedentes que contengan información inadmisibles como, por ejemplo, se refiera a que el imputado estaba buscando llegar a un acuerdo con la víctima a través de un procedimiento abreviado, lo que infringe el artículo 335 del CPP; esa información entregada en la respuesta será objetable, ya no la pregunta si no la respuesta.

²³⁴ En el sistema de EE.UU. el ámbito de las preguntas en el contraexamen está determinado en la regla federal de evidencia 611 (b), señalando que el alcance del contraexamen debe ser limitado a las materias tratadas en el examen directo y materias que afectan la credibilidad del testigo. El tribunal puede, discrecionalmente permitir preguntas en materias adicionales como en el examen directo. "*Rule 611. Mode and Order of Interrogation and Presentation (b) Scope of cross-examination. Cross-examination should be limited to the subject matter of the direct examination and matters affecting the credibility of the witness. The court may, in the exercise of discretion, permit inquiry into additional matters as if on direct examination.*"

Lo anterior hace que en el caso de los peritos los ámbitos para dirigir el contraexamen sean muy amplios, lo que es especialmente trascendente entre nosotros, ya que en nuestro sistema no existe una audiencia de calificación del perito.²³⁵

7.2.2. PREGUNTAS IRRELEVANTES. "SS., objeto la pregunta por ser irrelevante, los hechos que consulta son irrelevantes para la adecuada solución del caso, esta información escapa al objeto para el cual se rinde prueba, según lo prescrito en artículo 295 CPP, por lo cual la pregunta solicita información inadmisibile".

La prueba rendida en un juicio oral debe tener por objeto probar *los hechos o circunstancias pertinentes para la adecuada solución del caso*, por lo cual una pregunta que no tiene por objeto probar un hecho relevante para la solución del caso es objetable.

Este tipo de objeciones puede aparecer cuando el abogado está ofreciendo evidencia circunstancial para probar o restar validez a un hecho del cual se puede deducir un hecho en disputa. Así, si el fiscal le pregunta a la madre de la imputada si a su hija le gusta cambiar el color de pelo, podría parecer un pregunta irrelevante pero si la imputada se tiñó el pelo pocos días después del asalto y es un caso de reconocimiento, la pregunta no aparece como irrelevante, lo que deberá determinarse en cada caso concreto.

Algunos autores señalan que el artículo 292 del CPP es la norma en que deberían fundarse las objeciones por ser la pregunta irrelevante.²³⁶ El artículo 292 del CPP no es una norma de carácter sustantivo, toda vez que faculta al juez presidente de la sala de juicio oral para ordenar el debate e impedir que las alegaciones se desvíen a aspectos no pertinentes. De la simple lectura del

²³⁵ En nuestro sistema no existe una audiencia en que se discuta la calificación del perito, esa discusión solo podría darse en forma parcial en la APJO en virtud de lo prescrito en el artículo 316 del CPP, que en la parte pertinente señala: "... *considerará que los peritos y sus informes otorguen suficiente garantía de seriedad y profesionalismo.* ". La idoneidad del perito deberá discutirse en el Juicio Oral. Respecto a la calificación de peritos en el sistema norteamericano, quien contradice la cualidad del expeno puede solicitar a la Corte (tribunal) autorización para examinarlo previamente al juicio. Al respecto ver *La prueba en el nuevo proceso penal oral*, Editorial LexisNexis, mayo 2003, pág. 73, artículo del profesor Miguel Angel Méndez Longoria.

²³⁶ BAYTELMAN y DUCE, obra citada, en este sentido pág. 203, respecto al artículo 292 del CPP: "Esta norma permite fundamentar las objeciones por causal de irrelevancia de la pregunta, esto es, como veremos, de preguntas que intentan incluir información no pertinente para el debate o para las teorías del caso en juego".

artículo 292 del CPP se puede desprender que esta norma no fija qué es lo pertinente a discutir en el juicio oral, si no que entrega una facultad al juez presidente del Tribunal Oral. Así, si se objeta una pregunta de contraexamen por impertinente, debemos señalar cuál es el ámbito de pertinencia del contraexamen, citando las normas que lo establecen, tales como los artículos 309, 318 y 330 del CPP.

En síntesis, al ser la norma del artículo 292 del CPP solo de forma y no de fondo, es imposible que esa norma regule aspectos sustantivos del juicio oral, tales como qué ámbitos son pertinentes para ser preguntados durante un contrainterrogatorio.

7.2.3. PREGUNTAS QUE EXIGEN CONCLUSIONES A TESTIGOS SOBRE HECHOS QUE REQUIEREN OPINIÓN DE PERITOS. "SS., objeto la pregunta por solicitar conclusiones al testigo sobre un hecho o circunstancia que requiere la opinión de un experto. SS., es efectivo que el artículo 309 del CPP señala que los testigos darán razón circunstancial de los hechos sobre los cuales declaren expresando si los dedujere de antecedentes que le son conocidos, pero el artículo 314 del CPP señala que sobre ciertos hechos o circunstancias -como sucede en la especie- se deberá oír la opinión de un experto,²³⁷ norma que está en concordancia con el artículo 297 del CPP, que establece la valoración de la prueba y pone como límite a la libertad probatoria los conocimientos científicamente afianzados.

²³⁷ Ver reglas 702-706 de las reglas federales de evidencia de EE.UU., que regulan la admisibilidad del testimonio de los peritos en el sistema norteamericano. La regla 702 fija una amplia definición de experto. En síntesis la regla 702 señala que un perito califica para testificar en juicio si un conocimiento científico, técnico u otro conocimiento específico ayudara a quien debe decidir sobre los hechos a entender la evidencia o determinar un asunto relativo a un hecho en discusión. Un testigo califica como experto (peritos en nuestro sistema) por conocimiento, habilidad, destreza, experiencia, entrenamiento, educación. Puede testificar en forma de opinión si: 1) su testimonio está basado en suficientes hechos o datos (data); 2) el testimonio es producto de principios y métodos confiables, y 3) el testigo ha aplicado estos principios y métodos confiablemente a los hechos del caso. Regla enmendada en diciembre de 2000, recogiendo decisiones de U.S. Supreme Court *Daubert v. MerreU. Dow Pharmaceuticals, Inc.*, 509 U.S. 579 (1993) y *KumhoTireCo., Ltd., etal. v. Carmichael et al*, 526U.S. 137 (1999) que agregaban la confiabilidad. La regla enmendada significa que el perito debe hacer más que simplemente decir al jurado confíen en mí, debe demostrar que sus opiniones están basadas en una metodología identificable que tenga una validez suficiente y que ha sido aplicada al caso concreto.

La objeción también puede realizarse de una forma más breve:

— SS., objeción, el testigo no declara como experto, la pregunta infringe los artículos 314 y 309 del CPP".

- SS., objeción, la pregunta requiere una conclusión de un perito y estamos frente a la declaración de un testigo".

Un ejemplo clásico para graficar la objeción es el caso que a un testigo que declare sobre la herida de la víctima se le pregunte según su opinión cuánto tiempo impedido para el trabajo podría estar una persona con la herida que él vio.²³⁸ Claramente es un hecho o circunstancia que requiere la opinión de un médico y no de un testigo.

Lo que busca la objeción es que no ingrese información inadmisibile al juicio dado que ciertos hechos en el juicio oral deben ser probados por peritos y la libertad probatoria, según lo prescrito en el artículo 297 del CPP, tiene entre otros límites los conocimientos científicamente afianzados.²³⁹

Respuesta:

- El testigo está señalando los antecedentes de los cuales deduce el hecho que acaba de señalar.
- Los hechos materia de la pregunta no requieren la opinión de un experto.

²³⁸ Esta objeción se conoce en EE.UU. como "Lay Witness Testifying as expert", está relacionada con la Regla Federal de Evidencia 701, la que expresamente prohíbe a un testigo testificar con opiniones basadas en la ciencia, técnica u otro especial conocimiento fuera del ámbito de la regla federal de evidencia 702 de EE.UU.

²³⁹ En este sentido comparto parcialmente lo señalado por los magistrados RODRIGO CERDA SAN MARTIN y FRANCISCO HERMOSILLA IRIARTE, en *El Código Procesal Penal. Comentarios, concordancias y jurisprudencia*, 13 ed., Editorial Librotecnia, Santiago, abril 2003, quienes señalan a propósito del artículo 309 del CPP: "*Pensamos que un testigo puede efectuar conclusiones si ellas se basan en antecedentes que observó y en máximas de la experiencia. Distinta es la situación si la conclusión del testigo requiere necesariamente de conocimiento científico o técnico, en cuyo caso esa conclusión sólo resulta procedente si proviene de un perito o testigo experto de la ciencia, arte u oficio respectivo*". Como los autores citados creo que sobre ciertos hechos los testigos pueden emitir conclusiones, el límite está en que éstas no pueden estar basadas en conocimientos de experto. La concordancia con los magistrados Hermosilla y Cerda es solo parcial, toda vez que los autores citados señalan que el conocimiento científico podría emanar de un testigo experto, lo cual no comparto. Nuestro CPP no contempla la categoría de testigo experto, el conocimiento científico solo puede emanar de un perito no de un testigo.

7.2.4. PREGUNTAS DE OPINIÓN. "SS., objeto la pregunta, solicita información inadmisibles, los testigos declaran al tenor del artículo 309 inc. 2º del CPP, esto es, declaran sobre lo que les conste por haberlo presenciado, oído, o que deduzca, pero los testigos no declaran sobre sus opiniones, esa forma de declarar es propia de un perito. Finalmente, si la opinión solicitada no requiere un testimonio experto de un perito, el fundamento de la objeción puede ser que su opinión es irrelevante para la resolución del caso.

La prohibición tiene su fundamento en que si el testigo cree que el imputado es culpable o inocente es irrelevante toda vez que esa conclusión es materia de la resolución del juez, los testigos declaran sobre hechos y no sobre lo que ellos crean acerca de un hecho.

Esta objeción no alcanza a los peritos quienes deben declarar emitiendo opiniones y conclusiones en virtud de lo prescrito en los artículos 314, 315, 318 y 329 del CPP. Los peritos son los llamados a emitir opiniones y conclusiones, las que deberán ser valoradas conforme a lo prescrito en el artículo 297 del CPP.

El sistema probatorio norteamericano prohíbe la emisión de opiniones por parte de los testigos,²⁴⁰ se les permite dar opiniones solo cuando la opinión está basada en su percepción de un evento que es útil para que el jurado comprenda los hechos, ejemplos de lo anterior son velocidad, tiempo, distancia, peso, etc. La regulación a nivel federal está en la Regla Federal 701, que en síntesis señala que si el testigo no está declarando como perito, el testimonio en forma de opinión o deducciones está limitado a aquellas opiniones que están: i) racionalmente basadas en la percepción del testigo; ii) útil para una total claridad del testimonio del testigo o determinar un hecho en discusión; iii) que no esté basada en la ciencia, técnica u otras experticias.

7.2.4.1. *Preguntas de opinión y conclusivas al tenor del artículo 309 del CPP:* El artículo 309 inciso 2º del CPP, señala claramente que el testigo "...deben dar razón circunstanciada de los hechos sobre los cuales declarare, expresando si los hubieren presenciado, **SI LOS DEDUJERE DE ANTECEDENTES QUE LE FUEREN CONOCIDOS** o si los hubiere oído referir a otras personas... En nuestro sistema y según la norma transcrita parecería ser entonces que los testigos podrían declarar en forma de opinión o conclusión.

²⁴⁰ MIGUEL ANGEL MÉNDEZ, en *La prueba en el nuevo proceso penal oral*, LexisNexis, artículo "Prueba Pericial en Estados Unidos de América", Santiago, mayo 2003, pág. 70.

Respecto a las conclusiones de los testigos, cabe señalar que concluir es *inferir, deducir una verdad de otras que se admiten, demuestran o presuponen*. Como se señaló, el artículo 309 del CPP faculta al testigo para declarar de qué antecedentes deduce el hecho sobre el cual ha declarado. Pero una cosa distinta y prohibida para los testigos es que comience a declarar en forma de conclusión, como lo hacen los peritos.

En este sentido, si se le pregunta a un policía: "¿usted luego de esta investigación qué ha concluido?". Esa pregunta es objetable ya que lo que se le solicita al testigo es que comience a declarar en forma conclusiva, lo que contradice el artículo 309 CPP, que solo faculta a los testigos para señalar los antecedentes de los cuales deduce lo declarado.

La diferencia entre declarar en forma conclusiva y emitir una conclusión es sutil, pero importante; el declarar en forma conclusiva significa que se emite una conclusión y luego se señala en base a qué operaciones intelectuales realizadas se puede demostrar la conclusión. El emitir una conclusión al tenor de lo prescrito en el artículo 309 del CPP, solo faculta para señalar de que antecedentes se desprende el hecho declarado y no faculta para comenzar a explicar operaciones intelectuales complejas que nos lleven a demostrar conclusiones como sí lo hacen los peritos. El motivo de la diferencia es simple y ya conocido, los testigos van a declarar acerca de lo que percibieron de un hecho determinado, las conclusiones las debe sacar el juzgador.

Sobre el punto dos consideraciones más. En nuestro sistema procesal penal no existen testigos especiales que por su profesión o experticia puedan comenzar a declarar en forma de conclusión. Lo que parte de la doctrina ha llamado testigos-expertos. Desde este punto de vista en nuestro sistema existe tres formas de declarar: i) Como testigo; ii) Como perito, y iii) Imputado, pero no existen categorías intermedias, como testigos expertos, como lo señala parte de la doctrina para el caso de los policías, que por su labor, destreza o conocimiento pueden dar su opinión o emitir conclusiones.²⁴¹ Si un policía quiere emitir conclusiones o dar opiniones entonces

²⁴¹ BLANCO Y OTROS, obra ya citada, pág. 198, al momento de analizar las objeciones a preguntas de opinión señalan que a los testigos les está vedado emitir opiniones, pero que existen ciertas excepciones como los policías, a los cuales se les podría preguntar a efecto de requerir conclusiones: "Examinado-Respuesta: Tomando en consideración la experiencia de quince años que usted tiene en este tipo de procedimientos, ¿cuál es el modus operandi clásico de quienes roban autos?". DUCE Y BAYTELMAN, obra citada, pág. 294, también se refieren al punto señalando: "La categoría de testigo experto no corresponde, en cambio, a una que esté

deberá declarar en calidad de perito y demostrar que declara sobre un hecho o circunstancia que requiere la opinión de un experto, como por ejemplo si una determinada sustancia es o no cocaína.

Por último, un testigo jamás podrá establecer hechos que requieran la opinión de un experto y sean materia de un peritaje, dado que ello vulneraría los artículos 314, 315 y 297 del CPP. Los testigos son legos y los peritos expertos.

7.2.5. PREGUNTAS QUE VULNERAN EL DERECHO A GUARDAR SILENCIO Y NO DECLARAR POR MOTIVOS PERSONALES. "SS., objeto la pregunta por vulnerar el derecho a guardar silencio del imputado, consagrado en el artículo 93 letra g) del CPP y tratados internacionales firmados y ratificados por Chile".

Lo que busca la objeción es que no ingrese información ilícita al juicio, ya que si el imputado no ha declarado y se refieren a su confesión se vulnera el derecho a guardar silencio. En los mismos términos se pueden realizar objeciones referentes a la facultad de abstenerse de declarar por motivos personales, consagrada en el artículo 302 del CPP.

7-2.6. PREGUNTAS ESPECULATIVAS. "SS., objeto la pregunta ya que ésta invita al testigo a adivinar o especular, lo que es irrelevante para el tribunal, por lo cual es impertinente, según lo dispuesto en el art. 295 del CPP y no está permitido, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 309 inc. 2º del CPP".

Los juicios se deciden por los hechos que se establecen con la prueba rendida, y las especulaciones de un testigo no son relevantes para la decisión del caso, según las normas ya citadas.

reconocida normativamente en nuestro Código, sino más bien a una necesidad de distinción para efectos de preparar y ejecutar actividades de litigación en el juicio. Un testigo experto es un testigo que, sin ser ofrecido como perito -porque el área de declaración no constituye estrictamente una experticia... En todo caso se trata de un testigo, es decir, alguien que presencié-o puede declarar sobre- hechos relevantes para el caso, pero que además está dotado de un cierto conocimiento o experiencia que lo habilita para dar opiniones o conclusiones que también son relevantes para el caso, no obstante, no haber hecho un 'peritaje'".

Es interesante señalar que MARÍA INÉS HORVITZ L. y JULIÁN LÓPEZ MASLE, en su obra ya citada, tomo II, pág. 294, se refieren a los "testigos-peritos" haciendo una aplicación del derecho alemán. En la mencionada obra los autores señalan que una persona puede reunir ambas calidades y para declarar sobre hechos que requieran un conocimiento técnico o científico deben haber rendido un informe pericial. Se declara como testigo, cuando se tiene conocimiento de un hecho y como perito en calidad de experto en determinadas materias.

Respuesta-

- Reformular estableciendo el conocimiento personal del testigo.
- Solicitar que el testigo establezca el hecho y luego preguntar de qué antecedentes lo deduce.

8. Conclusiones

Los objetivos básicos de las objeciones son que la información que ingrese al juicio no sea de baja calidad, ya sea por que emane de un testigo amedrentado, confundido, engañado o de un testigo propio altamente sugestionado. Un segundo objetivo de las objeciones es que la información que ingrese al juicio no provenga de un origen ilícito.

Ambos objetivos son trascendentes en un juicio contradictorio como el que nos rige y fundamenta las objeciones. Para el propósito de este trabajo es importante conocer los conceptos que rigen las objeciones a efecto de defender nuestras preguntas durante el contraexamen.

Desde otro punto de vista y ya no solo referido a las objeciones en el contraexamen, las objeciones son el medio para preparar un recurso de nulidad, según lo prescrito en el artículo 377 del CPP.

**CORTE
SUPREMA** \
BIBLIOTECA)
n h 11 p J

Algunas técnicas avanzadas de contraexamen

Sumario: 1. Introducción. 2. Técnica para destacar hechos favorables. 2.1. Etapas. 2.2. *Doble-looping*. 2.3. Contrastación. 2.4. *Multi-looping*. 2.5. *Looping*-espontáneo. 3. El *señuelo*. 3.1. Introducción. 3.2. *Señuelo* en el capítulo. 3.3. Hechos desconocidos. 3.4. ¿Qué hacer con el *señuelo*? 3.5. Conclusión. 4. Contraexamen de peritos. 4.1. Introducción. 4.2. Preparación. 4.3. Técnicas específicas. 4.4. Atacar la idoneidad del perito, el rigor técnico o científico de sus conclusiones. 4.5. Falta de experticia. 4.6. Interés o parcialidad. 4.7. Bases equivocadas. 4.8. Contrastarlo con el peritaje propio. 4.9. Calificaciones. 4.10. Atacar la credibilidad del perito con sus propios informes o publicaciones. 4.10.1. Propios informes del perito. 4.10.2. Propias publicaciones o tesis del perito. 4.11. Atacar la credibilidad del perito con publicaciones. 5. Contraexamen del testigo "no lo sé" o "no lo recuerdo". 5.1. Introducción. 5.2. ¿Realmente no lo recuerda? 5.3. ¿No lo sabe o nunca lo supo? 5.4. Lo sabe y no lo quiere recordar. 5.5. Solo recuerda lo que le favorece, lo demás "no lo sabe" o "no lo recuerda". 5.6. Conclusión. 6. Re-directo y nuevo contraexamen. 6.1. Análisis. 6.2. Conclusión.

1. Introducción

El presente capítulo trata acerca de algunas técnicas avanzadas de contraexamen. Para muchos un buen contraexamen parece ser la obra de un artista. Aquellos abogados que logran que el testigo conteste las preguntas en forma rápida, precisa y dejen absolutamente claro al tribunal de cada uno de los hechos que quieren establecer con su contraexamen, termina pareciendo un artista más que un abogado. Sin embargo, lo que normalmente está detrás de esos contraexamenes es mucha preparación, el correcto uso de las tres técnicas bási-

cas del contraexamen (Capítulo VI) y un buen manejo de las técnicas de control del testigo.

Cuando quien contraexamina logra dominar las tres técnicas básicas del contraexamen y domina un buen arsenal de técnicas de control del testigo, adquiere un grado de seguridad que lo hace pensar en técnicas más persuasivas de contraexaminación. Si a lo anterior agregamos que el abogado es capaz de responder con claridad a las objeciones realizadas por los otros intervinientes, de tal forma que el tribunal rechaza esas objeciones, quien contraexamina está listo para usar técnicas más avanzadas de contraexamen.

En el presente capítulo se recopilan algunas técnicas avanzadas de contraexamen, que pueden ser usadas en juicio oral o audiencia de recepción de prueba anticipada.

2. Técnica para destacar hechos favorables

El *loopings* es un método mediante el cual un hecho importante o favorable es enfatizado, repitiendo la información importante o favorable en la estructura de otra pregunta, sin repetir la pregunta.²⁴²

En la tramitación de un caso siempre existen ciertos hechos o palabras que deben ser enfatizadas por constituir un elemento fuerte de nuestra teoría del caso o debilitar la teoría del caso del oponente.

La técnica del *looping* satisface esta necesidad, sin repetir la pregunta, evitando objeciones por reiterativas o explicaciones por parte del testigo en la segunda pregunta.

2.1. Etapas

La forma básica del *looping* consiste en tres etapas:

- 1) A través de una pregunta sugestiva se debe obtener el hecho buscado. Ej: "¿El hombre estaba *ebrio*?" (*Primera etapa*).
- 2) Incluir el hecho buscado en otra pregunta sin repetir la pregunta.
- 3) Relacionar el hecho buscado con un hecho que no sea discutido por el testigo.

²⁴²Traducción libre *Cross-Examination, Science and Techniques*, obra citada, pág. 451-

Ej: "¿El hombre que estaba *ebrio* fue quien golpeó a mi cliente?" {*Segunda* etapa *repetir la palabra ebrio* y la tercera etapa *relacionarla con un hecho no discutido "que golpeó aun tercero"*).

2.2. Doble-looping

El *doble-looping* es una técnica mediante la cual se pueden repetir hechos favorables en combinación. El efecto que produce es que los hechos se grafican mejor en la mente del juzgador.

Primer paso: Establecer el primer hecho importante.

Segundo paso: Establecer el segundo hecho importante.

Tercer paso: Juntar ambos hechos en una pregunta.

PREGUNTA: ¿Usted *pesa 95 kilos*?

Respuesta: Sí.

PREGUNTA: ¿Mi representada *pesa 50 kilos*?

Respuesta: Sí.

PREGUNTA: ¿Usted que *pesa 95 kilos* golpeó a mi representada que *pesa 50 Kilos*?

Respuesta: Sí.

2.3. Contrastación

La técnica del *doble-looping* puede ser usada para contrastar las inconsistencias de la versión de los hechos dada por un testigo en comparación con la lógica o el resto de la evidencia del caso. La versión dada por el testigo durante su declaración parece como creíble, pero cuando esta versión es contrastada con otros hechos o información del caso deja de serlo.

Para hacer uso de esta técnica la primera pregunta debe estar destinada a establecer el hecho que el testigo aceptará con facilidad y que luego será contrastado con otra evidencia para demostrar su inconsistencia.

Suponga usted que un imputado que dio muerte a otra persona, señala haberlo hecho en atención a que la víctima estaba atacando sexualmente a su cónyuge. Los hechos suceden en el campo en un lugar alejado de los centros urbanos durante las primeras horas de la tarde. Carabineros se informa del

hecho por un llamado telefónico, que no hizo el imputado. El imputado alega que él hizo todo lo posible por dar aviso a Carabineros. El hecho a contrastar por el fiscal a través de la técnica del looping es "*que el imputado hizo todo lo necesario para avisara Carabineros del hecho*". La primera pregunta del fiscal puede ser: ¿Usted nos ha dicho que *hizo todo lo posible por dar noticia de la muerte a Carabineros*, no es cierto?".

El fiscal sabe que el vecino del imputado, quien vive a 10 minutos caminando, cuenta con un teléfono celular que normalmente le facilita al imputado. Asimismo, el fiscal sabe que luego del homicidio el imputado se cambió de ropa y se dio una ducha, limpió el arma y comió. Esa información puede ser contrastada con lo señalado por el imputado para demostrar que en realidad no hizo todo lo necesario para dar aviso a Carabineros.

PREGUNTA: ¿Usted luego del homicidio comió un plato de comida y *no fue a la casa de su vecino a solicitarle el teléfono?*

PREGUNTA: ¿Usted luego del homicidio se bañó y *no fue a la casa de su vecino a solicitarle el teléfono?*

PREGUNTA: ¿Usted luego del homicidio se cambió de ropa y *no fue a la casa de su vecino a solicitarle el teléfono?*

PREGUNTA: ¿Usted luego del homicidio limpió el arma y *no fue a la casa de su vecino a solicitarle el teléfono?*

En algunos casos esta técnica de *looping por* contrastación requiere un capítulo previo de contraexamen en que el testigo acepte los hechos que van a ser usados para contrastar. Este capítulo previo crea las bases de los hechos necesarios para la contrastación.

2.4. Multi-looping

Por *multi-looping*, debemos entender la repetición de varios conceptos útiles para quien contraexamina en una serie de preguntas diferentes. A esto podemos agregar una pregunta final en que se incluya un concepto no conocido por quien contraexamina, que en el evento que sea aceptado sea útil al capítulo de contraexamen que se está realizando.

En el siguiente ejemplo el abogado defensor quiere resaltar el incidente previo en que la víctima había golpeado a su defendida. Suponga usted que la información con que cuenta el abogado defensor dice que la víctima (quien

está siendo contraexaminado), en un incidente previo había golpeado en la cara a la imputada.

TÍTULO: Vamos a hablar de esa discusión que usted tuvo con mi diente la noche de los hechos.

PREGUNTA: ¿Usted *golpeó* a mi cliente en la fiesta de la noche del 30 de julio de 2005?

Respuesta: Sí.

PREGUNTA: ¿Usted *golpeó* en *la cara*,?

Respuesta: Sí.

PREGUNTA: ¿Usted *la golpeó* en *la cara* en *la mejilla derecha*?

Respuesta: Sí.

PREGUNTA: ¿Usted *la golpeó* en *la cara* en *la mejilla derecha* con su *mano derecha*?

Respuesta- Sí.

PREGUNTA: ¿Usted *la golpeó* en *la cara* en *la mejilla derecha* con su *mano derecha* y le *dejó una marca*?

Respuesta- No.

Fin del capítulo de contraexamen:

PREGUNTA: Pero, ¿usted *golpeó* en *la cara* en *la mejilla derecha* con su *mano derecha*?

Respuesta: Sí.

Para planificar el *multi-looping*, podemos pensar en una escalera en la cual el penúltimo peldaño es el concepto útil que conocemos y los peldaños anteriores son de menor intensidad al concepto que conocemos. Al momento de planificar el capítulo de contraexamen debemos ir más allá del concepto conocido (el penúltimo peldaño de la escalera) con un concepto de mayor intensidad al conocido pero que no es riesgoso, el que pasa a ser el último peldaño. Si el testigo niega este último concepto, se vuelve al concepto conocido aprovechando de reiterar los conceptos, útiles a la teoría del caso de quien contrainterroga. En el ejemplo propuesto:

TÍTULO: Vamos a hablar de esa discusión que usted tuvo con mi diente la noche de los hechos.

— Golpeó.

- Golpeó / cara.

- Golpeó / cara / mejilla derecha.
- Golpeó / cara / mejilla derecha / mano derecha (penúltimo peldaño).
- Golpeó / cara / mejilla derecha / mano derecha / Marca (concepto adicional).
- Golpeó / cara / mejilla derecha / mano derecha (meta capítulo contra).

2.5. ¿oqcv/^-espontáneo

En el *looping-espontáneo* lo que hace el abogado que realiza el contraexamen es que toma las palabras que el propio testigo señala en su declaración, las que el testigo jamás podrá negar y las utiliza en una serie de preguntas para destacar un hecho que es favorable a la teoría del caso de quien contraexamina.

PREGUNTA: ¿Usted venía a exceso de velocidad el día del accidente?

Respuesta- No, yo no diría eso, solo un poco más rápido.

PREGUNTA: ¿Un *poco más rápido*, como para no poder frenar cuando vio a mi representado?

Respuesta: Bueno, sí, no pude frenar.

PREGUNTA: ¿Un *poco más rápido* que lo hizo chocar a mi representado?

Respuesta: Sí.

PREGUNTA: ¿Un *poco más rápido* que lo convirtió en el único que no pudo frenar de los vehículos que transitaban junto a usted?

Respuesta: Sí.

PREGUNTA: ¿Un *poco más rápido* que lo convirtió en el único que impactó al vehículo de mi representado de los vehículos que transitaban junto a usted?

Respuesta: Sí.

Al usar esta técnica debemos estar atentos a no repetir cualquier palabra que el testigo señale, por muy impactante que esta sea, solo debemos repetir aquellas palabras que sean útiles a nuestra teoría del caso.

3. El señuelo

3.1. Introducción

Cuando quien contraexamina está obteniendo lo que busca durante su contraexamen, aparece una respuesta que parece favorable a la teoría

del caso de **quien interroga**, pero que en **realidad lleva a un terreno más seguro o menos dañino al propio testigo**. Esa **respuesta** es lo que se **conoce** como un *señuelo*. En otras palabras el *señuelo* aparece como una respuesta útil para quien contraexamina, quien creyendo que de abarcar durante el contraexamen el tema propuesto por el testigo logrará hacer más daño a la credibilidad del testigo suele modificar su capítulo de contraexamen y tomar el *señuelo*.

El hecho de tomar el *señuelo* y desviarse en el orden planificado por el abogado para el contraexamen es perjudicial. Como se expuso en el Capítulo VIII (Secuencia del contraexamen), el litigante al momento de planificar los capítulos de contraexamen debe determinar la secuencia de estos, pensando en ser lo más persuasivo posible para dar cumplimiento al objetivo particular del contraexamen. El solo hecho que el testigo termine cambiando el orden del contraexamen será útil para el testigo.

La respuesta que constituye un *señuelo* debe ser diferenciada de una respuesta que es útil para un contraexamen. Volvamos al ejemplo del interrogatorio del fiscal al testigo de conducta presentado por la defensa, testigo que durante el concontrainterrogatorio ha reconocido no conocer las actividades laborales del imputado, ha señalado no conocer a los integrantes de la familia del imputado y asimismo el testigo señala no conocer mucho al imputado, esa última respuesta no es un *señuelo* si no la meta del capítulo del contraexamen del fiscal y deberá ser destacada por el fiscal, en su contraexamen para luego repetirla en el alegato de clausura.

El *señuelo* lo que ofrece al abogado que contraexamina es todo un capítulo inesperado, desconocido, que supuestamente constituye una área nueva donde restar más credibilidad al testigo, pero que en realidad por ser desconocida, es beneficiosa para quien sí la conoce: el testigo.

Son especialmente peligrosos los *señuelos* dados por los testigos profesionales,²⁴³ quienes al sentirse incómodos, y conocer muchas de las preguntas que suelen hacer los abogados, los intentan llevar a áreas desconocidas para el abogado, en que ellos pueden moverse más libremente.

Por último, el *señuelo* siempre es peligroso en atención a que de abrirse un área nueva de contraexamen normalmente no existirá respaldo para controlar la veracidad de lo que el testigo responde, por lo cual este podrá contestar con absoluta libertad sin que el abogado pueda demostrar la falsedad de sus dichos.

²⁴³ Entendiendo por testigo profesional aquel que por su trabajo regularmente acude al tribunal.

3.2. *Señuelo* en el capítulo

La respuesta que constituye un *señuelo* puede aparecer durante un capítulo determinado de contraexamen. El problema que representa tomar los *señuelos* que los testigos nos presentan en un capítulo determinado de contraexamen, es lo ya advertido, normalmente el testigo sufre menos daño que el que realmente habría sufrido en el caso que el abogado hubiera realizado todas las preguntas que tenía planificadas para el capítulo de contraexamen.

PREGUNTA: ¿Usted no describió la altura de su atacante?

Respuesta-. No.

PREGUNTA: ¿Usted no describió los pantalones de su atacante?

Respuesta: No.

PREGUNTA: ¿La polera de su atacante?

Respuesta: No, ni tampoco su contextura, ni características generales.

PREGUNTA: Gracias por mencionarlo, ¿ni la contextura de su atacante?

Respuesta: No.

PREGUNTA: ¿Ni características generales?

Respuesta: No.

En este punto cuando el abogado defensor toma el *señuelo* entregado por la víctima abandona su orden de preguntas y deja de realizar las preguntas más importantes del capítulo de contraexamen, en la especie; que el atacante tenía un tatuaje característico que la víctima no describió, usaba cadenas, que la víctima no describió, etc. Preguntas que son de mayor importancia para la teoría de la defensa en orden a establecer que el reconocimiento de la víctima no es confiable.

En el ejemplo propuesto si quien contraexamina luego de haber tomado el *señuelo* intenta volver a las características no descritas por la víctima, lo más probable es que la contraparte objete señalando que es reiterativo²⁴⁴ y la línea de contraexamen parezca descontextualizada.

²⁴⁴ La objeción dirá que la pregunta es reiterativa toda vez que probablemente se señalará que el testigo informó que no se dieron características generales, con lo cual se debe entender que se incluyen las siguientes preguntas realizadas en el contraexamen. Esta objeción debe ser rechazada por los motivos expresados en el capítulo dedicado a las objeciones, las preguntas reiterativas solo son prohibidas cuando intentan engañar al testigo.

3.3. Hechos desconocidos

Esta es la categoría más común de *señuelo*-, es un hecho nuevo desconocido para quien contraexamina que cree que será útil para su teoría del caso. Este hecho le puede generar al abogado que contraexamina un subcapítulo nuevo de contraexamen. Como el abogado cree que el subcapítulo es seguro la tentación de tomar el *señuelo* es para algunos irresistible.

PREGUNTA: Sr. policía, ¿usted en esta investigación no aisló el sitio del suceso?

Respuesta: No.

PREGUNTA: ¿NO empadronó los testigos?

Respuesta: No.

PREGUNTA: ¿Usted en esta investigación no entrevistó a la víctima?

Respuesta: No.

PREGUNTA: ¿Usted en esta investigación no levantó las evidencias?

Respuesta: No. Ni tampoco hice muchas labores investigativas que normalmente se hacen en el sitio del suceso.

PREGUNTA: ¿ASÍ es, no hizo las labores investigativas mínimas en el sitio del suceso?

Respuesta: No, porque este sitio del suceso lo cubrimos una cuadrilla completa de investigadores y como yo soy el experto en huellas quien estaba a cargo de la investigación me encomendó levantar huellas del vidrio que había sido quebrado para el ingreso de la casa por lo cual tuve el tiempo y tranquilidad necesaria para obtener dos excelentes muestras de huellas que una vez procesadas en la unidad central lograron coincidencia con las huellas digitales de su cliente.

3.4. ¿Qué hacer con el *señuelo*?

La respuesta a esta pregunta es simple, quien contraexamina debe seguir con su capítulo de contraexamen y **resistirse a preguntar sobre los hechos desconocidos entregados por el testigo que parecen favorables o sobre áreas desconocidas** que parecen favorables.

Un **juicio** no es el momento **para descubrir hechos** por lo cual por favorable que aparezca el área que emana de la respuesta del testigo al ser desconocida no es aconsejable explotarla en el juicio. **La respuesta al señuelo es no tomarlo.**

3.5. Conclusión

Quien contraexamina debe estar atento a aquella información que entrega el testigo o perito que le parece favorable, reservarla y no abandonar el capítulo de contraexamen esperando realizar más daño a quien se contrainte-rroga. El solo hecho que esa nueva información desvíe al contraexaminador en la secuencia del contraexamen planificada, es perjudicial para el contraexaminador.

La dificultad de identificar el *señuelo* radica en que la respuesta entregada por el testigo puede confundirse con aquella que logra terminar el capítulo de contraexamen, la que debe ser escuchada y repetida al final del capítulo de contraexamen.

La diferencia entre el *señuelo* y la información útil para cerrar el capítulo de contraexamen dice relación con que el *señuelo* es una información nueva y desconocida para el contraexaminador, nos lleva a un área nueva o desconocida y la información que sirve para terminar un capítulo de contraexamen es solo una información útil o lógica para el contraexaminador. Como en todo contraexamen quien lo realiza debe escuchar atentamente al testigo o perito para lograr identificar la diferencia.

4. Contraexamen de peritos

4.1. Introducción

Antes de comenzar a analizar las técnicas específicas de interrogación de un perito, es necesario reseñar brevemente las normas de nuestro CPP que se refieren a la declaración de los peritos.

El artículo 329 inc. 3º del CPP señala que el perito comenzará su declaración exponiendo brevemente el contenido y las conclusiones de su informe y luego deberán sujetarse al interrogatorio de las partes.

La particularidad de la declaración de los peritos dice relación entonces con la circunstancia que los peritos primero declaran libremente y luego se sujetan al examen directo de quien presenta al perito y al contraexamen de la contraparte.²⁴⁵ El artículo 318 del CPP señala la improcedencia de la inhabi-

²⁴⁵ Lo cual, desde la perspectiva de la litigación, genera dificultades para el examen directo y no para el contraexamen.

litación de los peritos señalando que a los peritos se les pueden dirigir preguntas tendientes a determinar su imparcialidad e idoneidad así como el rigor técnico o científico de sus conclusiones. La forma entonces de desacreditar al perito está establecida en el artículo 318 del CPP y 309 del mismo cuerpo legal. Sin perjuicio de lo anterior en la APJO, los intervinientes podrán solicitar la exclusión del perito al tenor de lo prescrito en el artículo 276, en relación a los artículos 314, 315 y 316 todas normas del CPP.²⁴⁶

Asimismo, el artículo 319 del CPP señala que la declaración de los peritos se sujeta a las normas del artículo 329 del CPP y supletoriamente a las de los testigos. Por lo anterior, a los peritos les es plenamente aplicable el artículo 332 del CPP que faculta a los abogados para leer parte del informe del perito a efecto de: i) *ayudar a la memoria del perito*, ii) *demostrar contradicciones*, iii) *superar contradicciones*, o iv) *solicitar aclaraciones pertinentes*.

El artículo 297 del CPP señala que el tribunal puede apreciar la prueba con libertad pero no pueden contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia²⁴⁷ y los conocimientos científicamente afianzados. Esta norma debe relacionarse con el artículo 314 del CPP que señalan que proce-

²⁴⁶ Podrá solicitarse la exclusión de los peritos si algún interviniente no cumple con llevar a la APJO los comprobantes de idoneidad profesional del perito, el informe no cumple con contener lo señalado en el artículo 315 o si el informe no contiene suficientes garantías de seriedad y profesionalismo. Quizás en nuestro sistema en la sede del artículo 316 del CPP puede darse parte de la discusión que se ha dado en el sistema norteamericano a propósito de la Regla Federal de Evidencia 702 relacionado con la confiabilidad de los principios y métodos del peritaje y de la enmienda de dicha regla (dic. de 2000) que requiere que el testimonio del experto no solo debe ser relevante si no confiable. Sobre esto último, *The Art & Science of Trial Advocacy*, obra ya citada, pág. 375.

²⁴⁷ El concepto "máximas de la experiencia" es un concepto no definido y subjetivo que puede llevar a arbitrariedades, por lo anterior es que los autores han recomendado limitarlo. La CS en sentencia de 02.07.2003, Rol 1743-03, ha intentado una definición señalando: "*dicho de otro modo, que respeten las normas del silogismo; los principios, vivencias, proposiciones y enseñanzas adquiridas por los jueces durante su vivir y en ejercicio de la Junción judicial*".

La ltma. Corte de Concepción señala otra definición en causa rol 452-04: "*Son juicios hipotéticos, desligados de los hechos concretos que se juzgan, que proceden de la experiencia, pero son independientes de los casos particulares de cuya observación se han inducido y que, por encima de esos casos, pretenden tener validez para otros nuevos*".

COLOMA, RODRIGO, en *La prueba en el nuevo proceso penal oral*, Editorial LexisNexis, pág. 25, señala al respecto: "*Por su parte, el límite proveniente de las máximas de la experiencia es mucho más difuso, pues los enunciados que las conforman tienen su origen en creencias de sentido común (o aceptación masiva) que son utilizadas habitualmente en el ámbito de las decisiones judiciales*".

derá el informe de peritos en los casos determinados por la ley y siempre que para apreciar algún hecho o circunstancia relevante para la causa fueren necesarios o convenientes conocimientos especiales de una ciencia, arte u oficio.

Luego de la dictación de la Ley 20.074,²⁴⁸ publicada en el Diario Oficial de 14 de noviembre de 2005, la prueba pericial sufrió dos importantes modificaciones. La primera al artículo 329 del CPP en que se autorizó que para casos en que los peritos por algún motivo grave y difícil de superar no pudieran comparecer a declarar a la audiencia del juicio, puedan hacerlo a través de videoconferencia o a través de cualquier otro medio tecnológico apto para su interrogatorio y contrainterrogatorio. La segunda modificación fue al artículo 315 del CPP en que se autorizó a que las pericias consistentes en análisis de alcoholemia, de ADN y aquellas que recayeren sobre sustancias estupefacientes o psicotrópicas, pueden ser incorporadas al juicio oral mediante la sola presentación del informe respectivo, salvo que alguna de las partes solicitare, fundadamente, la comparecencia del perito a la audiencia de juicio oral.

Luego de la dictación de la Ley 20.074, el litigante que quiera contraexaminar a un perito referente a un peritaje de alcoholemia, ADN o aquellos referidos a sustancias estupefacientes o psicotrópicas, deberá solicitarlo en la APJO, a través de una solicitud fundada.

Respecto a la modificación del artículo 315 del CPP, solo dos reflexiones que pueden ser de utilidad para fundar una solicitud a efecto de exigir la comparecencia de los peritos a la audiencia de juicio oral. Parece del todo excesivo facultar a los intervinientes a incorporar los peritajes señalados en el artículo 315 del CPP sin que exista un real control de calidad de los mismos en el juicio oral a través del contraexamen, lo que demuestra una vez más que en nuestro sistema no está suficientemente claro el objetivo del contraexamen, desde el punto de vista de dar validez a la prueba. El contraexamen es la confrontación mínima para dar confiabilidad y credibilidad a la prueba, dando cumplimiento entre otras normas para el caso de la defensa a lo prescrito en el artículo 14, ap. 3, letra e), del PIDCP y artículo 8, ap. 2, letra f) del CADH, ambas normas

²⁴⁸ Es interesante destacar que por razones muy ajenas al Derecho Procesal el CPP, desde el año 2002 a abril de 2006, ha sido modificado por las siguientes leyes: Ley N° 20.090, Diario Oficial de 11 de enero 2006; Ley N° 20.074, Diario Oficial de 14 de noviembre de 2005; Ley N° 19.970, Diario Oficial de 6 de octubre de 2004; Ley N° 19.950, Diario Oficial de 5 de junio de 2004; Ley N° 19.942, Diario Oficial de 15 de abril de 2004; Ley N° 19.927, Diario Oficial de 14 de enero de 2004; Ley N° 19.919, Diario Oficial de 20 de diciembre de 2003; Ley N° 19.815, Diario Oficial de 11 de julio de 2002; Ley N° 19.806, Diario Oficial de 31 de mayo de 2002.

incorporadas al derecho chileno en virtud de lo prescrito en el artículo 5° inc. 2° de la Constitución Política de la República.

La segunda reflexión dice relación con que incluso en países mucho más desarrollados que el nuestro se ha demostrado que los laboratorios de ADN cometen errores,²⁴⁹ por lo cual siempre será un tema debatido el rigor científico de los análisis de ADN,²⁵⁰ o de sustancias psicotrópicas o de las alcoholemias, en especial en nuestro sistema en que normalmente en este tipo de peritaje ni siquiera se acompañan los protocolos.

Una vez analizadas en forma sucinta las normas sobre peritajes cabe analizar las técnicas especiales de contraexamen en el caso de los peritos y los motivos para desacreditar a un perito, los cuales en nuestro sistema deberán estar vinculados, entre otros, al artículo 318 del CPP.

4.2. Preparación

El contraexamen de peritos es extremadamente complejo, ya que en la mayoría de los casos el perito suele tener mayor conocimiento en la materia sobre la que declara que el propio abogado que lo contraexamina. En otras ocasiones el perito han declarado más veces que los juicios orales en que ha

²⁴⁹ Ver www.innocenceproject.org, link "Causes and remedies", "DNA", en que se exponen salvaguardas para los exámenes de ADN. También se expone que ante una auditoría externa al Virginia State Crime Lab, se concluyó que este había cometido serios errores y que el encargado de varios casos de importancia había cometido errores y que los mecanismos para detectarlos habían fallado. En este mismo sentido se ha demostrado que muchos imputados han sido condenados equivocadamente, por "expertos" que declaran sobre ciencias que realmente no son tales y procedimientos que no son científicos, lo que se conoce como "Junk Science".

²⁵⁰ En causa Rit: 3165-2002 del Juzgado de Garantía de Copiapó por el delito de estupro se realizaron pruebas de ADN para verificar si el imputado era el padre del recién nacido que nació del supuesto estupro. El primer examen de ADN realizado por el Ministerio Público dio con un 99,993% de certeza que el padre del menor era el imputado. Ante este resultado la Defensa hizo una prueba de ADN en un laboratorio particular que arrojó un 0% de probabilidad de paternidad del imputado. Ante este nuevo examen el Ministerio Público encargó una nueva pericia que confirmó la pericia de la defensa, señalando que el imputado no era el padre. Luego el Ministerio Público solicitó la facultad contemplada en el artículo 248 letra c) del CPP, esto es, no perseverar en la investigación a lo cual la defensa se opuso solicitando el sobreseimiento de la causa, el que fue finalmente dictado por la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Copiapó. El caso comentado constituye durante la vigencia de la reforma procesal penal un caso emblemático para demostrar que aún en las pericias de mayor complejidad y certeza se cometen errores.

participado el abogado que lo contraexamina. En síntesis su experticia en el tribunal y en el área sobre que declara suele ser mayor que la de los propios abogados.

Para lograr ser exitoso en el contraexamen de un perito el abogado litigante debe extremar su preparación a través de: la lectura del peritaje, la lectura de todo lo que ese perito ha publicado, la lectura de lo publicado referente a la materia del peritaje, la revisión del currículum vitae del perito y la conversación con el perito propio. Asimismo, el abogado litigante debe saber todo respecto del área de experticia que declara el perito. En este último aspecto es muy útil que nuestro propio perito nos informe acerca del peritaje de la contraparte. Nuestro propio perito debe ser nuestro principal aliado y señalarnos lo que debemos conocer y leer para atacar al perito de la contraparte.

Si el perito ha declarado en muchos juicios orales es esencial conocer sus peritajes anteriores, sus declaraciones anteriores y los resultados de sus declaraciones en las sentencias de esos juicios.

4.3. Técnicas específicas

Como todo contrainterrogatorio en el contraexamen de los peritos es esencial seguir las tres técnicas básicas del contraexamen (Capítulo VI) y dominar las técnicas de control del testigo (Capítulo VII).

Una buena forma de comenzar un contraexamen de un perito es usando al perito de la contraparte para acreditar a nuestro propio perito y su pericia. Específicamente a través del perito de la contraparte podemos acreditar a nuestro perito realizando preguntas que establezcan que las operaciones que realizó nuestro perito son las operaciones adecuadas para el peritaje y que la metodología aplicada por nuestro perito es la correcta. Todos estos antecedentes al ser de carácter general van a ser pacíficos durante el contraexamen del perito de la contraparte. Con ello estaremos validando nuestros medios de prueba a través de la prueba de la contraparte.

PREGUNTA: ¿Para aplicar un test de Rorschach es necesario un lugar cómodo?

Respuesta: Sí.

PREGUNTA: ¿Como una consulta privada?

Respuesta: Sí.

PREGUNTA: ¿Donde no existan interrupciones?

Respuesta: Sí.

PREGUNTA: ¿Siempre que se hace un diagnóstico psicológico es útil corroborar las conclusiones?

Respuesta: Sí.

PREGUNTA: ¿Con personas cercanas al evaluado?

Respuesta: Sí.

PREGUNTA: ¿Como sus familiares?

Respuesta: Sí.

PREGUNTA: ¿Como su cónyuge?

Respuesta: Sí.

PREGUNTA: ¿Compañeros de trabajo?

Respuesta: Sí.

PREGUNTA: ¿Vecinos?

Respuesta: Sí.

PREGUNTA: ¿Por otra parte es ideal evaluarlo en varias cesiones?

Respuesta: Sí.

PREGUNTA: ¿NO en una sola?

Respuesta: No.

Si el perito propio cumplió con todo lo preguntado al perito de la contraparte, estaremos validando la metodología aplicada por nuestro perito a través del perito de la contraparte, lo que aumentará su credibilidad.

Una advertencia final, en el Capítulo VIII de esta obra se analiza la secuencia del contraexamen y en él se señala que la regla general de secuencia de un contraexamen es que se reserven los dos mejores capítulos de contraexamen, uno para el comienzo y otro para el final. Asimismo, se señala que para el caso de elegir realizar un contraexamen que intente desacreditar a un testigo se debe comenzar con la desacreditación más clara y pertinente al efecto, modificando la secuencia general a seguir en un contraexamen.

Pues bien, si el contraexamen al perito tendrá como objetivo su desacreditación, el primer capítulo de contraexamen debe ser uno referente a su desacreditación y no el señalado en este acápite.

4.4. Atacar la idoneidad del perito, el rigor técnico o científico de sus conclusiones

Es bastante común que la metodología y procedimientos seguidos por algunos peritos no se atengan a los procedimientos y metodologías que cier-

tos peritajes requieren. Por otra parte, los datos con que muchos peritos evacúan sus peritajes son insuficientes a la luz de la complejidad del caso. Si algo ha cambiado con la reforma procesal penal es la complejidad de los peritajes. El nuevo sistema procesal penal hace que los peritajes deban ser completos y que quien decide —los jueces— al momento de validar o no un peritaje, no solo se preocupa de sus conclusiones si no que de todo cuanto concierne al peritaje. Una forma de atacar la validez de un peritaje es demostrando que los datos con que se arribó a las conclusiones son insuficientes.

PREGUNTA: Sra. psicóloga, ¿usted ha señalado que mi defendido tiene personalidad antisocial?

Respuesta: Sí.

PREGUNTA: ¿Las personas que padecen de personalidad antisocial tienen problemas con sus parejas?

Respuesta: Sí.

PREGUNTA: ¿Las personas que padecen de personalidad antisocial tienen problemas con sus vecinos?

Respuesta: Sí.

PREGUNTA: ¿Las personas que padecen de personalidad antisocial tienen problemas en la escuela cuando niños?

Respuesta: Sí.

PREGUNTA: ¿Las personas que padecen de personalidad antisocial tienen problemas con sus hijos?

Respuesta: Sí.

PREGUNTA: ¿Usted no entrevistó a la pareja anterior de mi defendido?

Respuesta: No.

PREGUNTA: ¿Usted no entrevistó a los vecinos de mi defendido?

Respuesta: No.

PREGUNTA: ¿Usted no entrevistó a los compañeros de escuela de mi defendido?

Respuesta: No.

PREGUNTA: ¿Usted no entrevistó a los vecinos de mi defendido?

Respuesta: No.

PREGUNTA: ¿Usted no sabe si mi defendido tiene problemas con su actual pareja?

Respuesta: No.

PREGUNTA: ¿Usted no sabe si mi defendido tuvo problemas con sus anteriores parejas?

Respuesta: No.

PREGUNTA: ¿Usted no sabe si me defendido tiene problemas con sus hijos?

Respuesta-. No.

PREGUNTA: ¿Usted no sabe si me defendido tiene problemas con sus vecinos?

Respuesta-. No.

PREGUNTA: ¿Usted no sabe si mi defendido tuvo problemas de convivencia en la escuela?

Respuesta: No.

La idoneidad del perito, el rigor técnico o científico de sus conclusiones se puede atacar por varias razones, tales como: i) Falta de antecedentes para realizar el peritaje, ej: el perito en un accidente de tránsito no visitó la escena del accidente, ii) El perito no recogió toda la información necesaria para realizar el peritaje, iii) La metodología para arribar a las conclusiones no es la adecuada; ej.: el perito no siguió todos los pasos necesarios para realizar un buen peritaje, o iv) El peritaje no cubrió todas las áreas incluidas en el asunto controvertido.

4.5. Falta de experticia

Otra forma de atacar la credibilidad de un perito es la circunstancia que el perito es un perito presentado para todas las materias de la profesión u oficio que este perito profesa o declara más allá del área en que realmente tiene experticia. El ataque de credibilidad se da ya que nadie puede ser experto en todas las materias de su disciplina o porque el perito está declarando más allá de su experticia. Puede ser efectivo que el perito sea experto en huellas, pero no en ADN y el perito comienza a declarar acerca de una pericia de ADN.

PREGUNTA: ¿Usted ha declarado muchas veces en juicio?

Respuesta: Sí.

PREGUNTA: ¿Este año ha declarado 8 veces?

Respuesta: No recuerdo el número exacto.

PREGUNTA: ¿Siempre ha declarado en representación del Ministerio Público?

Respuesta: Sí.

PREGUNTA: ¿Este año usted declaró en un caso seguido por el Ministerio Público, en contra de X, por homicidio, en el mes de febrero?

Respuesta: Sí.



PREGUNTA: ¿En ese caso su declaración versó sobre la imputabilidad del imputado?

Respuesta: Sí.

PREGUNTA: ¿Al efecto usted requería aplicación de test para adultos?

Respuesta: Sí.

PREGUNTA: ¿Usted trabaja en un servicio auxiliar de la labor del Ministerio Público?

Respuesta: Sí.

PREGUNTA: ¿El Ministerio Público estimaba que el imputado era imputable?

Respuesta: No sé esa respuesta.

PREGUNTA: ¿Usted concluyó que el imputado era imputable?

Respuesta: Sí.

PREGUNTA: ¿Luego usted declaró en marzo de este año?

Respuesta: Parece.

PREGUNTA: ¿En un caso seguido en contra de X por abuso de menores?

Respuesta: Sí.

PREGUNTA: ¿En esa ocasión usted habló de la credibilidad del relato de la menor?

Respuesta: Sí.

Respuesta: ¿Existen expertos para aplicar test a menores?

PREGUNTA: SÍ.

PREGUNTA: ¿Técnicas especiales?

Respuesta: Sí.

PREGUNTA: ¿Ya nos dijo usted que trabaja en un servicio auxiliar de la labor del Ministerio Público?

Respuesta: Sí.

PREGUNTA: ¿El Ministerio Público estimaba que la menor era creíble?

Respuesta: No sé esa respuesta.

PREGUNTA: ¿Usted concluyó que la menor era creíble?

Respuesta: Sí.

PREGUNTA: ¿Luego usted declaró en mayo de este año?

Respuesta: Sí.

PREGUNTA: ¿En el caso seguido en contra de X?

Respuesta: Sí.

PREGUNTA: ¿El elemento pericial era el supuesto daño psicológico de la víctima?

Respuesta: Sí.

PREGUNTA: ¿Usted hizo una terapia?

Respuesta: Sí.

PREGUNTA: ¿Vino a declarar ya no como evaluador si no luego de aplicar una terapia?

Respuesta: Sí.

PREGUNTA: ¿Fue ofrecido como perito por el Ministerio Público?

Respuesta: Sí.

PREGUNTA: ¿El Ministerio Público estimaba que la víctima estaba dañada psicológicamente?

Respuesta: Supongo.

PREGUNTA: ¿Usted concluyó que la víctima estaba dañada psicológicamente?

Respuesta: Sí.

Para esta clase de ataque a la imparcialidad e idoneidad del perito es necesario seguir un orden en la creación de los capítulos de contraexamen: i) el nombre y fecha del caso; ii) la naturaleza de la materia sometida al conocimiento del perito; iii) los requisitos y conocimientos específicos para el peritaje, y iv) las circunstancias de que el perito siempre trabaja para la misma persona.

4.6. Interés o parcialidad

El demostrar la parcialidad o interés del perito es una forma de restarle credibilidad al testimonio del perito. La forma más evidente de atacar la credibilidad de un perito es preguntar acerca de la remuneración recibida. En el caso de nuestro sistema, el Ministerio Público realiza sus pericias a través de las policías y organismos auxiliares. Algunos de estos organismos tienen una vinculación estrecha con el Ministerio Público y en el caso de las policías estas reciben órdenes de parte de los fiscales del Ministerio Público.²⁵¹

En el caso de la Defensoría Penal Pública, según lo dispuesto en el artículo 20 letra h) de la Ley 19.718,²⁵² corresponde al Defensor Regional autorizar la contratación de peritos para la realización de los informes que solicitaren los abogados que se desempeñen en la defensa penal pública y aprobar los gastos para ello. Por último, los querellantes particulares podrán ofrecer como prueba sus propios peritos, los que deberán ser sustentados por ellos mismos.

²⁵¹ Ver artículo 79 CPP que señala que las policías son auxiliares del Ministerio Público.

²⁵² Ley 19.718, crea la Defensoría Penal Pública, publicada en el Diario Oficial de 10 de marzo de 2001.

Las causas más frecuentes para desacreditar a un perito por carecer de imparcialidad o tener interés en el resultado del juicio son:

- El perito tiene un trabajo relacionado con la parte que lo presenta.
- El perito siempre declara para la misma parte.
- El perito siempre llega a la misma conclusión.
- El perito tiene un interés pecuniario relacionado con la parte que lo presenta, artículo 318²⁵³ del CPP.
- El perito tiene una posición determinada sobre el hecho materia de la pericia que está sostenida en forma pública.²⁵⁴

Cualquiera de los motivos anteriormente señalados servirá para atacar la credibilidad de un perito. En todo caso es muy difícil que solo por alguno de estos hechos se logre desacreditarse a un perito por lo cual el ataque a su credibilidad no debe centrarse solo en alguno de los motivos antes señalados. Es importante finalmente reiterar que el nuevo sistema procesal penal abandonó el concepto de los peritos inhábiles.

4.7. Bases equivocadas

Todos los peritos al momento de realizar una pericia suponen ciertos hechos. Así, quien investiga una causa de reconocimiento cree la versión de la víctima en cuanto a la luminosidad del lugar al momento del ataque, establece como base el estado físico de la víctima en cuanto a si la víctima estaba cansada o no al momento del ataque, si había bebido alcohol, si había dormido, etc.

Quien prepara un contraexamen de un perito debe identificar qué hechos dio por establecidos el perito al momento de evacuar su pericia. Duran-

²⁵³ El artículo 318 del CPP es uno de los pocos casos en que nuestro Código señala que el tribunal puede hacer preguntas a quienes declaran ante él, al señalar que "...el tribunal requiere información al perito acerca de su remuneración y la adecuación de ésta a los montos usuales para el tipo de trabajo realizado". La norma del proyecto original propuesta por el Ejecutivo era el artículo 240, el cual estaba redactado en los mismos términos, su encabezado era improcedencia de inhabilitación. La norma parece totalmente asistémica en el marco de un juicio acusatorio, al facultar al tribunal a preguntar respecto de los honorarios de los peritos toda vez que hace que el tribunal se ponga en una situación de parcialidad a través de sus preguntas.

²⁵⁴ Un ejemplo de ello sería el caso de un psiquiatra que tiene una tesis publicada en que sostiene que cierta patología psiquiátrica no afecta la imputabilidad.

te el contraexamen se puede atacar las conclusiones del peritaje atacando cualquier hecho incorrecto supuesto por el perito y que estableció como base, que necesariamente lo llevan a una conclusión incorrecta. Lo anterior se puede lograr demostrando: i) Que el hecho supuesto por el perito carece de base en los hechos probados en la causa; ii) El hecho es incompatible con la lógica.

Otra forma de atacar las conclusiones es atacar los hechos que hacen que el peritaje carezca de rigor científico.

PREGUNTA: ¿Sr. psicólogo, en una causa de reconocimiento es importante la luminosidad del lugar del ataque?

Respuesta: Sí.

PREGUNTA: ¿En una causa de reconocimiento es importante el hecho que la víctima haya podido ver bien a su atacante?

Respuesta: Sí.

PREGUNTA: ¿En una causa de reconocimiento es importante estar atento al momento del ataque para recordar al atacante?

Respuesta: Sí.

PREGUNTA: ¿El cansancio afecta la capacidad cognitiva de los seres humanos?

Respuesta: Sí.

PREGUNTA: ¿El alcohol afecta la capacidad cognitiva de los seres humanos?

Respuesta: Sí.

PREGUNTA: ¿La falta de sueño afecta la capacidad cognitiva de los seres humanos?

Respuesta: Sí.

PREGUNTA: ¿Usted nos dijo que sabía, por la conversación con la víctima, que ella no había bebido?

Respuesta: Sí.

PREGUNTA: ¿Usted nos dijo que sabía, por la conversación con la víctima, que ella estaba descansada el día del ataque?

Respuesta: Sí.

PREGUNTA: ¿Usted nos dijo que sabía, por la conversación con la víctima, que había dormido mucho el día antes del ataque?

Respuesta: Sí.

PREGUNTA: ¿Usted no sabía que la víctima estuvo en una fiesta la noche anterior del ataque?

Respuesta: No.

PREGUNTA: ¿Usted no sabía que la víctima en esa fiesta terminó una larga relación sentimental?

Respuesta: No.

\\ CORTE
SUPREMA
• BIBLIOTECA)

PREGUNTA: ¿LO que la tenía muy triste?

Respuesta: No.

PREGUNTA: ¿LO que la hizo beber mucho esa noche?

Respuesta: No.

PREGUNTA: ¿Usted no sabía que el lugar del ataque es un lugar oscuro?

Respuesta: No.

PREGUNTA: ¿Si la víctima había bebido mucho alcohol la noche del ataque sus capacidades cognitivas pudieron estar afectadas?

Respuesta: Sí.

PREGUNTA: ¿Si la víctima no había dormido, sus capacidades cognitivas pudieron estar afectadas?

Respuesta: Sí.

PREGUNTA: ¿Si el lugar del ataque es un lugar oscuro, las posibilidades de ver al atacante son menores?

Respuesta: Sí.

PREGUNTA: ¿ESOS son factores que restan certeza al reconocimiento?

Respuesta: Sí.

PREGUNTA: ¿ESOS factores hacen variar el grado de certeza con que usted informó el reconocimiento en esta causa?

Respuesta: Sí.

PREGUNTA: ¿Ese grado de certeza ya no sería altamente probable?

Respuesta: No.

Si el perito acepta que de haber conocido los datos entregados durante el contraexamen, sus conclusiones no serían las mismas y el valor del peritaje se verá cuestionado.

Por último y relacionado con lo tratado en este acápite, en nuestro sistema la defensa tiene derecho a acceder a la cosa a periciar o personas a periciar durante el curso de la investigación o en la APJO invocando el artículo 320 del CPP, que permite a los peritos de la defensa acceder al objeto a periciar e inclusive a personas que pueden ser objeto de pericias durante una investigación criminal, tales como víctimas del delito.²⁵⁵ Lo anterior evita que el pe-

²⁵⁵ Es interesante destacar que en muchos casos la defensa ha solicitado al juez de garantía que permita a sus peritos psicólogos periciar a la víctima de delitos sexuales a lo que los jueces de garantía han accedido. A dichas solicitudes normalmente el MP se ha opuesto. En Chillan en causa 423-2004 del Juzgado de Garantía de Chillan, en audiencia de 15 de junio de 2004, en causa sobre delito de abuso sexual en que se discutía el cierre de la investigación y solicitud de

rito de la defensa sea atacado en la idoneidad de su peritaje por no haber accedido a las cosas materia de la pericia.

4.8. Contrastarlo con el peritaje propio

En muchos juicios cada parte lleva sus propios peritos, los que en algunos casos tiene opiniones contradictorias sobre el asunto sometido a su experticia. En estas circunstancias el tribunal deberá inclinarse por alguno de los peritos que deponen en audiencia, los títulos y grados del perito serán un factor determinante al momento que el tribunal tome la decisión acerca de qué peritaje dará mayor valor. Una forma de atacar la credibilidad del perito de la contraparte es atacando los títulos, preparación y experticia del perito en comparación con el perito propio.

PREGUNTA: ¿Sr. X, en la psiquiatría existen diferentes especialidades?

Respuesta: Sí.

PREGUNTA: ¿Una de ellas es la psiquiatría forense?

Respuesta: Sí.

PREGUNTA: ¿Esta especialidad se dicta fuera de Chile?

Respuesta: Sí.

la defensa para que el juez de garantía dictara las instrucciones necesarias para que el perito psicólogo de la defensa examinara al menor, el tribunal accedió a la pericia. El SENAME dedujo recurso de protección a favor de la víctima, el que fue rechazado por la Corte de Apelaciones de Chillán en sentencia de 27 de julio de 2004, Rol 2994-2004, la que en su considerando 6º señala: "6º) *Que, en cuanto, el recurrente sostiene que la disposición antes citada en ninguna parte hace referencia a la víctima y en todo caso a persona alguna y que la resolución recurrida considera a la víctima como un objeto. documento o lugar, ello ha quedado plenamente desvirtuado con el mérito del informe del juez recurrido, donde consta que la resolución en cuestión fue objeto de un extenso período de estudio en un tiempo de receso decretado para tal efecto estimándose que la intervención del perito se produce según lo expresa la frase final del art. 320 del CPP para cualquier otro fin pertinente.* 7º) *Que, en consecuencia, habiéndose concluido que el señor juez de garantía de Chillán actuó dentro de la esfera de sus atribuciones, su decisión no es ilegal...*". Esta resolución fue apelada por el Ministerio Público ante la Excelentísima Corte Suprema, apelación rechazada el 17 de agosto de 2004, causa Rol N° 3402-04. Otras Cortes de Apelaciones han resuelto en el mismo sentido las acciones de protección deducidas. CA de Antofagasta, Rol 765-04,22/10/04 y CA de Talca, Rol 1098-05, 27/08/05, ratificada por la CS, Rol 5025-05,27/10/05. Existen muchos otros casos en que la defensa intenta periciar armas u otros objetos que se reúnen durante el curso de la investigación para lo cual también se invoca el artículo 320 del CPP

PREGUNTA: ¿Uno de los países en que se dicta es en Argentina?

Respuesta: Sí.

PREGUNTA: ¿Donde existen buenos especialistas?

Respuesta: Sí.

PREGUNTA: ¿Esta especialidad está relacionada con el ámbito legal?

Respuesta: Sí.

PREGUNTA: ¿Usted nunca ha hecho estudios de psiquiatría forense?

Respuesta: No.

PREGUNTA: ¿Nunca ha salido de Chile a especializarse?

Respuesta: No.

PREGUNTA: ¿LOS conocimientos teóricos enseñados en esos estudios posteriores usted no los tiene?

Respuesta: No.

El ejemplo propuesto supone que el perito propio sí tenga los estudios específicos señalados en el contraexamen.

4.9. Calificaciones

También se pueden atacar las calificaciones o títulos del perito. Esto trae aparejado a lo menos dos ideas: i) Los estudios del perito, y ii) La experiencia del perito en el área del peritaje. Un perito que tiene grandes estudios en un área particular pero no tiene experiencia práctica puede perder fácilmente credibilidad ante el tribunal. Lo mismo sucede si el perito carece de la debida preparación teórica.

Si un perito tiene gran educación en una área determinada, pero no específicamente en el asunto a periciar; una buena técnica para atacar el valor del peritaje será construir todo un capítulo de contraexamen que demuestre los conocimientos teóricos del perito en su especialidad y luego hacer notar que esa materia no es específicamente el punto a periciar en el caso concreto.

PREGUNTA: ¿Usted es médico?

Respuesta: Sí.

PREGUNTA: ¿Usted actualmente está haciendo su internado?

Respuesta: Sí.

PREGUNTA: ¿El internado dura tres años?

Respuesta: Sí.

PREGUNTA: ¿El internado es en el marco de su especialización?

Respuesta- Sí.

PREGUNTA: ¿Especialización en ginecología y obstetricia?

Respuesta- Sí.

PREGUNTA: ¿Este es el primer año?

Respuesta- Sí.

PREGUNTA: ¿AL cabo de los tres años usted será especialista?

Respuesta- Sí.

PREGUNTA: ¿Luego su especialidad debe ser reconocida?

Respuesta- Sí.

PREGUNTA: ¿Hoy usted no es un especialista en ginecología y obstetricia?

Respuesta- No.

Para preparar el ataque del perito por sus calificaciones o experiencia es especialmente útil tener presente que según lo prescrito en el artículo 314 del CPP en la APJO quien solicite que un perito sea citado ajuicio debe acompañar los comprobantes que acrediten la idoneidad profesional del perito que son a lo menos sus títulos y currículum vitae.

4.10. Atacar la credibilidad del perito con sus propios informes o publicaciones

4.10.1. PROPIOS INFORMES DEL PERITO. El artículo 332 del CPP señala expresamente que al perito se le puede leer partes o parte de su informe para demostrar una contradicción o solicitar una aclaración. Por lo anterior siempre el perito puede ser interrogado al tenor de su informe rendido en juicio (al efecto me remito a lo señalado en el Capítulo IX, de esta obra).

Asimismo y en virtud de lo prescrito en el artículo 318 del CPP el perito podrá ser interrogado al tenor del rigor científico y técnico de otros peritajes realizados por él, para demostrar al tribunal lo poco confiable de sus opiniones.

PREGUNTA: ¿Sr. psiquiatra, usted ha declarado 3 veces este año en este tribunal?

Respuesta- Sí.

PREGUNTA: ¿Siempre ha declarado acerca de la condición mental de los imputados?

Respuesta- Sí.

PREGUNTA: ¿Siempre ha declarado que los imputados no sufren de trastornos psiquiátricos?

Respuesta- Sí.

PREGUNTA: ¿LO que en su opinión hace que sean absolutamente imputables?

Respuesta- Sí.

PREGUNTA: ¿Sin embargo el primer imputado que usted perició don X, fue encontrado imputable disminuido por el tribunal?

Respuesta- Así creo que fue.

PREGUNTA: ¿El segundo imputado que usted perició don X, fue encontrado imputable disminuido por el tribunal en atención a un retardo mental y un daño orgánico?

Respuesta: Así creo que fue.

PREGUNTA: ¿Usted a ese imputado lo encontró con una inteligencia normal y deterioro orgánico normal para su edad?

Respuesta: Sí, creo que sí...

4.10.2. PROPIAS PUBLICACIONES O TESIS DEL PERITO. En el caso de atacar la credibilidad del perito con sus propias publicaciones, lo que se busca es desacreditar al perito por tener interés en el resultado del juicio. En estos casos es necesario establecer durante el contraexamen que el perito ha publicado una tesis u opinión respecto a un tema que lo hace parcial sobre la pericia que rinde en juicio.

El perito psicólogo da validez absoluta a un test para acreditar capacidad intelectual. Ese test es cuestionado como un instrumento certero para acreditar la capacidad intelectual. Si el perito declara en juicio acerca de la capacidad intelectual del periciado y solo ha aplicado el test que él defiende como instrumento válido para medir capacidad intelectual, su declaración no será imparcial ya que tiene un evidente interés en validar la herramienta de medición que según su tesis es certera a la hora de medir capacidad intelectual.

4.11. Atacar la credibilidad del perito con publicaciones²⁵⁶

Otra forma de atacar la calidad del peritaje es contrastar lo señalado por el perito con publicaciones que sean palabras autorizadas sobre el hecho peri-

²⁵⁶ Regulado en la regla federal de evidencia 803 de EE.UU. (18) que facultan para leer

ciado o metodología a aplicar en un peritaje. Aquí de lo que se trata es de impugnar la credibilidad del perito contrastándolo con una publicación que sea "la Biblia" en la materia discutida en el juicio. Para poder contrastarlo debemos seguir parte de los pasos ya explicados en el Capítulo IX de esta obra: Comprometer, acreditar y contrastar.

La contrastación no podrá hacerse, como en el caso de la desacreditación, en virtud de lo prescrito en los artículos 332 y 334 del CPP, ya que el testigo no reconocerá como propio lo señalado en la publicación. Sí se le puede leer la publicación en virtud de lo prescrito en el artículo 318 del CPP referido a la idoneidad.

PREGUNTA: ¿Algunos signos en el cuerpo de la víctima pueden dejar evidencia de una violación, no es cierto?

Respuesta: Sí.

PREGUNTA: ¿Lesiones externas en el cuerpo de la víctima?

Respuesta: Sí.

PREGUNTA: ¿Lesiones en sus órganos genitales?

Respuesta: Sí.

PREGUNTA: ¿En un delito de violación debe consignarse desfloración, antigua o reciente, no es cierto?

Respuesta: A veces.

PREGUNTA: ¿En este caso la violación que se imputa a mi representado es vaginal?

Respuesta: Sí.

PREGUNTA: ¿Usted sabía que era vaginal?

Respuesta: Sí.

PREGUNTA: ¿Las violaciones vaginales son difíciles de establecer?

Respuesta: Sí.

PREGUNTA: ¿Se deben seguir todos los pasos para acreditar o descartar la violación?

Respuesta: Sí.

PREGUNTA: ¿Usted sigue todos los pasos?

Respuesta: Sí.

PREGUNTA: ¿LOS pasos que cualquier médico legista seguiría?

Respuesta: Sí.

publicado^{nes} u e n d u r a n t e e l c o n t r a e x a m e n ^ D ; b e e s t a b l e c e r s e q u e l a p u b l i c a c i ó n t e n g a u n a a u t o r i d a d e n l a m a t e r i a y a s i m i s m o d e b e s e r c o n f i a b l e .

PREGUNTA: ¿LOS pasos que la literatura especializada describe para este peritaje?

Respuesta: Sí.

PREGUNTA: ¿Usted conoce al profesor Alberto Teke, autor del libro *Medicina Legal*?

Respuesta: Sí.

PREGUNTA: ¿El es uno de los autores más reconocidos en medicina legal?

Respuesta: Sí.

PREGUNTA: ¿Su libro es uno de los más reconocidos en la materia?

Respuesta: Sí.

PREGUNTA: ¿Usted conoce su obra?

Respuesta: Sí.

PREGUNTA: ¿Le voy a leer parte del libro del profesor Teke acerca del diagnóstico de violación?

Respuesta: Bien...

PREGUNTA: Diagnóstico de violación,²⁵⁷ debe consignarse desfloración antigua o reciente. La desfloración reciente se hace evidente por desgarros radiados del himen. ¿Eso dice el libro del profesor Teke, QUE SE DEBE VERIFICAR si hay desfloración?

Respuesta: Sí, eso dice.

PREGUNTA: ¿NO dice que "a veces" debe consignarse?

Respuesta: No, no dice...

Al usar este método debemos estar seguros de que el experto no tiene una buena razón para opinar diferente a la publicación con que se lo desacredita. Si la opinión de un perito es contraria a una publicación que es la "Biblia" en la materia sobre la cual el experto está declarando y esa opinión tiene suficiente fundamento, es posible que los jueces le den valor a lo declarado por el perito.

²⁵⁷ *Medicina Legal*, ALBERTO TEKE, Editorial Mediterráneo, segunda edición, 2001, Chile, pág. 285.

5. Contraexamen del testigo "no lo sé" o "no lo recuerdo"

5.1. Introducción

Normalmente cuando un testigo ha sido contrastado con una declaración anterior y se ha logrado demostrar al tribunal su contradicción comienza a contestar a través de un *"no lo recuerdo"* o *"no lo sé"*.

En la práctica de nuestros tribunales esta situación es de común ocurrencia, sobre todo en los casos en que el abogado que está contrainterrogando a efecto de demostrar una contradicción o restar validez a lo declarado por el testigo intenta exhibir una declaración anterior de aquellas no señaladas en el artículo 332 del CPP y el tribunal no se lo permite.²⁵⁸ Si el tribunal no permite que el abogado que contraexamina pueda exhibir un documento anterior en el cual queda de manifiesto la contradicción con lo señalado por el testigo en el juicio oral, el testigo se sentirá incentivado a contestar *"no lo recuerdo"* o *"no lo sé"*, ya que sentirá que su credibilidad no se ve amagada.

La situación para quien interroga es extremadamente compleja, el testigo ante cualquier pregunta responde *"no lo sé"* o *"no lo recuerdo"*, el tribunal no permite que el testigo lea partes o parte de documentos anteriores que él firmó, en que se demuestra que lo que declara en el juicio oral jamás lo informó o es contradictorio a lo que informó. Esta situación es especialmente grave con los testigos profesionales. El testigo cree estar ganando la batalla.

Existen técnicas para que aún en los tribunales que no permiten exhibir declaraciones o informes previos al testigo al tenor de lo prescrito en los artículos 332 y 334 del CPP, pueda socavarse la credibilidad de los testigos que responden *"no lo recuerdo"* o *"no lo sé"*.

La técnica de socavar la credibilidad del testigo que durante el contraexamen responde *"no lo sé"* o *"no lo recuerdo"*, tratada en esta sección no debe reemplazar a la desacreditación del testigo por omisión (tratada en el Capítulo IX), que es el caso en que el testigo agrega hechos en el juicio oral que jamás dijo en sus declaraciones previas.

En realidad las **técnicas** tratadas en esta sección **están creadas** para los casos en que el **abogado** durante el contraexamen **pregunta información**

²⁵⁸ Ver Capítulo IX: Contraexamen para desacreditar al testigo o su testimonio, acápite referido a la desacreditación con omisiones previas.

que el testigo no ha declarado antes pero que es lógico que el testigo conozca y que la **niega** a través de un *"no lo sé"* o *"no lo recuerdo"*, **ya que son hechos desfavorables, a la luz de la versión entregada por el testigo.**

Ante la problemática sucedida en algunos tribunales respecto a la desacreditación por omisiones previas según lo antes explicado (Capítulo IX, apartado 11.4.), esta técnica también puede ser usada en aquellos tribunales que no permiten el uso de declaraciones previas de aquellas distintas de las señaladas en el artículo 334 en relación al artículo 332 del CPP, para socavar la credibilidad de los testigos que señalan no recordar si lo que dicen en el juicio lo consignaron en su declaración o informe previo. Pero como se dijo, las técnicas tratadas en esta sección son para aquellos casos en que el testigo dice no recordar algo que es lógico suponer que debe saber y quien contraexamina quiere desacreditarlo ante el tribunal.

5.2. ¿Realmente no lo recuerda?

Existen hechos **en que es razonable que el testigo señale que no recuerda o no conozca.** El problema se produce cuando el testigo sobre un evento determinado recuerda todo lo que le favorece a su versión de los hechos y no recuerda todo lo que lo desfavorece a su versión de los hechos. En esta segunda hipótesis el abogado que contraexamina no puede dejar que el testigo conteste con un *"no lo recuerdo"* o *"no lo sé"* sin que la credibilidad del testigo se vea socavada.

La primera **cuestión a dilucidar** con esta **clase de testigos** es saber distinguir si **realmente no lo recuerda o no sabe** los hechos que se le preguntan o ésta es una **respuesta que acomoda más a la versión de los hechos entregada por el testigo.**

5.3. ¿No lo sabe o nunca lo supo?

Pueden existir hechos que razonablemente el testigo no sepa y que nunca haya sabido. Como en el caso anterior el problema se produce cuando el testigo sobre un evento determinado solo dice saber todo lo que favorece su versión de los hechos y dice no saber todo lo que perjudica su versión de los hechos a pesar que no es razonable creer que el testigo no haya sabido lo que se le está preguntando. En esta segunda hipótesis nuevamente el abo-

gado que contraexamina no puede dejar que el testigo conteste un "no lo recuerdo" o "no lo sé" sin que la credibilidad del testigo se vea socavada.

Bien, una vez establecido que existen hechos que no es razonable que el testigo no recuerde y que son hechos que el testigo razonablemente debe haber conocido, y que solo está respondiendo a través de un "no lo sé" o "no lo recuerdo" a efecto de no dañar su versión de los hechos, debemos analizar técnicamente cómo vamos a demostrar al tribunal que estas respuestas del testigo lo hacen un testigo parcial y poco creíble.

5.4. Lo sabe y no lo quiere recordar

Cuando un testigo comienza a contestar "no lo sé" o "no lo recuerdo" y lo razonable es pensar que él sí sabe la respuesta y no la quiere dar o sí recuerda la respuesta y no la quiere entregar, la labor de quien contraexamina es lograr demostrar al tribunal que es inadmisibles que el testigo no sepa o no recuerde, lo que se le está preguntando. Con lo anterior el tribunal restará valor al testimonio del testigo. Las bases para demostrar que las respuestas del testigo demuestran su parcialidad son dos: i) El testigo por su labor o conocimiento está obligado a saber lo que se le pregunta (carabineros, policías y peritos), y ii) Cualquiera persona sabría la respuesta.

Volvamos al caso de la detención de una persona en la vía pública por infracción a la ley de drogas, en que el policía dice que el imputado le dijo que estaba dedicado a la venta de droga y sin trabajo, información que el policía no consignó en el parte policial.

PREGUNTA: ¿Usted nos dijo que el imputado le confesó que estaba dedicado a la venta de droga?

Respuesta: Sí.

PREGUNTA: ¿Pero usted no incluyó en el informe de este procedimiento que el imputado le dijo que estaba dedicado a la venta de la droga?

Respuesta: No lo recuerdo.

PREGUNTA: ¿Usted hizo el informe de este procedimiento?

Respuesta: Sí.

PREGUNTA: ¿Ese informe lo hizo el mismo día del procedimiento?

PREGUNTA: ¿Ese informe incluye todos los hechos acaecidos en el procedimiento?

Respuesta: Sí.

PREGUNTA: ¿Todos los hechos que lleven a resolver el caso?

Respuesta: Sí.

PREGUNTA: ¿Que sean de utilidad para la investigación?

Respuesta: Sí.

PREGUNTA: ¿Una copia del informe se guarda en la unidad?

Respuesta: Sí.

PREGUNTA: ¿En la unidad policial en que usted actualmente trabaja?

Respuesta: Sí.

PREGUNTA: ¿El procedimiento sobre el que usted ha declarado hoy se verificó hace 8 meses?

Respuesta: Sí.

PREGUNTA: ¿A usted lo notificaron de este juicio hace 20 días?

Respuesta: Sí.

PREGUNTA: ¿Desde que el procedimiento acaeció y lo notificaron del juicio pasaron más de 7 meses?

Respuesta: Sí.

PREGUNTA: ¿Antes de declarar hoy usted conversó con el fiscal?

Respuesta: Sí.

PREGUNTA: ¿Leyó su informe?

Respuesta: Sí.

PREGUNTA: ¿Usted hoy nos dijo que el imputado al momento de la detención llevaba tres papelillos en el bolsillo trasero derecho del pantalón?

Respuesta: Sí.

PREGUNTA: ¿ESO está en su informe el que usted leyó antes del juicio?

Respuesta: Sí.

PREGUNTA: ¿Eso usted lo recuerda hoy?

Respuesta: Sí.

PREGUNTA: ¿Usted hoy nos dijo que el imputado al momento de la detención llevaba dos papelillos en el bolsillo delantero del pantalón?

Respuesta: Sí.

PREGUNTA: ¿ESO está en su informe, el que usted leyó antes del juicio?

Respuesta: Sí.

PREGUNTA: ¿ESO usted lo recuerda hoy?

Respuesta: Sí.

PREGUNTA: ¿Usted hoy nos dijo que el imputado al momento de la detención llevaba 5 papelillos en el calcetín derecho?

Respuesta-. Sí.

PREGUNTA: ¿ESO está en su informe, el que usted leyó antes del juicio?

Respuesta-. Sí.

PREGUNTA: ¿ESO usted lo recuerda hoy?

Respuesta-. Sí.

PREGUNTA: ¿Usted hoy nos dijo que el imputado al momento de la detención llevaba 1 papelillo en el calcetín izquierdo?

Respuesta-. Sí.

PREGUNTA: ¿ESO está en su informe, el que usted leyó antes del juicio?

Respuesta-. Sí.

PREGUNTA: ¿ESO usted lo recuerda hoy?

Respuesta-. Sí.

PREGUNTA: ¿Todos esos detalles los recuerda hoy porque leyó su informe?

Respuesta-. Sí.

PREGUNTA: ¿Pero usted hoy ha dicho a estos magistrados que la "supuesta confesión" del imputado no recuerda si fue parte de su informe?

Respuesta-. No, no lo recuerdo.

PREGUNTA: ¿El informe que leyó antes del juicio?

Respuesta-, Sí.

PREGUNTA: ¿Y que usted mismo confeccionó?

Respuesta-. Sí.

Bien, veremos que más no recuerda de este procedimiento...

La idea del contraexamen es restar validez a los dichos del policía relacionados con que el imputado supuestamente confesó estar dedicado a la venta de droga toda vez que esa supuesta confesión jamás fue incluida en el informe realizado por el policía respecto al procedimiento que declara en el juicio oral.

Como se explicó anteriormente, esta técnica también sirve para los casos en que el tribunal no permita desacreditar a un testigo por omisiones previas, pero esta técnica está pensada específicamente para el testigo que contesta "no lo sé" o "no lo recuerdo" y los hechos preguntados son de aquellos que evidentemente el testigo debe recordar, pero que dice no recordar o no saber para no hacer daño a la credibilidad de su versión de los hechos.

5.5. Solo recuerda lo que le favorece, lo demás "no lo sabe" o "no lo recuerda"

Cuando un testigo recuerda solo lo que favorece a su versión de los hechos, quien conainterroga debe graficar al tribunal lo improbable de tan selectiva memoria.

Suponga una testigo presentada por el Ministerio Público respecto de la agresión del acusado a la víctima. El acusado y la víctima eran compañeros de trabajo y habían tenido constantes discusiones, ya que la víctima tenía una relación amorosa con la cónyuge del acusado. El testigo era compañero de trabajo de ambos, pero amigo de la víctima y no del acusado. La teoría de la defensa es que el acusado agredió a la víctima ya que éste se jactó de su relación con la esposa del acusado.

DEFENSOR: Vamos a hablar del incidente que nos ha relatado, entre mi representado y don X (víctima).

PREGUNTA: ¿Usted nos ha dicho que recuerda que mi defendido golpeó a don X?

Respuesta: Sí.

PREGUNTA: ¿Esto usted lo presencié a no más de 10 metros?

Respuesta: Sí.

PREGUNTA: ¿Esto sucedió donde ustedes trabajaban?

Respuesta- Sí.

PREGUNTA: ¿Ustedes trabajaban en un galpón?

Respuesta- Sí.

PREGUNTA: ¿En el galpón se ve lo que todos hacen?

Respuesta- Sí.

PREGUNTA: ¿Entre sus compañeros de trabajo que trabajan en el galpón está mi defendido?

Respuesta: Sí.

PREGUNTA: ¿Y don X (la supuesta víctima)?

Respuesta: Sí.

PREGUNTA: ¿Usted además escuchaba constantemente las conversaciones entre mi defendido y la supuesta víctima en el lugar de trabajo?

Respuesta: Sí.

PREGUNTA: ¿Pero usted hoy solo recuerda la agresión de mi defendido a X?

Respuesta: Sí.

PREGUNTA: ¿NO recuerda si X discutió con mi defendido antes de la agresión?

Respuesta: No me acuerdo.

PREGUNTA: ¿NO se acuerda haber escuchado ninguna agresión de X a mi defendido antes del incidente que nos relató hoy?

Respuesta: No me acuerdo.

PREGUNTA: ¿NO se acuerda haber visto ninguna agresión de X a mi defendido antes del incidente que nos relató hoy?

Respuesta: No me acuerdo...

PREGUNTA: ¿No se acuerda de haber escuchado que X le gritara a mi defendido antes del incidente?

Respuesta: No me acuerdo...

PREGUNTA: ¿Supuestamente solo se acuerda de la agresión de mi defendido a la víctima?

Respuesta: Sí.

PREGUNTA: ¿Supuestamente solo de eso se acuerda de ese día de trabajo?

Respuesta: Sí, solo eso...

A través de este procedimiento y de acompañar testigos que señalen que sí hubo una discusión previa, se destruye la credibilidad del testigo, demostrando que solo se acuerda de lo que conviene a su versión de los hechos.

5.6. Conclusión

Cuando el testigo señala "*no lo recuerdo*" o "*no lo sé*", y en realidad el testigo sí sabe la respuesta a lo que se le ha preguntado, pero no quiere informar al tribunal, el abogado que contraexamina debe lograr graficar al tribunal que el testigo no quiere contestar derechamente las preguntas, demostrando lo poco lógica de sus respuestas. De lograrse lo anterior el tribunal deberá restar valor a lo declarado por el testigo.

Esta técnica también sirve para los casos en que el tribunal no deja desacreditar al testigo mediante contrastación por omisión con declaraciones anteriores del testigo aún cuando esta técnica no tiene por objeto reemplazar la desacreditación por omisión.

**CORTE
SUPREMA!**

BIBLIOTECA)

OMIIF)

6. Re-directo y nuevo contraexamen

6.1. Análisis

El artículo 329 inc. 5º del CPP, permite que el tribunal autorice un nuevo interrogatorio del testigo o perito que haya prestado declaración en la audiencia de juicio oral siempre que lo hubiere solicitado alguna de las partes.

Aun cuando el objetivo principal de este trabajo es analizar las técnicas de contraexamen, bien vale la pena indagar en los fundamentos que debe tener un litigante para solicitar una nueva interrogación de un testigo al cual ya se interrogó durante la audiencia de juicio oral.

La escasa doctrina nacional no aborda desde la perspectiva de la litigación oral la situación descrita en el artículo 329 inc. 5º del CPP. Algunos autores señalan que la norma tiene aplicación práctica a efectos de salvar la problemática cuando un testigo es presentado por más de un interviniente.²⁵⁹

La historia de la norma parece fundar la facultad de esta nueva interrogación en la posibilidad de complementar las declaraciones anteriores del testigo o perito, especialmente a la luz de otras declaraciones y pruebas que pudieren contradecir al testigo o perito.²⁶⁰ En este sentido es importante recordar que durante la tramitación del proyecto se abandonó la posibilidad de realizar careos, pero se mantuvo la posibilidad de nuevas interrogaciones al efecto de comparar las versiones dadas por los testigos.

En EE.UU.²⁶¹ se ha establecido que el objetivo de un re-directo es dar la oportunidad al testigo de refutar o disminuir los efectos de las impresiones negativas dejadas en el contraexamen. El objetivo del re-directo no es repetir el examen directo o rehacer el examen directo o preguntar los hechos olvidados en él.²⁶² El re-directo normalmente solo puede

²⁵⁹ MARÍA INÉS HORVITZ, obra citada, tomo II, pág. 295.

²⁶⁰ EMILIO PFEFFER URQULAGA, obra citada, pág. 496.

²⁶¹ La regla Federal de Evidencia 611 de EE.UU. a), no hace mención al re-directo y nuevo-contraexamen (Re-Cross). Lo anterior se ha dejado a la discreción del tribunal basado en la facultad de controlar el orden y forma de interrogar a los testigos y de presentar la evidencia, señalado en la regla 661 a). Ver *supra* nota 30.

²⁶² Sin perjuicio de lo señalado dado la facultad que le entrega al juez la regla federal de evidencia 611 a), el juez podría permitir que la parte que presentó al testigo en el re-directo preguntara asuntos relevantes que no se preguntaron en el primer examen directo.

tlZtZT

C N I O S m í S m o S t C m a S o t ó p i C o S d e l — e x a m e n , « e -

La posibilidad de **Uamar nuevamente a un testigo** luego del contraexamen **debe interpretarse a la luz de un principio acusatorio y contradictorio**, en que la facultad de decidir está separada de la facultad de sostener la acción penal, en que en el juicio la **evidencia ingresa por iniciativa de las partes**, juicio cuya misión principal es obtener una sentencia y cuyo **eje central es el debate**. Este **debate requiere** que la **información** que se ingrese al juicio pueda ser **controlada por los intervinientes**. En este contexto si durante un contrainterrogatorio aparece un hecho que socave la credibilidad del testigo quien presentó al testigo podrá volver a interrogarlo para acreditar su credibilidad respecto a ese hecho. Consecuentemente si durante el re-directo aparece un nuevo hecho deberá permitirse un nuevo contraexamen. Estos conceptos no son ajenos a nuestro CPP que contempla la posibilidad de replica en los alegatos de clausura y en la vista de los recursos existe una segunda oportunidad a efectos que los intervinientes formulen aclaraciones respecto a los argumentos vertidos en el debate, artículos 338 y 358, respectivamente, del CPP.

Otra razón para permitir una nueva interrogación a un testigo es para interrogarlo a la luz de prueba que se producirán con posterioridad en el juicio. El artículo 330 inc. 2º del CPP permite durante el contraexamen confrontar al testigo con otras versiones presentadas en el juicio, para lo cual deberá producirse en el juicio esa otra versión.

Por último, puede suceder que en un interrogatorio directo quien está interrogando al testigo quiera exhibirle una evidencia que será ingresada con otro testigo que aún no ha declarado en el juicio, es probable que deba retener al testigo hasta que esa evidencia sea incorporada.

6.2. Conclusión

En conclusión adicionalmente a las razones de orden práctico que justifican la norma del artículo 325 inc. 5º del CPP, deberán también permitirse a los intervinientes una nueva ronda de preguntas para los casos en que la dinámica de la litigación oral lo requiera, como lo es confrontar al testigo o perito con otras versiones de los hechos presentadas en el juicio y en especial

para contrastar la nueva información aparecida en el contraexamen y luego en el re-directo.

Cabe hacer presente que a efecto que los intervinientes puedan hacer uso de esta facultad deben hacerlo presente al tribunal al momento en que éste pregunte a los intervinientes si harán uso de la facultad de retener al testigo. En aquellos tribunales que no se acostumbre preguntar a los intervinientes acerca de la posibilidad de retener a los testigos, los intervinientes deberán solicitarlo antes que el tribunal informe al testigo que ha cesado su obligación de comparecer al tribunal, para que la solicitud no sea rechazada por extemporánea.

Por último, el litigante que quiera hacer un nuevo contraexamen luego de un re-directo deberá fundar su petición señalando que el nuevo contraexamen abarcará solo los temas que fueron objeto del re-directo y que no fueron objeto del examen directo del testigo.

Bibliografía

- BENNETT, CATHY E., *Creative Trial Preparation*, Apuntes para el curso del *Trial Practice Institute*, National Criminal Defense College, Macón, Georgia, EE.UU., 2003.
- BERGMAN, PAUL, *La defensa en juicio*, 2ª edición, Abeledo Perrot, Buenos Aires, Argentina.
- BLANCO SUÁREZ, RAFAEL, "Registro de las actuaciones de los Fiscales del Ministerio Público" en *Revista Procesal Penal*, Editorial LexisNexis Chile, N° 32, febrero de 2005.
- BLANCO SUÁREZ, RAFAEL; DECAP F., MAURICIO; ROJAS C., HUGO, Y OTRO, *Litigación estratégica*, Editorial LexisNexis, 2005.
- BOFILL GENZSCH, JORGE, "Alcance de la Obligación del fiscal de registrar sus actuaciones durante la investigación. Consecuencias de su incumplimiento en las diferentes etapas del procedimiento", Informe en Derecho encargado por la Defensoría Penal Pública.
- BOVINO, ALBERTO, *Principios políticos del procedimiento penal*, Editores del Puerto, Buenos Aires, Argentina, 2005.
- CERDA SAN MARTÍN, RODRIGO, *Etapas intermedia. Juicio oral y recursos*, Editorial Librotecnia, Santiago, Chile, 2003-
- CERDA SAN MARTÍN, RODRIGO, y HERMOSILLA IRIARTE, FRANCISCO, *El Código Procesal Penal. Comentarios, concordancias y jurisprudencia*, Editorial Librotecnia, 1ª y 2ª edición actualizada, 2003 y 2006, respectivamente.
- Código Penal Alemán StGBy CPP Alemán StPO*, Editorial Marcial del Pons, Madrid, España, 2000.

- Código Procesal Penal*, Editorial Jurídica de Chile, diciembre de 2000.
- COLOMA, RODRIGO, *La prueba en el nuevo proceso penal oral*, Editorial LexisNexis, Santiago, 2003.
- CONTÉ, MARIO G., *Cross-Examination Preparation*, Apuntes para el curso Trial Practice Institute, National Criminal Defense College, Macón Georgia, EE.UU., 2003.
- DANIELS, CHARLES W., *Using the Rules to Expose the Liar, the Fool, and the Trained Pig*, Trial Practice Institute, National Criminal Defense College, Macón, Georgia, EE.UU., 2003.
- DANTZLER, DERYL D., *Cross-Examination: Why Johnny Can't Lead*, apuntes para el curso Trial Practice Institute, National Criminal Defense College, Macón, Georgia EE.UU., 2003.
- Diccionario de la Lengua Castellana*, Editorial Universitaria, abril de 1999.
- DRESSLER, JOSHUE, *Understanding Criminal Procedure*, LexisNexis, 3ª edición, U.S.A.
- DUCE, MAURICIO, y BAYTELMAN, ANDRÉS, *Litigación penal. Juicio oral y prueba*, Ediciones Universidad Diego Portales.
- DUCE, MAURICIO, y RIEGO, CRISTIAN, *Introducción al nuevo sistema penal*, volumen 1, Universidad Diego Portales.
- FONTANET MALDONADO, JULIO E., *Principios y Técnicas de la Práctica Forense*, 2ª edición, Jurídica Editores, San Juan de Puerto Rico, 2002.
- GOODE, STEVEN, y GUY WELLBORN, OLIN, *Courtroom Evidence Handbook*, West Publishing Co., West Group, Student Edition, 2003-2004.
- HORVITZ LENNON, MARÍA INÉS, y LÓPEZ MASLE, JULIÁN, *Derecho Procesal Penal Chileno*, tomos I y II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2002 y 2004.
- KELLY, CATHY, "Trial by Design", en *Trial Practice Institute*, N C D C en su curso de verano, Macón, Georgia, EE.UU., 2003.
- KRIEGER, ALBERTJ., *Cross-Examination and Prior Inconsistent Statements or Try to Leave Before Redirect*, Apuntes para el curso del Trial Practice Institute, National Criminal Defense College, Macón, Georgia, EE.UU., 2003.

BIBLIOGRAFIA-

- LA FAVE, W.; ISRAEL, J., y KING, *Criminal Procedure*, West Group, 4ª ed., St. Paul MN, 2004.
- LEWIS, DAVID L., *Bulletproof Cross*, Apuntes para el curso Trial Practice Institute, National Criminal Defense College, Macón, Georgia, EE.UU., 2003.
- LOFTUS, ELIZABETH E., *Eyewitness Testimony*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, EE.UU., 2002.
- LUBET, STEVEN, *Modern Trial Advocacy Analysis and Practice*, National Institute for Trial Advocacy, second edition, 1997.
- MAIER, JULIO B.J., *Derecho Procesal Penal*, Fundamentos, tomo I, 2ª ed., Editores del Puerto, Buenos Aires, 2004.
- MAUET, THOMAS A., *Trial Techniques*, Aspen Publishers, 6ª ed., New York, 2002.
- MAUET, THOMAS A., *Trial Strategy, Skills, and the New Power of Persuasion*, Aspen Publishers Inc., New York, 2005.
- MÉNDEZ, MIGUEL ANGEL, "Prueba Pericial en Estados Unidos de América", en *La prueba en el nuevo proceso penal oral*, Editorial LexisNexis, Santiago, 2003.
- MONTERO AROCA, JUAN, "El principio acusatorio, un intento de aclaración conceptual", en *Revista Justicia* N° IV, Editorial Bosch, Barcelona, 1992.
- MONTERO AROCA, JUAN, "La garantía procesal penal y principio acusatorio", en *Revista La Ley* N° 3440, Madrid, 1994.
- NATIONAL CRIMINAL DEFENSE COLLEGE, *Trial Practice Institute*, Macón, Georgia, EE.UU., julio 2003.
- ORTIZ DE NORIEGA, JUAN, Y OTROS, *Código Penal Alemán StGB Código Procesal Penal Alemán StPO*, Marcial del Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Barcelona, Madrid, 2000.
- PERRIN, L. TIMOTHY; CALDWELL, M. T. CHELL H., y CHASE, CAROLA. *The Art Science of Trial Advocacy*, Anderson Publishing Co., Cincinnati, Ohio, 2003.
- PEFFERURQUIAGA, EMILIO, *Código Procesal Penal. Anotado y concordado*, Editorial Jurídica de Chile, 2ª edición, Santiago, 2006.

} CORTE
SUPREMA
1

- POLITOFF L., SERGIO, y ORTIZ QUIROGA, LUIS, *Texto y Comentario del Código Penal Chileno*, tomo I, Libro Primero Parte General, Editorial Jurídica de Chile, 2002.
- POZNER, LARRY S., *Preparing for The Snitch*, Apuntes para el curso del Trial Practice Institute, National Criminal Defense College, Macón, Georgia, EE.UU., 2003-
- POZNER, LARRY S., y DODD, ROGER, *Cross-Examination, Science and Techniques*, 1993 The Michie Company, Virginia, 1993.
- RENCH, STEPHEN C., *A Checklist Of Winning Cross-Examination Concepts And Techniques*, Apuntes para el curso del Trial Practice Institute, National Criminal Defense College, Macón, Georgia, EE.UU., 2003.
- RENCH, STEPHEN C., *Mistaken Identification Defense*, Apuntes para el curso, Trial Practice Institute, National Criminal Defense College, Macón, Georgia, EE.UU., 2003.
- ROXIN, CLAUDIUS, *Derecho Procesal Penal*, Editores del Puerto, Buenos Aires, Argentina, 2000.
- SCHÜNEMANN, BERND, "¿Crisis en el procedimiento penal? ¿Marcha triunfal del procedimiento penal americano en el mundo?", en *Temas actuales y permanentes del Derecho Penal después del milenio*, Editorial Tecnos (Grupo Anaya S.A.), España, 2002.
- SILVA JIMÉNEZ, ANA MARÍA, y DÍAZ GARCÍA, IVÁN, *Objeciones en el Nuevo Procedimiento Penal*, Cuadernos de Acceso, Escuela de Derecho Universidad Católica de Temuco.
- STRONG, JOHN W., Y OTROS, *McCormick on Evidence*, 5ª edición, West Group, St. Paul, Minn., Student Edition, 1999.
- TEKE, ALBERTO, *Medicina Legal*, Editorial Mediterráneo, 2ª edición, Santiago, 2001.
- VERGER GRAU, JOAN, "La técnica de las pruebas orales como presupuesto de eficiencia del juicio acusatorio", en *Revista Vasca Derecho Procesal y Arbitraje*, tomo XVI, enero N° 1, 2003.

Índice

<i>Abreviaturas</i>	9
<i>Introducción</i>	\ 1

CAPÍTULO I

Consagración legal del contraexamen

1. Introducción	13
2. Reconocimiento legal del contraexamen	14
3. El uso de preguntas sugestivas	17
4. Conclusión	20

CAPÍTULO II

Ambitos del contraexamen

1. Introducción	21
2. Ambitos del contraexamen en nuestro CPP.	22
2.1. Propios dichos del testigo.	22
2.2. Otras versiones presentadas en el juicio.	23
2.3. Imparcialidad, credibilidad e idoneidad	23
3. ¿Existen preguntas impertinentes en el contraexamen?	24
4. ¿Existe alguna vía para limitar el contraexamen ?	27
5. •Podría el tribunal, en el ejercicio de sus facultades, coartar a los intervinientes en su contraexamen?	27

CAPÍTULO III

Objetivos del contraexamen

1. Introducción	33
2. Los tres objetivos básicos del contraexamen	34
2.1. Obtener testimonio favorable del testigo.	34
2.2. Desacreditar el testimonio del testigo o desacreditar al testigo.	36
2.2.1. Atacando directamente al testigo, demostrando que es poco creíble.	36
2.2.2. Atacando el testimonio del testigo.	37
2.3. Limitar el testimonio del testigo.	38
2.3.1. Finalmente el propósito del contraexamen puede ser limitar el testimonio del testigo.	38
2.3.2. Otra razón para limitar el testimonio del testigo se verifica en aquellos casos en que es necesario neutralizar el testimonio del testigo adverso	39
3. Conclusiones.	41

CAPÍTULO IV

Preparación del contraexamen

1. Introducción	43
1.2. Conocer los antecedentes del caso.	45
1.3. Investigación	46
1.3-1. Ministerio Público.	46
1.3-2. Defensa.	47
1.4. Proceso de lluvia de ideas.	50
1.5. Teoría del caso.	51
1.6. Hechos imposibles de cambiar.	52
1.7. ¿Cómo encontrar los hechos imposibles de cambiar?	54
2. Preparación del contraexamen.	55
2.1. Proceso de lluvia de ideas del contraexamen.	55
2.1.1. ¿Quiénes participan en el proceso?.	56
2.1.2. Decidir el objetivo.	56
2.1.3. Identificar los hechos imposibles de cambiar	56
2.1.4. Buscar los hechos y frases más positivos.	57

2.1.5.	Agrupar los hechos	
2.1.6.	Reevaluar lo realizado	
3.	Sistemas de preparación del contraexamen	
3.1.	Sistema de preparación del contraexamen mediante la " " clasificación de la información por materia .	
3.2.	Sistema de preparación del contraexamen mediante la " " división de la información en sucesos o metas	
3.2.1.	Determinación de la secuencia de cada evento y su división en fragmentos.	60
3.2.2.	Aislar los hechos.	63
3.2.3.	Síntesis de cada testimonio en una sola ficha_____	64
3.3.	Clasificación de la información por testigo.	64
4.	Preparación de cada contraexamen en el cuaderno o archivador del juicio	66
4.1.	Hoja de contraexamen	67
4.2.	Escrituración de las preguntas.	69
4.3.	Principios de la "primacía" y de lo "último o más reciente"	72
4.4.	Uso de los principios de primacía y lo más reciente en la planificación de las preguntas de contraexamen.	73
4.5.	Vuelta a la muletilla o frase de control	75
4.6.	Forma de las preguntas.	76
4.7.	Características de las preguntas.	76
5.	Preparación del archivador del juicio.	76
6.	Conclusiones.	79

CAPÍTULO V

Capítulos de contraexamen

1.	Introducción	81
2.	Dividir los eventos en los hechos que los componen.	82
3.	¿Cuántos hechos debe abarcar cada capítulo?	83
3.1.	Un hecho por capítulo.	83
3.2.	Número de preguntas por capítulo.	84
4.	Construcción de capítulos.	85
4.1.	Introducción	85
4.2.	La búsqueda de metas para cada capítulo.	85
4.3.	Título del capítulo	87

PELAYO VIAL CAMPOS

4.4.	Poner los hechos en contexto.	89
4.4.1.	Las bases de un hecho.	89
4.5.	Metas negativas.	92
4.6.	Metas positivas.	94
4.7.	Sensaciones.	95
5.	Actitud para desarrollar un capítulo de contraexamen.	97
6.	Creación de capítulos de contraexamen bajo los principios de primacía y lo más reciente.	98
7.	Conclusión.	101

CAPITULO VI

Tres técnicas básicas

1.	Introducción.	103
2.	Use solo preguntas sugestivas.	104
3.	Un solo hecho por pregunta.	109
3.1.	Graficar en el contraexamen.	111
3.1.1.	Graficar situaciones.	112
3.1.2.	Graficar lugares.	113
4.	De lo general a lo específico.	115
5.	Conclusión.	116

CAPÍTULO VII

Control del testigo

1.	Introducción.	119
2.	Normativa legal.	122
3.	Técnicas de control.	122
3.1.	Técnicas generales de control.	123
3.1.1.	Desarrollar el contraexamen de pie.	123
3.1.2.	Mantener el contacto visual con el testigo.	123
3.1.3.	Permanecer de pie sin moverse.	123
3.1.4.	Escuchar la respuesta.	124
3.2.	Técnicas específicas de control.	124
3.2.1.	Preguntar y repetir.	124
3.2.2.	Preguntar, repetir y reversar.	125

INDICE

3.2.3.	Detenerse, fijar la pregunta y repetirla	126
3.2.4.	Uso de la mano	128
3.2.5.	Interrupción física	129
3.2.6.	Dejarlo hablar *"	129
3.2.7.	Escribir la pregunta_____	129
3.2.8.	Eso no contestó mi pregunta	130
3.2.9.	Su respuesta es afirmativa	130
3.2.10.	Si la respuesta verdadera es sí, usted responderá con un sí	130
3-2.11.	Uso del nombre formal	131
3.2.12.	Descarte	132
4.	Preguntas que hacen perder el control	132
4.1.	Abandonar las preguntas sugestivas	133
4.2.	Preguntas abiertas con final	133
4.3.	Preguntas conclusivas	134
4.4.	Preguntas de caracterización	134
4.5.	Preguntas acerca de lo declarado	135
4.6.	Preguntas que solicitan explicaciones	136
4.7.	Preguntas para conocer información	137
4.8.	La pregunta reiterativa	137
5.	Testigo que llora_____	138
5.1.	Lo que no debemos hacer	139
5.2.	Técnicas que funcionan	139
5.2.1.	Identificar la emoción	139
5.2.2.	Concentrarse en detalles	140
5.2.3.	Uso de evidencia	140
5.2.4.	Ritmo de las preguntas	141
6.	Conclusión	141

CAPÍTULO VIII

Secuencia del contraexamen

1.	Introducción	143
2.	Principio de primacía y lo más reciente en la secuencia del contraexamen	144
3.	No use el orden cronológico	145

4. Secuencia del contraexamen con testigo del cual se debe obtener testimonio favorable y neutralizar o atacar parte de su testimonio.	146
5. Secuencia del contraexamen para atacar la credibilidad del testigo o su testimonio.	147
6. Terminar con un capítulo y una meta pertinente e impactante ..	148
7. Establecer el control del testigo y luego contrainterrogar sobre capítulos de riesgo.	149
8. Cuando existen diferentes capítulos para impugnar la credibilidad del testigo comience con aquel en que la impugnación sea más clara.	150
9. Conclusión.	151

CAPITULO IX

Contraexamen para desacreditar al testigo o su testimonio

1. Introducción.	154
2. Ambitos para atacar la credibilidad de un testigo.	156
3. Técnicas para desacreditar a un testigo o su testimonio	156
4. Factores relevantes para valorar el testimonio de un testigo	157
5. Consideraciones tácticas: Importancia de la impugnación.	158
6. La actitud hacia el contraexamen.	159
7. Usar las frases y palabras precisas.	159
8. Mantener el control del testigo.	160
9. Buena fe.	160
10. Impugnación de la credibilidad de un testigo o perito con declaraciones previas inconsistentes.	161
10.1. Concepto.	162
10.2. Preparación de la inconsistencia antes del juicio.	162
10.3. Etapas para contrastar a un testigo o perito con sus declaraciones previas durante el juicio oral.	163
10.3.1. Primera etapa: El compromiso.	164
10.3.2. Segunda etapa: La acreditación.	167
10.3.3. Tercera etapa: Solicitud al tribunal para exhibir la declaración previa	168
10.3.4. Cuarta etapa: La confrontación.	169
10.3.5. Consideraciones finales.	171

11 • Impugnación de la credibilidad de un testigo en caso de omisiones	
11.2. Concepto	" ' "
11.3. Sustento legal	
11.4. Bases de la impugnación a través de contrastar por omisiones previas	yj3
11.5. Etapas de la impugnación de la credibilidad de un testigo o perito por omisiones previas	175
11.6. Problemas para la impugnación de la credibilidad por omisiones de un testigo o perito en la práctica de nuestros tribunales	179
12. Interés, prejuicio o motivación	181
12.1. Prejuicio o motivación	185
13. Impugnación por falta de capacidad para observar, percibir o recordar	185
13.1. Incapacidad para observar o percibir	185
13.2. Incapacidad para recordar	188
14. Impugnación con declaraciones no escritas	189
15. Impugnación de credibilidad de la declaración del testigo externas a su declaración	190
16. Impugnación con actos negativos y antecedentes pretéritos	193
16.1. Antecedentes pretéritos	193
16.2. Actos negativos	198
17- La impugnación de la credibilidad de un testigo a través del uso de declaraciones previas o documentos de la investigación en la práctica de nuestros tribunales	199
17.1. Introducción	199
17.2. Principios	200
17.2.1. Principio acusatorio	200
17.2.2. Principio de contradicción	202
17.3. Uso del artículo 332 del CPP	204
17.3.1. Fuentes	204
17.3.2. Análisis	206
17.3.3. Impugnación de la credibilidad de un testigo con documentos de la investigación distintos a los señalados en el art. 332 del CPP	206
17.4. Uso del artículo 334 del CPP	207

17.5. Uso del artículo 336 del CPP.	213
17.6. Uso del artículo 329 del CPP.	214
17.7. Jurisprudencia	215

CAPÍTULO X

Contraexamen sin declaraciones previas

1. Introducción	219
2. ¿Debo contraexaminar aun sin declaración previa?	222
3. Técnicas para desarrollar un contraexamen sin declaraciones previas.	223
3.1. Búsqueda de información.	223
3.1.1. Búsqueda de información en la APJO.	224
3.1.2. Otras fuentes de información.	226
3.1.3. Prepararse por tópicos.	226
3.2. Control de la ansiedad.	227
3.3. Cómo tomar notas.	227
3.3.1. En forma de capítulos.	228
3.4. Antes de comenzar el contraexamen identificar áreas para el contraexamen de las notas del examen directo	229
4. Durante el juicio.	229
4.1. Estar atento a las reacciones.	229
4.2. Respuestas que sorprenden al abogado que presentó al testigo.	230
4.3. Preguntas y respuestas precisas.	231
5. Contraexamen durante el juicio oral	231
5.1. ¿Cómo comenzar?	232
5.2. Sentido común y lógica	232
5.3. Preparar capítulos de contraexamen por tema	234
5.4. Testigo que se repite.	235
5.5. Aislar el testimonio del testigo_____	236
5.6. Impugnación de la credibilidad del testigo que no ha declarado previamente.	237
6. Consideración final para la defensa	238
7. Consideraciones finales para ambos intervinientes.	244
8. Conclusiones.	245

CAPÍTULO XI
Las objeciones en el contraexamen

1. Introducción	247
2. Definición	248
3. Objetivos	248
4. Fundamento	249
5. Ética de las objeciones	249
6. Forma de realizar las objeciones	250
7. Objeción a las preguntas de contraexamen	251
7.1. Objeciones de forma	252
7.1.1. Objeciones de forma expresamente señaladas en nuestro Código Procesal Penal	253
7.1.2. Objeciones de forma que satisfacen alguna de las hipótesis de nuestro CPP.	257
7.2. Objeciones de preguntas que solicitan información inadmisibles	260
7.2.1. Pregunta impertinente	262
7.2.2. Preguntas irrelevantes	263
7.2.3. Preguntas que exigen conclusiones a testigos sobre hechos que requieren opinión de peritos	264
7.2.4. Preguntas de opinión	266
7.2.5. Preguntas que vulneran el derecho a guardar silencio y no declarar por motivos personales	268
7.2.6. Preguntas especulativas	268
8. Conclusiones	269

CAPÍTULO XII
Algunas técnicas avanzadas de contraexamen

1. Introducción	271
2. Técnica para destacar hechos favorables	272
2.1. Etapas	272
2.2. <i>Doble-looping</i>	273
2.3. Contrastación	273
2.4. <i>Multi-looping</i>	274
2.5. <i>Looping-espontáneo</i>	276

3-	El <i>señuelo</i>	276
3.1.	Introducción.....	276
3.2.	<i>Señuelo</i> en el capítulo.	278
3.3.	Hechos desconocidos.	279
3.4.	¿Qué hacer con el <i>señuelo</i> ?	279
3-5-	Conclusión	280
4.	Contraexamen de peritos.	280
4.1.	Introducción.	280
4.2.	Preparación	283
4.3.	Técnicas específicas.	284
4.4.	Atacar la idoneidad del perito, el rigor técnico o científico de sus conclusiones.	285
4.5.	Falta de experticia	287
4.6.	Interés o parcialidad.	289
4.7.	Bases equivocadas.	290
4.8.	Contrastarlo con el peritaje propio.	293
4.9.	Calificaciones.	294
4.10.	Atacar la credibilidad del perito con sus propios informes o publicaciones.	295
4.10.1.	Propios informes del perito.	295
4.10.2.	Propias publicaciones o tesis del perito.	296
4.11.	Atacar la credibilidad del perito con publicaciones.	296
5.	Contraexamen del testigo "no lo sé" o "no lo recuerdo".	299
5.1.	Introducción.	299
5.2.	¿Realmente no lo recuerda?.	300
5.3.	¿No lo sabe o nunca lo supo?.	300
5.4.	Lo sabe y no lo quiere recordar.	301
5.5.	Solo recuerda lo que le favorece, lo demás "no lo sabe" o "no lo recuerda".	304
5.6.	Conclusión	305
6.	Re-directo y nuevo contraexamen.	306
6.1.	Análisis.	306
6.2.	Conclusión.	307
	<i>Bibliografía</i>	309