

La importancia del contraexamen de testigos en la teoría del caso¹.

*Maximiliano Bagnat*²

El cambio de paradigma que afrontamos en la provincia de Neuquén con el modelo acusatorio de tinte adversarial implica ver al delito como un conflicto de intereses. Sin ir más lejos, el antiguo fin del proceso penal de averiguación de la verdad se contraponen al nuevo objeto regulado por el art. 17 de nuestro digesto ritual. Frente a esta contienda, los interesados son llamados a impregnar del dinamismo necesario la actividad procesal a fin de que el órgano jurisdiccional falle a su favor. Así, el juez queda desplazado por las partes de este rol protagónico y de su función acusatoria, limitándose a controlar el respecto de las garantías del debido proceso y la observancia de los derechos constitucionales y formular adecuados y fundados juicios de valoración y decisión de las pretensiones que ante él se han exhibido, debatido y concluido.

En este orden, litigar en un juicio oral es un ejercicio profundamente estratégico, tanto para quien acusa como para quien defiende, implica el diseño de una teoría del caso, en donde cada parte busca explicar cómo ocurrieron los hechos y la participación del imputado en ellos, con la única finalidad de convencer al Juez de que su versión es la verdadera. Sin embargo, lo cierto es que esa verdad que se pretende hallar está en el pasado y que, lamentablemente, nunca llegaremos a saber lo que exactamente ocurrió, incluso en los casos en donde existen pruebas muy poderosas hay zonas de la verdad que nunca se llegaron a conocer, por ejemplo, lo que estaba en la mente de las personas cuando realizaron sus conductas, cuáles fueron sus motivaciones, etc.

¹ Tema abordado durante el desarrollo del concurso público n° 79 del Consejo de la Magistratura de la provincia del Neuquén.

² Fiscal del Caso de la ciudad de San Martín de los Andes, provincia de Neuquén.

De esta manera, lo único verdadero que tenemos en un caso penal es un conjunto de versiones heterogéneas, fragmentadas, parciales y disímiles acerca de lo que “realmente ocurrió”. Por eso, cuando los jueces sentencian construyen una versión acerca de lo que “verdaderamente ocurrió” y la aceptamos como oficial. En ocasiones lo hacen adoptando completamente la versión de una de las partes, en otras lo hacen tomando fragmentos de las versiones de cada una de ellas.

Por tanto, nuestros argumentos y pretensiones deben dirigirse a que el Juez asimile y haga suya nuestra versión, obteniendo de la prueba la información real que contiene y estructurando la información de modo que los jueces consigan lo que necesitan de ella para sentenciar correctamente.

El abogado es en este sentido un mensajero de cierta información; y no importa qué tan bueno sea el mensaje, ni qué tan significativo: si el mensajero es malo, el mensaje no llega.

Nuestra labor es, pues, hacer que llegue el mensaje, y el mecanismo natural de transmisión es el relato. A su vez, la prueba debe ser presentada, ofrecida en el interior de un relato, debiendo abandonar la idea más bien simplista de “la verdad” asociada al procedimiento inquisitivo donde parecía que la prueba “hablaba por sí misma” y los testigos no tenían más que “contar la verdad” acerca de lo que percibieron.

En este orden, con el cambio de paradigma que supone el proceso acusatorio de corte adversarial, el litigante deberá narrar y persuadir, donde la teoría del caso constituye un ángulo, un punto de vista desde el cual mirar la prueba, en términos tales que si el juez la mira desde allí verá en ella lo que nosotros vemos. Es nuestra simple, lógica y persuasiva historia acerca de lo que realmente ocurrió, la brújula del litigante, un mapa que se diseña desde el momento en que se tiene conocimiento de los hechos y que tiene tres elementos:

Fáctico: es la identificación de los hechos relevantes que nos ayudan a comprobar la responsabilidad del acusado.

Jurídico: consiste en la subsunción de los hechos dentro de un tipo penal. Tenemos que evaluar los elementos fácticos que integra la teoría jurídica (abstracciones, definiciones del legislador acerca de las conductas que resultan penalmente relevantes) para ir armando nuestra estrategia.

Probatorio: son los medios probatorios que acreditaran las proposiciones fácticas.

Podemos afirmar entonces que la teoría del caso es una herramienta importante porque permite: realizar un análisis estratégico del caso, ordenar y clasificar la información del caso, adecuar los hechos al tipo penal lo cual servirá para defender la tesis, determinar que es lo que esperamos de la investigación, seleccionar la evidencia relevante, detectar debilidades propias e identificar las debilidades de la parte contraria y facilita la organización de los medios de prueba para su presentación en el juicio.

Una vez que se tiene formulada, la regla es casi absoluta: mi teoría del caso domina todo lo que hago dentro del proceso, todas las proposiciones fácticas que intentaré acreditar, toda la prueba que presentaré, todo examen, contra examen y alegato que realizo están al servicio de y son funcionales a mi teoría del caso, la cual resulta la idea básica y subyacente a toda nuestra presentación en juicio, que no solo explica la teoría legal y los hechos de la causa, sino que vincula tanto de la evidencia cómo es posible dentro de un todo coherente y creíble.

Sin lugar a dudas todo proceso penal está sujeto a diversos avatares, por lo tanto, resulta trascendental el diseño correcto de la teoría del caso, pues permitirá al litigante afrontar con solvencia el debate oral. El familiarizarnos antes del juicio con la prueba no testimonial nos permite además, precisar las bases probatorias que debemos establecer y los testigos necesarios para su reconocimiento.

Al entrevistar al testigo se debe escuchar su relato completo y luego de oírlo se le debe indicar cuales son los datos imprescindibles de su testimonio que acreditan las alegaciones del caso. Además de explicarle al testigo que es lo que se pretende probar con su testimonio,

se le debe informar la importancia de declarar espontáneamente los hechos que conoce ya que en el interrogatorio directo no se le podrán formular preguntas sugestivas con el propósito de recordarle algún dato que se le haya olvidado.

La teoría del caso debe ser amena y realista demostrándole al juzgador que estamos convencidos en la eficacia de nuestra prueba. La exposición debe ser clara, ordenada, sistemática y organizada. Debe ser simple y explicar con comodidad toda la información que el juicio produce, incluida la que emana de prueba de mi contraparte. De otro modo nos veremos obligados a "parchar" los hoyos, lo que conlleva un costo en credibilidad. Nuestra versión acerca de lo que realmente ocurrió es un proceso que comienza muy al principio de nuestra preparación para el juicio.

La presentación de la prueba que hace cada parte se debe organizar, en lo posible, de forma tal que se pueda presentar un testigo impactante al principio y uno al final del turno de presentación de prueba de la parte. Esto es importante en los casos donde tienen que declarar múltiples testigos para poder establecer los hechos y la actuación de la prueba vaya a tomar varios días. Si todos los testigos impactantes declaran al principio, el juzgador puede perder interés cuando posteriormente declaren testigos que sólo aportan aspectos técnicos o elementos sin importancia. Cuando el desfile de la prueba se torna monótono y aburrido puede ocurrir que el juzgador no entienda o no capte todos los elementos que tratamos de establecer en el caso.

Por otra parte, resulta una herramienta estratégica fundamental el examen de los testigos de nuestra contraparte, mecanismo de control de calidad de la información ingresada al juicio.

En este orden, debemos plantearnos la conveniencia de contra interrogar a un testigo en base al daño que pueda haber causado a nuestra teoría del caso en el examen directo y tomando en cuenta qué afirmaciones de hecho pretendemos obtener de aquél para valorar en el alegato de clausura. Si no contamos con una proposición fáctica para acreditar, lo mejor será no formular preguntas, mientras que si tenemos

una o varias líneas de examen marcadas por nuestra teoría del caso, esta actividad quedará ceñida a la búsqueda de esas afirmaciones de hecho o proposiciones fácticas.

Para saber si es aconsejable sostener un contrainterrogatorio es preciso tener bien presente, en primer lugar, cuales son los hechos incontrovertibles y cuales, por el contrario, son relevantes y sujetos a debate. Sobre estos últimos deben trazarse las líneas de contrainterrogatorio.

La formulación de un contra examen siempre representa dos riesgos: perder el control del testigo y que este proporcione algún elemento adicional perjudicial para nuestros intereses y permitir que la contraparte pueda realizar un re examen directo sobre los puntos trabajados en el contra examen.

Resulta necesario analizar costos y beneficios antes de efectuar un examen cruzado y preguntarnos: qué pretendo obtener a favor de mi teoría del caso? Si no encuentro una respuesta clara, habrá que dejar que el testigo se retire.

Podemos dividir los objetivos de un contrainterrogatorio en dos grandes grupos: 1) acreditar algún aspecto favorable para la construcción de nuestra hipótesis, obtener proposiciones fácticas favorables a nuestra teoría del caso, y 2) desacreditar al testigo (debilitar su credibilidad) porque es fabulador, cambia su versión de los hechos o tiene algún interés particular en el caso; o desacreditar su testimonio porque miente o pudo haber incurrido en algún error de percepción sobre lo ocurrido. Así, por ejemplo, podría señalarse la inconsistencia de sus dichos con otras pruebas, ya sean materiales o testimoniales.

El orden de las preguntas que formulamos en el contra examen también resulta una cuestión estratégica. En este sentido, corresponde analizar primeramente si es viable la acreditación de algún elemento favorable antes de desacreditar al testigo. Resulta dable señalar que el contra examen no encuentra límites, ya que podrá desarrollarse sobre la base de la información suministrada por el testigo en el examen

directo, como así también sobre cualquier otra información, aún no introducida en el directo, que guarde relación con la credibilidad del testigo.

Una vez que hemos planificado el contra examen debemos ponerlo en ejecución. Las preguntas que se realizan deben ser sugestivas, no permitiendo al testigo responder otra cosa que no sea afirmar o negar la proposición que el abogado le plantea. Se deben evitar preguntas compuestas y el litigante debe conocer la respuesta que brindará el testigo y no "ir a la pesca", manteniendo el control en todo momento. Debe tener claridad en su objetivo (búsqueda de información o ataque a la credibilidad del testigo) y utilizar adecuadamente las preguntas.

En este orden, resulta conveniente formular preguntas sugestivas de un solo punto, que deben incluir un solo hecho por pregunta, y secuenciales, es decir, que vayan desde lo genérico hacia lo más específico, de modo de ir generando la imagen en el tribunal y tener mayor dominio de la situación frente al testigo.

Como el contra examen es la confrontación de nuestra historia con el relato que acaba de dar el testigo, deviene necesario que su orden no sea cronológico como en el examen directo, sino más bien temático.

La utilización de preguntas abiertas en líneas generales está contraindicada, pues perdemos el dominio y el control del testigo por lo que éste podrá contestar sobre planos que no queríamos ingresar y podría también profundizar algunos puntos del examen directo al que preferíamos no regresar. Sin embargo, no toda pregunta abierta implica arruinar el contra examen, la formulación de preguntas abiertas en "zonas seguras" (no controvertidas) donde no requerimos demasiado control puede traer aparejados enormes beneficios, como ser evitar la monotonía del formato del interrogatorio sugestivo, como técnica de persuasión y para generar una imagen más positiva del litigante.

Ahora bien, todo contra examen tiene un límite y es preciso que el litigante lo reconozca. No debe pedir a la prueba más de lo que esta puede darle y debe trabajar generando dudas acerca de la credibilidad

de las afirmaciones referidas por el testigo. La pregunta de más debe ser excluida de nuestra línea de interrogación, nunca se debe hacer la pregunta directa a la que apunta la línea de contra examen. Las preguntas deben versar sobre hechos, no sobre conclusiones, ya que su objetivo es persuadir. No le corresponde al testigo resolver sobre la calidad de información ingresada al juicio, sino al tribunal o jurado. Será el alegato final la oportunidad de sacar conclusiones, presentarlas y exponerlas limpiamente al tribunal.

Como señalamos anteriormente, el abogado debe mantener en todo momento el control del testigo, para lo cual cuenta con distintas estrategias posibles, las que podemos agrupar en tres grandes ejes: las técnicas que tienen que ver con el ritmo y forma de encarar el contra examen, las que apuntan al manejo de la escena y las que guardan relación con la confección de las preguntas adecuadas frente a la falta de respuesta del testigo.

Una técnica para formular preguntas sugestivas de un solo punto está centrado en la entonación. Si la pregunta sugestiva la realizamos con entonación de pregunta ésta se vuelve menos sugestiva y no deja entrever que sabemos la respuesta y solo queremos que el testigo la ratifique. No es lo mismo decir: usted consume crack? Que ud. consume crack, no es verdad? La entonación en el contra examen debe ser basada en una afirmación más que en una interrogación, con voz firme y segura para que se advierta que contamos con información sobre el caso. La sugerencia es manejarse con ambigüedad entre un modelo y otro. Mientras consideremos que la línea de contrainterrogatorio no va a ser negada por el testigo la confección de preguntas sugestivas con formato de interrogación y menor énfasis en el tono serán suficientes.

Ahora, si ingresamos en un terreno menos seguro, será necesario el modelo de pregunta con voz firme y entonación afirmativa. La menor cantidad de preguntas en este formato nos permitirá que cualquier objeción de la contraparte tenga menos margen para ser aceptada.

Por otra parte, para que un contra examen sea efectivo resulta fundamental que se practique con un ritmo intenso, así el testigo no tendrá tiempo de justificar sus respuestas o acomodarlas al relato anterior. Para ello podemos tener preparadas preguntas abiertas sobre zonas seguras que sirvan como "válvulas de escape" de modo de evitar el silencio que funciona como una invitación a explicar.

Finalizado el tema debemos hacérselo saber al testigo con una frase como "déjeme que lo llevemos a otro tema" de manera de cerrar la posibilidad de que el testigo responda por fuera de nuestra línea de investigación.

No resulta conveniente llevar las preguntas escritas pues se pierde improvisación, espontaneidad y por lo tanto credibilidad.

En cuanto al manejo de la escena, resulta conveniente que el abogado se acerque al testigo y realice su contra interrogatorio de pie, manteniendo contacto visual con aquel, lo cual fortalece la concentración en la tarea y transmite una imagen al testigo de que el abogado tiene pleno manejo del caso.

Una recomendación para mantener el control del testigo cuando sospechamos que intentará evadir las preguntas o responderá en forma abierta y hostil consiste en hacerle saber al comenzar el contrainterrogatorio en qué consiste y qué esperamos de él (ej: "le pido que sea preciso y responda por sí o por no a las preguntas que le formularé a continuación"). Si aún así el testigo se muestra reticente a contestar nuestras preguntas podemos volver a realizar la interrogación en forma más pausada, dejando entrever que el testigo está siendo hostil. Recién si todos estos intentos fracasan resulta aconsejable pedir al tribunal que le haga saber al testigo que debe responder a las preguntas concretas que le hace cada parte porque de lo contrario se está afectando el contradictorio, con lo cual habremos ganado la primer batalla (credibilidad) aún sin obtener respuestas favorables.

Por otra parte, tampoco resulta conveniente efectuar preguntas argumentativas, pues se puede perder el control al permitirle al testigo

que pueda explicar sus dichos, ni preguntas que contengan adjetivaciones, las que son pasibles de ser objetadas por vaguedad.

Por último, recordemos que no conviene formular preguntas excesivamente largas y que se encuentran prohibidas las preguntas capciosas (preguntas que suman hechos que el testigo no ha afirmado aún y que inducen a error al testigo).

Finalmente, habremos de señalar que un modelo contradictorio genuino permite un re examen directo únicamente sobre aquellos puntos trabajados en el contrainterrogatorio, así como el re contra examen directo sólo podrá desarrollarse sobre los puntos trabajados en el re examen directo, siendo objetable toda pregunta que no respete los límites que las partes fijaron para contradecir; por lo que también se verifica que la decisión de contra examinar resulta una cuestión estratégica ya que si no interrogamos, estaremos cerrando la posibilidad a la parte que propuso al testigo de poder ampliar su examen directo.

Recordemos que el juicio oral es tremendamente vertiginoso, cada instante introduce nueva información, que debe ser capturada y procesada, puesta en relación con el todo y con cada una de las otras piezas probatorias y para todo ello no se cuenta más que con un instante.

El litigante debe tener la habilidad para capturar cada pedazo de información y escanear con él toda la teoría del caso: escuchamos la respuesta que el testigo acaba de brindar y en el instante que sigue la contrastamos con cada declaración previa de cada testigo, cada peritaje, cada objeto, cada argumento, etc; y en base a eso decidimos si debemos reparar un daño, aclarar la respuesta, desarrollar el punto o cualquier otra opción concebible.

En este sentido, el litigante debe ser capaz de operar en dos planos igualmente importantes: una mitad debe estar completamente sumido en el ejercicio específico que está realizando, mientras que la otra mitad se encuentra contemplando el juicio en su conjunto, y escaneando toda la teoría del caso una y otra vez con cada nuevo pedazo de información que ingresa al debate.

Bibliografía utilizada.

Binder Alberto M., *“La implementación de la nueva Justicia Penal Adversarial”*, Ed. Ad-Hoc buenos aires 2012.

Binder Alberto M. *“Derecho Procesal Penal”*, tomo I y II, Ad Hoc, Buenos Aires 1° ed., 2013.

Lorenzo, Leticia. *“Manual de Litigación”*, Ed. Didot Buenos Aires 2013.

Rua Gonzalo. *“Contraexamen de testigos”*, Ed. Didot Buenos Aires 2014.