

ORALIDAD Y LITIGACIÓN CIVIL

Herramientas desde la
experiencia de Canadá

Autores

Juan Carranza | Michael Rosenberg



¿Qué es CEJA?

El Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA) es un organismo internacional autónomo creado en 1999 por resolución de la Asamblea General de la OEA, dando cumplimiento de ese modo al Plan de Acción de la Segunda Cumbre de las Américas en 1998 y las recomendaciones de las Reuniones de Ministros de Justicia u otros Ministros, Procuradores o Fiscales Generales de las Américas (REMJA).

La misión de CEJA es apoyar a los estados de la región en sus procesos de reforma a la justicia, para lo cual desarrolla actividades de capacitación, estudios e investigaciones empíricas, entre otras acciones.

www.cejamericas.org

 @CEJAoficial

 @CEJAoficial

 /CEJAoficial



Affaires mondiales
Canada

Global Affairs
Canada

¿Qué es GAC?

Global Affairs Canada gestiona las relaciones diplomáticas y consulares de Canadá, promueve el comercio internacional del país y lidera el desarrollo internacional y la asistencia humanitaria de Canadá.

Oralidad y Litigación Civil. Herramientas desde la experiencia de Canadá.

© 2018 Centro de Estudios de Justicia de las Américas, CEJA
Rodo 1950 Providencia
Santiago, Chile
Tel.: 56 2 22742933
www.cejamericas.org

Nombres de autores que están en el libro

© Juan F. Carranza
© Michael Rosenberg

Editores

Laura Cora Bogani
Matías Sucunza
Constanza Gigena

Oralidad y Litigación Civil. Herramientas desde la experiencia de Canadá.

Registro Propiedad Intelectual: A-295637
ISBN: 978-956-8491-54-3

Diseño Portada

Carolina Mardones

Distribución gratuita.

Las opiniones de los autores son de responsabilidad de ellos y no de las instituciones que los editan.

Traducción del inglés (Canadá) por B3C Int., bajo la coordinación de Felipe Balotin,
felipe@B3Cint.com

Índice

Presentación	4
Manual especializado en litigación oral civil	7
Introducción.....	7
PRIMERA PARTE	8
I. Análisis del Caso.....	8
1. La Teoría del Caso	8
2. Explorando el marco legal.....	19
II. El examen oral previo al juicio (Discovery)	27
1. Objetivos del Examen de Descubrimiento.....	27
2. Preparación para el interrogatorio bajo juramento	28
III. Anexos legales.....	32
Anexo 1: Ley de Tránsito por las Vías Públicas (LTVP)	32
Anexo 2: Ley concerniente al Dolo/Negligencia:	34
Anexo 3: Ley Sobre Presentación de Pruebas/ Evidencia.....	35
Anexo 4: Extractos del Código Procesal Civil	37
SEGUNDA PARTE	38
I. Testigos.	38
1. Introducción a las herramientas de interrogatorios orales.....	38
2. La Examinación Principal (Examination in Chief).....	42
3. Introducción al concepto de desacreditación de testigos – Contra examinación	57
II. Otros medios probatorios.....	64
1. Documentos y objetos probatorios.	64
2. Evidencia Demostrativa/Ilustrativa.....	70
3. Testigos particulares – Los peritos.....	72
TERCERA PARTE	93
I. Preparativos Finales para el Juicio	93
1. El cartapacio del juicio	93
II. Apertura en la audiencia.....	96
1. La Apertura del Demandante.....	96

2. Apertura de la parte Demandada	103
III. Argumentos finales	106
1. Cómo armar nuestro argumento final	107
2. Estructura del argumento final	107
3. Muestra de argumentos finales de cierre ante un jurado en el caso de Barrientos v. Percival y Helados Polar.	109
IV. Anexo – Muestra de preguntas al jurado	125
Manual de litigación en audiencias recursivas desde la experiencia de Canadá.	129
1. Introducción	130
2. Las fuentes de la jurisdicción recursal	132
3. Recursos tradicionales	135
(a) Funciones de los recursos	136
(i) Función correctiva.....	136
(ii) Función supervisora	137
(iii) Función de desarrollo de la jurisprudencia.....	144
(iv) Función especial de la Corte Suprema de Canadá	146
4. Más allá de los recursos tradicionales	148
(a) Revisión judicial por los Tribunales de Apelación	148
(b) Opiniones Consultivas.....	150
(i) Estableciendo un caso en un Tribunal de Apelación	150
(ii) Referencias.....	151
(c) Recursos de <i>Juicio de Novo</i>	152
5. Límites a un recurso	153
(a) Irrelevancia.....	153
(b) Prematuridad	156
(c) Conducta del recurrente.....	158
6. Reglas	162
(a) Un recurso adviene del fallo, pero está formado de las razones del Tribunal	162
(b) El derecho al recurso.....	163
(c) Autorización para recurso.....	165
(d) Plazo para recurso.....	166
(e) Pedidos presentados antes del recurso	167

(f)	Cómo interponer un recurso.....	170
(i)	Aviso de Recurso	170
(ii)	Expediente de pruebas	171
(iii)	Prueba nueva	172
(iv)	Argumento escrito	173
(v)	Materiales del recurrido	175
(g)	La audiencia del recurso	176
(h)	El alcance de la decisión de la corte	179
(i)	Alternativas en el recurso	181
7.	Resumen	184
8.	Deferencia del Tribunal de Apelación a las Cortes de Primera Instancia	185
9.	Estándares de Revisión de Decisiones Judiciales	187
(a)	Cuestiones de derecho (corrección)	187
(b)	Cuestiones de hecho (Error palpable y anulador)	189
(c)	Cuestiones de hecho y de derecho (error palpable y anulador)	192
(d)	Determinando el estándar de revisión apropiado.....	195
10.	Tribunales Administrativos	198
(a)	Recurso y revisión judicial.....	199
(b)	Estándares de revisión por los Tribunales	201
(i)	<i>Razonabilidad</i>	201
(ii)	<i>Corrección</i>	202
(iii)	<i>Determinando el estándar de revisión</i>	203
(c)	Revisión por Jueces Administrativos.....	207
11.	Suficiencia de Razones	208
12.	Estándares especiales de revisión	210
(a)	Hallazgos del Jurado.....	210
(b)	Daños	211
(c)	Costos.....	211

Presentación

Desde su creación en el año 1999, el Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA) ha tenido un papel protagónico en los procesos de reformas a los sistemas de justicia de la región. Un rasgo característico del organismo es pensar y abordar dichos procesos desde una visión de política pública holística e integral. Es decir, asumir que los cambios no se reducen a modificaciones normativas, orgánicas o materiales. Hemos insistido y promovemos entender - y actuar en consecuencia -, que las transformaciones de los sistemas de justicia exigen profundos cambios de los paradigmas que los sustentan. CEJA afirma que debe transformarse la concepción de la función del sistema de justicia, su organización, la función de las personas que ejercen jurisdicción dentro de las funciones diferenciadas del Estado, los balances y controles recíprocos entre dichas funciones. Asimismo, en el cambio más perceptible, se transforma el rol de las personas juzgadoras, al arribar los sistemas civiles adversariales organizados por audiencias. Por consiguiente, surge un nuevo perfil, y necesidades de formación y capacitación de juzgadoras y abogados, además de otras profesiones aportantes al proceso de solución de conflictos. Ello lleva al diseño de una organización ad-hoc de los tribunales, que poco y nada tiene que ver con la que soportaba los sistemas civiles tradicionales. Los procesos de trabajo dentro del tribunal y las interacciones entre éste y otras organizaciones que aportan a la solución del conflicto, mutan profundamente. Y, finalmente, las arquitecturas y plataformas tecnológicas deben ponerse al servicio de esos nuevos modelos de solución de conflicto, que gatillan los nuevos modelos de gestión, que promovemos desde CEJA.

Entre dichos cambios profundos para realmente instalar (y no solo implementar) los nuevos sistemas de justicia civil, ocupa un lugar central la elaboración y difusión de insumos que aporten a la adquisición, desarrollo e internalización por parte de los distintos operadores del sistema de justicia, de las destrezas, habilidades y competencias indispensables para el cambio en las prácticas y la solución. Ello, especialmente en razón del cambio de reglas operado a raíz de la consolidación de la constitucionalización del derecho, así como la introducción de los procesos orales por audiencias y las distintas modalidades de gestión judicial profesional, como ya señalábamos.

De allí que vengamos trabajando para que los países de nuestra región tomen conciencia de que el éxito de una reforma está directamente vinculado con el tipo de prácticas que se promueven en la resolución de conflictos y sus adecuados (des)incentivos. En ese sentido, las experiencias de sistemas comparados de la región americana (de la tradición continental y del *common law*) y de fuera del continente, pueden suministrar aportes valiosos. Podemos entender adecuadamente el funcionamiento de institutos que apreciamos, pensar en institutos que puedan diseñarse para servir adecuadamente en nuestras realidades, conocer soluciones prácticas desarrolladas por los operadores de los sistemas comparados, estudiar la doctrina

jurisprudencial que necesariamente completa el marco normativo de los institutos que analizamos y adecuamos, etc.

Los dos manuales que en este estudio se ponen a disposición pretenden abastecer ambas premisas. Esto es, aportar herramientas de trabajo concretas sobre oralidad y litigación en general y recursos en particular, desde la experiencia canadiense.

El *Manual Especializado en Litigación Oral* que presenta Juan F. Carranza, enseña -de un modo muy didáctico- los diversos elementos de la teoría del caso y el modo en que éstos se interrelacionan promoviendo un eficaz y estratégico manejo de las técnicas de litigación oral en la audiencia civil canadiense. El autor, presenta cuatro hechos concretos de la vida cotidiana y anexos legislativos breves. A partir de ellos, invita a que el/a lector/a analice -mediante el uso de diversos recursos como la incorporación de diálogos entre los/las litigantes y el/la juez/a, testigos, peritos, etc.-, la forma de dotar de contenido y exponer los alegatos de apertura y clausura, las posibles modalidades de presentar, trabajar y refutar la evidencia ante jurado y magistrado/a técnico/a; acompañado de explicaciones que guían el razonamiento y advierten las posibles consecuencias en la toma de decisiones. Sólo introduciendo cambios en las prácticas encaminadas en esta línea, podremos realmente impulsar procesos expeditos – ajenos a mal entendidos derechos dispositivos corrompidos en prácticas dilatorias de los litigantes -, y transformar nuestros sistemas de justicia civil, hacia debates adversariales, con buen control horizontal, generadores de información de calidad, que habiliten a las personas juzgadoras a promover la solución más adecuada y prontas.

Por su parte, el *Manual de Litigación en Audiencias Recursivas desde la experiencia de Canadá*, presentado por Michael Rosenberg, aborda la problemática del sistema recursivo de aquel país de modo pragmático y concreto. Se avanza sobre los fundamentos de un recurso; se examina la importancia de los tribunales de apelación o el procedimiento apropiado para un recurso; y, la toma de decisiones en la materia, problematizando en relación a la difícil cuestión de la deferencia al tribunal de instancia inferior.

Sobre el diseño procesal y la litigación recursiva civil no se avanzó demasiado en nuestra región. Estos procesos han sido en muchas reformas a la justicia civil, el refugio de prácticas que no aportan a soluciones adecuadas, que introducen nuevamente distancia de las personas juzgadoras, y que permiten la mediación de terceros en la formación de la convicción del juzgador, sin un adecuado control horizontal de las partes litigantes.

Una litigación estratégica y adecuada es, sin lugar a dudas, una herramienta imprescindible en la consolidación de la oralidad y el debate en audiencia en base a un control horizontal de carácter adversarial, como metodología de trabajo y salvoconducto para la amplia y oportuna exigibilidad y defensa de derechos.

Ponemos a disposición de ustedes estos dos Manuales, los que han sido posibles gracias al apoyo financiero de Global Affairs Canada (GAC). Confiamos que serán una herramienta de utilidad en la generación de conocimiento, construcción de buenas prácticas e instalación de los cambios de fondo indispensables en los sistemas de justicia civil de la región.

Jaime Arellano Quintana
Director Ejecutivo de CEJA

Introducción

El presente manual es una propuesta esquemática para quienes se propongan litigar casos civiles, tomando algunos elementos de la experiencia canadiense en la materia.

A los fines didácticos, esta obra se ha estructurado en tres grandes partes que comprenden: aspectos relativos a la preparación de los casos, a la producción de información y, por último, al trabajo de litigación en la audiencia de juicio. De forma novedosa, en relación a estas instancias se incorporan algunas consideraciones para la litigación en procesos ante jurados populares, en el entendimiento de que en estos casos la estrategia de litigación puede adquirir una dinámica particular.

Por otro lado, a los fines de ir aterrizando las ideas, se propone trabajar a partir de cuatro casos, que los y las lectoras encontrarán individualizados en la parte específica del índice. Mediante este recurso se verán ejemplos concretos de litigación aplicados a escenarios determinados, lo que sumado a algunas situaciones ficticias que se plantean sobre esos casos servirán para ilustrar los contenidos de forma complementaria.

En el primer apartado se encontrarán herramientas para analizar el caso desde la teoría del caso, con referencias al trabajo que se hace sobre el marco legal, conectado con consideraciones probatorias. Se incluyen además de modo ejemplificativo anexos legales que servirán para comprender los casos prácticos en base a los cuales el manual va desagregando las temáticas. Esta sección concluye con un análisis del examen probatorio previo, una institución novedosa del sistema canadiense muy relacionada con la selección de evidencia que se realiza estratégicamente como parte de la actividad previa a la audiencia de juicio.

La segunda parte aborda comprensivamente cuestiones probatorias, como el trabajo con testigos, otros documentos probatorios y el caso específico de trabajo con peritos.

La tercera parte, relativa a la actuación de juicio, contiene unas consideraciones preliminares de preparación de los casos, pero ya con miras a la audiencia oral, el desarrollo de la técnica de apertura para cada parte litigante y de los argumentos finales.

¹ Abogado. Fundador de la Firma de abogados/as Carranza LLP, en Toronto, Ontario, Canadá. Especializado en litigios por lesiones personales.

PRIMERA PARTE

I. Análisis del Caso

Caso 1: Lemus v. Seguros Para Todos

El teléfono suena y al otro lado del auricular una voz de mujer de unos 50 años de edad pregunta si estaríamos interesados en representarla en una demanda contra una aseguradora. Se llama Patricia Lemus y Seguros Para Todos S.A. se niega a pagarle beneficios por discapacidad de acuerdo a una póliza que ella sostiene desde hace quince años a través de su membrecía en la Asociación de Trabajadoras del Mercado Municipal.

La Sra. Lemus, de unos 50 años, llega acompañada de su esposo e hija a la primera reunión para obtener asesoría legal y nos entrega una carta proveniente de la compañía Seguros Para Todos, con fecha de hace seis meses, denegando los beneficios por incapacidad por dos razones principales: 1) la Sra. Lemus en su solicitud inicial para obtener la póliza hace 15 años, no declaró que tenía un historial de dolores de espalda y 2) que el informe médico que ha presentado para respaldar su petición de beneficios no satisface los requisitos de discapacidad que la póliza exige. La señora Lemus esta visiblemente afectada con dolores del cuello y en la zona lumbar de la espalda. Su esposo e hija dan múltiples ejemplos de los síntomas y limitaciones físicas que ella ha tenido desde que tuvo un resbalón y caída hace siete meses en el mercado y que desde entonces no ha podido trabajar.

¿Por dónde empezaríamos a abordar el caso si la demanda se debe presentar en una audiencia oral ante un Tribunal Superior de asuntos civiles? ¿Qué pruebas necesitamos para respaldar la demanda? ¿Qué argumentos de ley presentaríamos?

El recurso estratégico más importante para ayudarnos a contestar estas preguntas es la elaboración de una Teoría del Caso que reúna los requisitos de hecho y legales para que nuestro cliente reciba una indemnización justa.

1. La Teoría del Caso

La teoría del caso es la posición medular que un abogado presenta en el juicio. Es la síntesis del caso que elabora el abogado fundamentada sobre los hechos importantes que conducen de manera persuasiva a una aplicación de la ley que favorezca a nuestro cliente. La teoría del caso tiene una doble función: es un mapa de ruta completo para guiar el trabajo de investigación desde los hechos, obtención de pruebas y aplicación de la ley; y también cumple el papel de articular una posición convincente y ganadora en el juicio.

Una teoría es más que una simple declaración al estilo de: “la aseguradora rompió el contrato y tiene que pagar”. Para ser más persuasiva tiene que estar mejor fundamentada en los hechos críticos del caso: *“Por quince años, con mucho sacrificio, Patricia Lemus pagó religiosamente su póliza de seguros por caso de incapacidad. Pero cuando tuvo una caída y sufrió hernias discales*

en el cuello y la espalda baja, quedando incapacitada, la aseguradora se niega a pagar los beneficios que por 15 años había prometido pagar”.

Vemos que la segunda formulación de la teoría presenta una versión lógica del caso, hilvanando los detalles más importantes, el punto legal central, el incumplimiento del contrato, creando un efecto más convincente que una simple recitación del caso sin los detalles cruciales. Es importante señalar que no estamos hablando de darle más color a nuestra teoría usando nada más que un lenguaje florido para darle más “sabor”, porque una teoría florida sin la fundamentación en los hechos no tendrá mucha credibilidad. Exploremos entonces cómo elaborar la teoría de un caso.

1.1. Armandando la teoría del caso

a. Seleccionar los hechos

Generalmente, los casos civiles llegan a juicio cuando las partes no han podido llegar a un acuerdo sobre cómo sucedieron los hechos del caso y de cómo se aplica la ley a éstos. Entonces un paso básico inicial para representar a cualquiera de las partes en una disputa civil es identificar y seleccionar los hechos relevantes de los que no lo son. En cada caso tendremos una cantidad de información y múltiples detalles que se deben estudiar y únicamente escoger los que lógicamente respaldan a nuestro reclamo o responden efectivamente a los posibles argumentos de la contraparte.

Una vez seleccionados los hechos relevantes entonces es preciso ordenarlos de acuerdo a su nivel de importancia para poder utilizarlos con mayor efectividad en el trabajo de persuasión.

*Regresando al caso de Lemus v. Seguro Para Todos, podríamos decir que los **hechos principales** para Lemus son:*

- Patricia Lemus compró el seguro en caso de incapacidad laboral hace quince años.
- Patricia tuvo un accidente que la dejó incapacitada dentro del tiempo de cobertura del seguro.
- Patricia solicitó beneficios por incapacidad al seguro presentando evidencia médica de sus lesiones y limitaciones.
- El Seguro Para Todos se niega a pagar.

*Como ejemplo podríamos imaginar algunos **hechos de menor importancia** en el caso Lemus:*

- Detalles sobre la distancia de su casa a su trabajo
- Detalles sobre los medicamentos que tomó inmediatamente después de su resbalón y caída.
- Información sobre los ingresos de su familia.

*Podríamos decir que Los **hechos principales** para el Seguro Para Todos son:*

- Patricia Lemus omitió revelar su historial de dolores de espalda en la planilla inicial.
- De acuerdo a la póliza de seguros, la omisión de revelar condiciones de salud y enfermedades nulifica la póliza desde el inicio.
- El certificado médico que presentó Patricia Lemus no deja claro que ella está incapacitada.

*Entre los **hechos secundarios** para el caso Lemos podrían ser:*

- El hecho que el esposo de Patricia también compro un seguro hace quince años.
- Que Patricia Lemus no llenó completamente la solicitud de beneficios dejando fuera la sección “a quién contactar” en caso de emergencia, alergias, etc.
- Que Patricia Lemus no ha sufrido ninguna fractura u otra lesión objetiva.

Una vez identificados y seleccionados los hechos claves debemos también identificar los hechos dañinos a nuestro caso y buscar la forma de minimizar su impacto. Por lógica los hechos favorables para nuestro oponente son generalmente los hechos dañinos a nuestro caso y viceversa.

b. Obtener las pruebas

Después de seleccionados los hechos prioritarios pasamos al siguiente paso importante: obtener las pruebas necesarias para fortalecer nuestra teoría del caso y contrarrestar la posición de nuestro oponente.

Podríamos decir que los hechos principales forman parte de la armazón o esqueleto de nuestra construcción. El caso apuntalado únicamente con los hechos principales no será sostenible ante los embates del contrario sino se afianza y amolda con los materiales necesarios para fortalecer la estructura. Es aquí donde identificamos y buscamos los elementos de prueba para darle mayor solidez a nuestro caso y también para poder rebatir los hechos principales de la teoría de nuestro oponente. Basándonos en estos hechos principales partimos en busca de los componentes de cada una de ellos. Volvamos al ejemplo del caso 1 de Lemus v. Seguros Para Todos y veamos cómo avanzar en la construcción de nuestra teoría del caso en esta ocasión para atacar los puntos principales de la teoría de Seguros Para Todos.

Seguro Para Todos plantea tres elementos principales en su teoría del caso:

- i. Patricia Lemus omitió revelar su historial de dolores.
- ii. La póliza de seguros nulifica el contrato si hay omisión de revelar condiciones de salud y enfermedades.
- iii. El certificado médico de Patricia Lemus no establece la incapacidad.

El abogado de Lemus podría responder a la posición del seguro de la siguiente manera:

- i. Patricia Lemus no omitió ninguna condición de salud considerable que debiera ser revelada.
- ii. En todo caso, reportar malestares menores no justifica la anulación de la póliza.
- iii. Patricia Lemus presentó suficiente documentación médica para satisfacer los requisitos de la póliza.

Para abordar el primer punto sobre la omisión de información de salud, podríamos antes que nada, investigar si verdaderamente hubo una omisión de historial de dolores al llenar la solicitud. Es probable que la solicitud haya sido llenada por un vendedor del seguro y no por Patricia. También es posible que ella le informó sobre sus dolores de espalda esporádicos y que el haya decidido que no ameritaban ser incluidos en la solicitud, lo cual exculparía a Patricia Lemus de la supuesta omisión y pondría la responsabilidad sobre Seguro Para Todos. Para poder contestar estas preguntas sería necesario conocer más sobre el contexto del momento en que ella firma el contrato de seguros y cuál fue la comunicación que hubo entre las partes. En nuestro caso, alguna de esta información la podremos obtener de nuestros propios testigos, Patricia, y su familia si estuvieron presentes. La información que no tengamos la podríamos obtener posteriormente en una examinación de la contraparte bajo juramento, lo que exploraremos más adelante.

También podríamos obtener mayor información sobre la salud de Patricia previo al contrato para determinar si los dolores ameritaban ser revelados en el contrato de seguro, o eran insignificantes molestias ocasionales después de un día pesado de trabajo.

1) Investigando el contexto en que se firma la póliza de seguro, nos preguntamos:

- ¿Cuándo se llena la planilla? ¿Dónde se llena la planilla? ¿Cuánto tiempo tomó? ¿Quién la llenó?
- ¿Fue un vendedor del seguro el que hizo las preguntas y luego llenó la planilla? ¿Cuál es su nombre? ¿El vendedor hizo apuntes sobre la reunión? ¿Quién los tiene?
- ¿Qué información recibió la Sra. Lemus sobre la importancia de contestar todas las preguntas en la planilla? ¿Hay documentación de esta información por escrito?
- ¿Qué tan fácil de leer es el contrato de seguros? ¿Usa jerga legal y confusa?
- ¿Qué nivel de sofisticación tiene la Sra. Lemus para comprender el lenguaje contractual?
- ¿Es el contrato lo suficientemente claro para que una persona común y corriente lo pueda entender?
- ¿Hay algún manual de procedimientos de Seguro Para Todos que indique los pasos que un vendedor de seguros debe tomar para asegurarse que el cliente entiende la importancia de revelar su historial de salud completo? ¿Siguió el vendedor estos pasos?
- ¿Es claro el lenguaje del contrato concerniente a condiciones de salud previas al contrato?
- ¿Deja claro el contrato si un malestar o dolores ocasionales de espalda representan una condición médica revelable al firmar el contrato?

- Si el lenguaje del contrato no está claro y es ambiguo, ¿aplica el principio de *Contra Proferentem*? (Principio legal que sostiene que cuando una cláusula de un contrato es ambigua esta se interpreta en contra de quien elaboró el contrato²).

II) En relación a la Salud de Patricia previa a la firma contrato, consideramos:

- ¿Cuál era el estado de salud de Patricia Lemus hace quince años?
- ¿En que consistían los dolores de espalda? Descripción.
- ¿Qué tan frecuente eran los dolores de espalda? ¿su intensidad? ¿Su duración? ¿Afectaban de alguna manera su capacidad de trabajo?
- ¿Hubo algún diagnóstico de los dolores de espalda?
- ¿Fue informada Patricia Lemus en algún momento previo a la firma de la póliza de seguros, que sus dolores de espalda eran parte o síntoma de una condición más grave?
- ¿Recibía ella algún tratamiento terapéutico para los dolores de espalda?
- ¿Le causaban los dolores de espalda alguna limitación o restricción laboral?

Esto es solo una muestra de algunas de las preguntas que sería útil esclarecer para poder fortalecer y sustanciar nuestra teoría del caso. No siempre se pueden obtener todas las respuestas a las preguntas que formulamos, sin embargo, nos orienta a buscarlas en otro momento en el litigio, como en la examinación de descubrimiento.

1.2. Cómo escoger una teoría exitosa.

La elaboración y selección de una teoría exitosa no se puede realizar si no está bien fundamentada en los hechos cruciales comprobables y cubiertos por la ley. Varios autores coinciden en que los elementos claves de una teoría ganadora son³:

- Debe ser respaldada por los hechos
- Debe ser consistente con la ley
- Debe apelar al sentido común
- Debe ser fácil de comprender

La teoría del caso debe ser coherente con la evidencia del caso. La teoría debe estar fundamentada sobre los hechos más contundentes, indiscutibles del caso. No puede estar basada sobre hechos débiles imposibles de comprobar, de lo contrario nuestra teoría no será aceptada y el caso no tendrá éxito. Asimismo, debe ser consistente con la ley. Ningún caso podrá tener

² Se trata de un principio de interpretación de contratos en el derecho consuetudinario anglosajón. También ha sido codificado en instrumentos internacionales como la UNIDROIT y los Principios de Derecho de Leyes Contractuales.

³ Lubet, S., *Modern Trial Advocacy - Canada*, 2010; Adair, G. *On Trial Advocacy Skills Law and Practice*.

éxito si la teoría del caso contradice sus preceptos. Para esto debemos asegurarnos que esté respaldada totalmente por la ley.

Por otro lado, la teoría debe apelar al sentido común. Si contradice el sentido de lógica será prácticamente imposible persuadir a un juez o jurado del mérito de nuestro caso.

Finalmente, debe ser fácil de comprender. Aunque nuestro caso involucre un tema difícil como suelen ser en los casos de mala práctica médica, debemos encontrar la forma de sintetizar y articular nuestra teoría de una manera comprensible para todo el mundo.

Veamos dos ejemplos del desarrollo de la teoría del caso y de su uso.

Ejemplo 1:

Caso 2: Barrientos v. Percival y Helados Polar

Luis Barrientos es un menor de 7 años de edad. Vive con sus padres en una casa pequeña de una zona residencial en la periferia de la ciudad. La casa de los Barrientos está ubicada en el lado sur de la calle Las Palmas, en frente a la escuela primaria José Martí. La calle Las Palmas es una calle recta y plana. El límite de velocidad es de 40 km/h.

Una tarde de verano a las 3:45 pm pasa por la calle de los Barrientos la camioneta vendiendo Helados Polar. Es una camioneta blanca decorada con dibujos de helados y equipada con una luz como las de ambulancia en el techo. Luis y sus padres están en la sala viendo televisión. El pequeño Luis, al escuchar la música que anuncia la llegada de los helados, se excita mucho y pide a sus padres dinero para comprar una paleta. En ese momento la camioneta de los helados se estaciona a unos metros al Oeste de la casa, en el costado norte de la calle con su música en alto. Al mismo momento que Luis se preparaba para salir a comprar el helado llegan también un par de niños a la ventanilla de la camioneta a comprar helados.

A las 3:48pm Roberto Percival, de 48 años, se dirige a las tiendas con su hija Teresa de 15 años a comprar adornos para su fiesta de quinceañera el fin de semana. Percival toma la calle Las Palmas en dirección Oeste para cortar camino y llegar a la tienda antes que cierren. Percival mantiene una velocidad de 40 km/hora en todo momento.

Luis Barrientos cruza la calle y llega a la camioneta de helados cuando se da cuenta que necesita más dinero para comprar la paleta y corre por el frente de la camioneta hacia la calle justo en el momento que Percival pasa por allí y sin tiempo para frenar el auto impacta el costado izquierdo de Luis lanzándolo una distancia de cinco metros en el aire antes de caer sobre el costado derecho inconsciente. Luis sufre múltiples lesiones incluyendo grave trauma cerebral y múltiples fracturas a sus extremidades. En minutos llega la ambulancia y luego los policías.

La ambulancia se lleva a Luis al hospital pediátrico en estado de coma mientras los peritos de la policía realizan una investigación del accidente. Los peritos concluyen que no hay infracción de tránsito ya que Percival anduvo conforme a la ley con una velocidad de 40 km/h.

La familia de Luis Barrientos, viendo la gravedad de las lesiones de Luis, demanda a Percival y a la empresa Helados Polar por negligencia pidiendo daños y perjuicios por concepto de gastos médicos y rehabilitación, futura pérdida de ingresos, afectación sobre la capacidad de vivir una vida normal, etc.

El abogado defensor de Percival pensó en dos teorías del caso:

a) Percival condujo en todo momento de manera responsable ante las circunstancias, manteniendo la velocidad establecida por ley y fue el menor el que invadió su carril imprevista y repentinamente, negándole a Percival la oportunidad de tomar alguna medida evasiva.

b) El menor Luis Barrientos y sus padres son responsables por sus propios daños ya que Luis no se aseguró que la calle estuviera libre antes de cruzar. Al hacerlo frente a la camioneta le negó a Percival toda posibilidad de frenar o evitar el accidente. Por su parte, los padres debieron haber acompañado a Luis a comprar, y hubieran podido evitar que él corriera en frente de la camioneta de los helados, o hubieran enseñado al pequeño a cruzar la calle.

Supongamos ahora que el abogado defensor optó por la teoría B y concluyó, basándose en el informe de la policía, que el pequeño Barrientos era responsable del accidente y por ende no ameritaba ninguna compensación. Se desempeñó en el juicio de acuerdo a esa estrategia y, como veremos, la opción por esta teoría tuvo importantes consecuencias en el desenlace del caso.

En el proceso civil los abogados de Barrientos obtuvieron un informe minucioso de un equipo de ingenieros forenses que concluyeron que, si Percival hubiera procedido a una velocidad de 35km/h o menos, él habría tenido tiempo de frenar y evitar el accidente.

En el juicio se estableció a través del testimonio de testigos que de hecho había por lo menos cinco niños y niñas alrededor de la camioneta de helados, al igual que otro grupo de 6 menores jugando pelota a cuatro casas antes de llegar a la camioneta de helados.

También se determinó que las luces de emergencia del camión de helados estaban prendidas en todo momento alertando a los vehículos en la zona de proceder con precaución por la presencia de niños/as en ese sector.

El resultado fue un fallo que determinó que Percival había sido negligente pues ante la presencia de menores en el área inmediata del accidente y el camión de helados en una zona residencial, tendría que haber procedido a una velocidad inferior al límite de la velocidad ya que no era imprevisto que algún niño atravesara la calle en ese momento.

En este caso, la teoría que escogió la defensa se dirigió en su totalidad a la presentación del caso, ya que no realizó una investigación más detallada de los testigos, lo que finalmente develó la

presencia del grupo considerable de niños y niñas. Tampoco presentó un peritaje de ingenieros alternativo que desafiara las conclusiones de los peritos del demandante.

El abogado defensor no consideró esta otra posible teoría:

c) No siempre es prudente conducir al límite de velocidad. Aunque Percival condujo bajo el límite de velocidad, había suficientes indicios para reducir aún más la velocidad: la zona residencial de baja velocidad frente a una escuela, la presencia del camión de los helados con su música y luces prendidas y la presencia de varios niños en el área inmediata.

Si el abogado de Percival hubiera adoptado la teoría C) podría haber resuelto el caso por 25% de los daños que finalmente tuvo que pagar su cliente al demandante.

Ejemplo 2:

Caso 3: Da Silva v. Seguros Internacionales

Pedro Da Silva es un carpintero de 48 años de edad que sufre múltiples contusiones lesiones al caerse de un andamio en un proyecto de construcción residencial. Da Silva es trasladado al hospital donde le hacen muchas pruebas de diagnóstico, rayos x, ultrasonido, resonancia magnética, etc. No le encuentran ninguna fractura, pero si una contusión ósea y una lesión a los meniscos de la pierna izquierda. Da Silva le cuesta caminar y tiene que usar una andadera para movilizarse. Debido a sus lesiones el ortopedista encargado de su caso le da una licencia por discapacidad de dos semanas. Durante las dos semanas Da Silva no mejora. Su dolor en la rodilla izquierda aumenta y también descubre una lesión en su codo izquierdo y dolor crónico en el cuello.

Da Silva trabaja para una empresa de construcción con una póliza de beneficios médicos por accidente con Seguros Internacionales. La póliza incluye beneficios para gastos médicos y de rehabilitación escalonados dependiendo de la gravedad de las lesiones. Si las lesiones son moderadas hasta un máximo de \$50,000 USD. En caso de sufrir lesiones graves y permanentes y si el asegurado sufre una “Discapacidad Personal Integral” (DPI)” de 55% o más, entonces la persona puede tener acceso hasta un tope de \$1,000,000 USD para todos sus cuidados y terapias médicas y personales por el resto de su vida.

Los costos médicos y de rehabilitación incluyen el costo de recibir cuidados personales, fisioterapia, psicoterapia, acupuntura, transportación, medicamentos, etc., siempre y cuando estos tratamientos sean “razonables y necesarios”.

De acuerdo a la póliza, la evaluación del DPI puede combinar la discapacidad física de la persona con la puntuación de discapacidad psicológica que la persona tenga.

Inicialmente Da Silva presenta una solicitud para lesiones moderadas, por beneficios médicos para costearse los gastos de terapia, medicamentos y de transporte. Seguros Internacionales paga sin muchas trabas los gastos por los primeros cinco años. Lamentablemente, a pesar de las

terapias y el transcurso del tiempo, Da Silva no mejora. A pesar de la fisioterapia, acupuntura, y farmacoterapia, e inyecciones para bloquear los nervios, Da Silva continúa con terribles dolores corporales especialmente al tratar de pararse. Pasan cinco años y es diagnosticado con síndrome de dolor crónico.

En el sexto año las cosas empeoran dramáticamente para Da Silva y es diagnosticado con cáncer en la próstata. Durante los próximos dos años recibe tratamientos para el cáncer incluyendo quimioterapia y radiación. Da Silva empieza a tener problemas más graves con su movilidad y empieza a usar una silla de ruedas para moverse. Al mismo tiempo, su salud emocional empeora y entra en una gran depresión y con altos niveles de ansiedad. Da Silva entonces contrata a un/a abogado/a para que le ayude a obtener mayores beneficios de Seguros Internacionales.

En vista del obvio deterioro de Da Silva y al descubrir que el asegurado ya ha utilizado más de \$48,000 en gastos médicos, el abogado solicita a Seguros Internacionales a que considere a su cliente con una discapacidad integral personal de 55% para poder acceder a una mayor cobertura de gastos médicos. Seguros Internacionales deniega la solicitud.

Como es requerido por la póliza, el abogado envía a Da Silva a una evaluación médica multidisciplinaria con psicólogo, neurólogo, y ortopedista. Ellos concluyen que Da Silva satisface los requisitos de una DPI de 56%, o sea que califica para beneficios de hasta un millón de dólares. La empresa de seguros, por su parte, al recibir los informes de Da Silva, somete a una evaluación con un equipo médico contratado por Seguro Internacional, quien concluye que su DPI es únicamente de 32%, y por consiguiente no califica para recibir beneficios médicos por encima de los \$50,000 USD.

Al no poder resolver la disputa, el abogado de Da Silva presenta una petición ante el Tribunal de Disputa con Seguros para que determine si Da Silva califica para tener acceso a beneficios médicos adicionales de acuerdo con su DPI de 56%.

Teorías del caso de Da Silva:

1. Las lesiones que sufrió Da Silva son degenerativas y con el paso del tiempo su condición se deterioró hasta el grado de estar gravemente discapacitado con un DPI de 56%. Su discapacidad se debe, principalmente, a su accidente y no a su diagnóstico de cáncer que ya está en remisión. Si algún efecto ha tenido el cáncer de próstata en su discapacidad ha sido menor y no exime a Seguros Internacionales de sus obligaciones bajo la póliza.
2. Da Silva no ha podido regresar a trabajar en más de siete años y Seguros Internacionales ha reconocido esta discapacidad todo el tiempo pagándole sus gastos médicos hasta la fecha.

Por parte del Seguros Internacionales:

1. Da Silva no ha sufrido lesiones graves u objetivas en el accidente. Su DPI tomado por un equipo médico imparcial es solamente de 32%, muy lejos del 55% DPI requerido por la póliza.
2. Los problemas de Da Silva se agravaron con el diagnóstico del cáncer en la próstata lo cual no tiene ninguna relación con su accidente y por eso no tiene cobertura dentro de la póliza que da cobertura únicamente para accidentes laborales.

La posición de Seguros Internacionales tiene cierta lógica con la coincidencia temporal del diagnóstico de cáncer de próstata y el deterioro en la movilidad de Da Silva que lo lleva al uso de la silla de ruedas. La silla de ruedas marca un importante hito en el deterioro de la movilidad de Da Silva y ha influido significativamente en los resultados de la evaluación de su DPI de 56% por parte del equipo médico de Da Silva. El problema para el demandante es que la silla de ruedas entra en escena simultáneamente con su diagnóstico de cáncer de próstata sugiriendo una relación de causalidad entre esta enfermedad y el deterioro grave en su capacidad de movilidad. Sin embargo, esa teoría de la aseguradora no puede llegar muy lejos sin la documentación médica que establezca convincentemente que existe dicha relación de causalidad.

Por su parte, el abogado de Da Silva optó por la primera teoría: las lesiones del accidente son de carácter degenerativo, basándose principalmente en la extensa ficha medica post-accidente que detallaba con cientos de documentos el deterioro gradual, empezando el día del accidente por cinco años hasta llegar al día del diagnóstico del cáncer. Esta documentación reflejaba la disminución en su movilidad, reportes de dolor, el aumento progresivo de fármacos, estado anímico, y los informes de peritos.

Por ejemplo, en términos de la movilidad, detallaba cómo al principio el actor necesitaba apoyarse en un bastón, a los 18 meses después del accidente cambió a un bastón de cuatro puntos, a los tres años del accidente empezó a usar regularmente un andador pues el dolor en las piernas seguía en aumento. Además, se descubrió en la documentación que el deterioro a su movilidad después del diagnóstico del cáncer continuó la misma trayectoria que antes, sugiriendo que el cáncer de por sí, realmente, no había sido un factor importante en el agravamiento de su condición física y emocional.

En la audiencia oral los peritos de la aseguradora no pudieron rebatir el historial médico que detallaba el marcado, pero gradual deterioro físico de Da Silva después de su accidente laboral. El magistrado aceptó la evidencia de los peritos de la parte actora aceptando el DPI de 56% y permitiéndole acceso a mayores beneficios médicos y terapéuticos.

Podemos ver en este caso que la teoría del caso se moldea conforme al contenido de las pruebas, específicamente el extenso historial médico que respalda el argumento de una condición degenerativa.

Por su parte, la aseguradora tomó una teoría que aparentaba coherencia, pero cuando es sometida al rigor de las pruebas, no logra interrumpir la cadena de causalidad entre el accidente

y la creciente discapacidad de Da Silva a través de los años. El caso de Da Silva muestra la doble función que desempeña la teoría del caso: nos da un sentido claro de dirección tanto para la construcción y documentación del caso como para su presentación.

Resumiendo, la teoría del caso es la articulación convincente de nuestra posición en el caso, la cual tiene que ir respaldada por los hechos críticos, debe ser lógica y estar firmemente sostenida en las leyes.

Considerando su importancia vital, cómo podemos presentar la teoría del caso de una manera simple, concisa y de impacto, para que a través del juicio y en sus deliberaciones, el/la juez/a o jurado puedan acordarse con facilidad del punto medular que nosotros queremos que quede grabado en su memoria. Para esto es importante resumir nuestra teoría en el tema central del caso.

1.3. Desarrollando el Tema Central

Es importante que un/a abogado/a pueda comunicar el meollo del caso en una o dos oraciones simples que claramente sugieran la dirección en la que queremos llevarlo. Para estos efectos se aplica el viejo *adagio* que lo breve y bueno, dos veces bueno.

En las ferias de negocios de la industria cinematográfica los promotores de películas se preparan para vender la idea a los muy solicitados productores dándoles un resumen sobre la temática de la película de sólo pocos segundos. Esta idea de síntesis de una película es la misma de cuando hablamos del tema central de un caso o proceso de litigio civil. El abogado debe tener la facilidad de resumir en pocas palabras y de manera persuasiva y memorable la esencia del caso: ¿Cuál es el mensaje que queremos transmitir?

Para poder desarrollar el tema central, el más persuasivo, debemos asegurarnos que los hechos más contundentes y/o más emblemáticos del caso sean incorporados en el tema, para que el que nos escucha pueda contestar con confianza de qué se trata el caso.

En los años 90 el caso penal contra la estrella de fútbol americano y comentarista deportivo O.J. Simpson por el homicidio de su exesposa Nicole Simpson y Ron Goldman fue noticia durante todos los meses que duró el juicio⁴. La defensa se centró en una teoría del caso basada en el documentado racismo de la policía de California, y que Simpson, siendo afroamericano, había sido presa para el policía investigador. El principal abogado defensor, Johnny Cochran, utilizando un guante encontrado en la escena del crimen que resulto ser muy pequeño para las manos de Simpson, hábilmente resumió la teoría del caso más largo en la historia de los Estados Unidos con el siguiente tema central: *“si el guante no le queda, lo deben absolver”*. Lo repitió durante

⁴ The People of the State of California v. Orenthal James Simpson, [1995] Superior Court of the State of California for the County of Los Angeles.

muchas veces en el transcurso de su argumento final. Simpson fue absuelto a pesar de la cantidad de evidencia en su contra.

El tema central es siempre esencial para poder comunicar efectivamente la esencia de nuestro caso. Sin embargo no podremos llegar muy lejos si nuestro caso es disonante con las leyes que gobiernan el asunto en disputa.

Una vez que hemos seleccionado y priorizado los elementos cruciales del caso y también hemos contemplado las pruebas necesarias para respaldarlos, nos introducimos dentro del marco legal para así poder desarrollar nuestra teoría del caso.

2. Explorando el marco legal

Sería completamente imposible presentar un caso ante los tribunales sin considerar las leyes que permiten y gobiernan las demandas. Estas son las leyes sustantivas, las leyes relacionadas a la admisión de pruebas y las reglas procesales.

Desconocerlo sería como transitar por las calles sin que hubiera alguna señalización, sin reglas de tránsito y sin un punto de destino. El marco legal es el conjunto de leyes que nos ayudan a contestar el que, cuando, como y donde de nuestro caso.

Como ejemplo le propongo utilicemos el caso 4 de Fernández v. Lobo:

Un lunes 24 de junio a eso de las 7:15 am., José Fernández iba de pasajero en una camioneta conducida por Carlos Lobo. Ambos se dirigían a trabajar en un proyecto de construcción de casas. Tomaron por la Avenida Independencia en la periferia de la ciudad. El límite de velocidad por dicha calle es de 50 km/h. Empieza a llover fuertemente y, preocupado por llegar a tiempo al trabajo, Carlos continúa conduciendo a 50 km/h. De repente, pierde el control del vehículo y la camioneta empieza a deslizarse de costado hacia adelante sin poder controlarla. La camioneta entra en los carriles de contramano y choca contra un autobús escolar que transitaba en la dirección opuesta. El lado izquierdo de la camioneta impacta violentamente contra el frente del autobús por el lado del conductor. El accidente ocurre dentro del carril en que transitaba el autobús. Ambos vehículos quedan destrozados y José Fernández sufre múltiples lesiones incluyendo una fractura compuesta de su fémur izquierdo.

A simple vista podemos observar que el marco legal en el caso Fernández v. Lobo lo conforman varias leyes relevantes incluyendo las sustantivas y las procesales:

- Las leyes sustantivas de tránsito que gobiernan la circulación de automóviles, su velocidad, la señalización, el derecho de vía, etc.;
- Las leyes sustantivas concernientes al dolo y a la indemnización de víctimas de accidente;
- Leyes concernientes a la presentación de pruebas/ evidencia;
- Reglas procesales y estatutos de prescripción de demandas, etc.

Para ilustrar mejor la relación de lo legal con los hechos utilizaremos los cuatro ejemplos de estas leyes que se encuentran en los Anexos 1- 4 de esta sección y las aplicaremos al caso Fernández v. Lobo. Los cuatro estatutos representados en los anexos están basados en actuales leyes de la Provincia de Ontario en Canadá.

Veamos cómo los hechos del caso interactúan con las leyes sustantivas.

2.1. Leyes sustantivas relevantes

Las leyes sustantivas que conciernen a nuestro caso son las que gobiernan y nos dan las pautas para organizar y presentar los hechos del caso de manera coherente, para obtener los resultados deseados. En el caso de Fernández v. Lobo, podríamos considerar que los hechos del accidente y de los daños sufridos estarán gobernados por leyes que nos ayuden a determinar los dos puntos claves para que el demandante reciba la indemnización que amerita: culpabilidad/negligencia del demandado y la cuantificación de daños, etc.

La Ley de tránsito (Anexo 1) nos ayuda a identificar los elementos de prueba para poder determinar la responsabilidad por causar o contribuir a que sucediera el accidente. Estos elementos pueden ser: la manera de conducir, tomando en cuenta tanto las condiciones en la calle como la velocidad de los automóviles; las condiciones de la superficie de la calle (ej.: ¿es la calle plana? ¿hay alguna curva o desnivel?); ¿cómo era la visibilidad?, ¿el tiempo?, ¿la hora del día/noche? Todos estos elementos son cruciales para poder juzgar qué tan razonable fue la conducta de las partes previa al accidente.

Ya que los conductores deben manejar de forma razonable, podemos estimar una serie de factores que pueden influir en la conducción razonable del vehículo como: nivel de experiencia del conductor, problemas de la vista, la fatiga, desvelo, conducción bajo la influencia de alcohol, drogas, ya sean prescritas o ilegales; o alguna condición física o mental.

Adicionalmente la ley de tránsito también crea una responsabilidad de los conductores y propietarios de los vehículos en tránsito de tenerlos en aptas condiciones mecánicas para cualquier eventualidad. Esto incluye obviamente los frenos, alineamiento de las llantas, las luces, limpia parabrisas, luces de emergencia, etc.

Ésta norma regula la responsabilidad de cualquier conductor de evitar un accidente. Entonces tendremos que investigar la reacción que tuvo Fernández al darse cuenta que el auto de Lobo estaba deslizándose. ¿En qué momento preciso lo vio? ¿Había algo obstruyendo su campo de vista, dentro o fuera del auto? ¿Estaba Fernández atento a la calle o tenía su mirada en otro lugar? ¿Desde qué momento era visible el auto de Lobo? ¿Le dio suficiente tiempo para tomar alguna medida evasiva como cambiar de carril? ¿Tomó alguna medida evasiva? ¿Por qué no?

Una vez reunidos los elementos requeridos para establecer la responsabilidad de Lobo y explorar la posible negligencia parcial de Fernández, entonces pasamos a identificar los elementos de

prueba necesarios para comprobar nuestra versión de los hechos. O sea, la evidencia para demostrar las lesiones sufridas por Fernández, las secuelas que éstas le han dejado, el tratamiento médico y terapéutico necesario para su rehabilitación, el impacto que las lesiones afectaron a su habilidad laboral, a sus funciones hogareñas, a sus actividades recreacionales, etc.

2.2. Identificando los elementos de prueba

Las pruebas son las herramientas fundamentales de los litigios civiles. A pesar de su rol crítico en los juicios no todas las pruebas serán admisibles en un tribunal. Una foto de una persona con vendajes en todo el cuerpo no es necesariamente prueba de las lesiones sufridas en el accidente. Al no haber detalles y testimonio de cuándo fue tomada la foto en relación al accidente, quién tomó la foto, documentos u otra evidencia que corrobore las supuestas lesiones que los vendajes están cubriendo, etc. En todo caso, el tipo de prueba permitido en los tribunales estará gobernado por las leyes de la evidencia.

Típicamente los elementos de prueba utilizados en casos civiles incluyen:

- a) Objetos
- b) Testimonio de testigos
- c) Documentos de oficio
- d) Informes de peritos
- e) Mapas
- f) Copias de leyes y estatutos
- g) Fotografías
- h) Videos
- i) Declaraciones juradas
- j) Contratos, etc.

¿Cuáles pueden ser los elementos de prueba en nuestro caso?

Para identificar las pruebas necesarias para comprobar nuestro caso por daños y perjuicios nos remontamos al marco legal tomando en cuenta tanto las leyes sustantivas, ley de tránsito y de negligencia, como las leyes procesales relativas a la presentación de evidencia.

Del Anexo 1 tomamos que la Ley de Tránsito establece que el/a conductor/a y el/la propietario/a son responsables por los daños causados por la conducción negligente del vehículo.

Entonces, primero debemos establecer los hechos fundamentales bajo la Ley de Tránsito. Por básicos y fundamentales que parezcan, sin ellos no podremos edificar nuestro caso. Por ejemplo:

- ¿Quiénes eran los conductores en el momento del accidente?
- ¿Quiénes son los propietarios de los vehículos?
- ¿Cuáles son los actos/omisiones de las partes que se pueden considerar negligentes?
- ¿Cuáles fueron las lesiones que sufrieron las partes?

- ¿Cuáles han sido las secuelas que las lesiones dejaron?
- ¿De qué forma impactan las lesiones/secuelas en la vida laboral del demandante?
- ¿De qué forma impactan las lesiones/secuelas sobre la vida familiar del demandante?
- ¿De qué forma impactan las lesiones/secuelas sobre la vida social del demandante?
- ¿Qué tratamiento médico u otros gastos médicos tendrá el demandante a raíz del accidente?

Y partir de ahí explorar: ¿de qué manera podemos mostrar con elementos de prueba admisibles las respuestas a las preguntas anteriores? O en otras palabras, ¿cuáles son las pruebas de mayor contundencia que podemos presentar para demostrar efectivamente nuestra posición respondiendo las preguntas? Para esto, también debemos considerar diferentes factores, como quién es el/la mejor testigo con conocimiento personal del tema para contestar la pregunta; el presupuesto del litigio; cuál es la forma más económica de comprobar el punto; si hay documentos más asequibles que otros, etc. A veces, una fotografía puede obviar la necesidad de un informe más caro de un perito.

Primer aspecto: ¿Cómo comprobamos quienes eran los conductores?

Podría ser a través del testimonio de testigos oculares y a través del informe del organismo policial y los apuntes del/la oficial de policía que investigó la escena del accidente.

Si los/las bomberos o paramédicos asistieron a la escena del hecho, tendrán información sobre quiénes eran los conductores.

Aunque parezca un punto demasiado básico, la identidad de los conductores en un accidente puede convertirse en un punto central en el caso, especialmente en situaciones donde trasladaron a los ocupantes del vehículo al hospital antes que llegara la policía, dejando una duda significativa sobre cuál de los ocupantes del vehículo estaba tras el volante, especialmente si ellos perdieron el conocimiento en el accidente y no tienen memoria de lo que sucedió, y uno de ellos estaba ebrio o tenía su licencia de conducir suspendida - dejando una duda importante sobre este punto-.

¿El informe de policía sería admisible? Para esto nos referimos a la Ley de Presentación de Pruebas/ Evidencia en el Anexo 3. Las leyes de presentación de evidencia nos permiten utilizar el informe de la policía como evidencia en el juicio siempre y cuando el informe satisfaga los requisitos para ser admitido en evidencia:

- Un documento que fue elaborado como parte de un negocio/institución.
- Que la elaboración del documento es parte del trabajo cotidiano de la institución.
- Que el informe fue hecho contemporáneamente con el accidente.

- Que fue hecho por una persona cuyo trabajo y función incluye la elaboración del informe conforme a normas de precisión y veracidad.

Claramente, el informe policial reúne, por lo menos, tres de estos cuatro elementos. Pero todavía se puede siempre desafiar la admisibilidad del informe policial cuestionando su contemporaneidad y veracidad en el caso que el documento haya sido elaborado fuera del tiempo o con información incorrecta obtenida de testigos o de las partes.

Segundo aspecto: ¿Cómo comprobamos quiénes son los propietarios del vehículo?

En la mayoría de casos como éste, la propiedad se establece fácilmente con el documento de propiedad del vehículo emitido por el registro automotor del Estado. El título de propiedad, al ser auténtico, reúne los requisitos de la ley de evidencia para ser admitido como tal ante el tribunal. Existen algunas situaciones en que el accidente sucede después que se ha efectuado la venta del rodado, pero el traspaso no se ha registrado ante las autoridades reguladoras de vehículos y tránsito vial. En estos casos, habría que presentar documentos adicionales, como el contrato de compraventa, recibo de pago, cheque cancelado, etcétera; para poder establecer la propiedad del auto.

Tercer aspecto: ¿Cuáles son los actos/omisiones de las partes que se pueden considerar negligentes?

Para contestar esta pregunta nos podemos amparar tanto en la Ley de Tránsito como la Ley de Negligencia (anexos 1 y 2).

Esta ley establece la obligación de evitar un accidente si podemos. En el caso 4 de Fernández v. Lobo tendríamos que analizar detenidamente la conducta de ambos conductores previo al accidente y en el momento de los hechos. ¿En qué momento notó Lobo que el auto se deslizaba? ¿A qué velocidad procedía en ese momento? ¿A qué se debe el deslizamiento? ¿una falla de conducción o a un problema mecánico del auto? El conductor de la camioneta, ¿tuvo tiempo de reaccionar y evitar el accidente? ¿Cuánto tiempo pasó desde el momento que se podía ver que la camioneta se deslizaba y el impacto actual? ¿Cuáles fueron las acciones del chofer del autobús? ¿Pudo haber cambiado de carril o tomar otras medidas evasivas para evitar el accidente?

Cuarto aspecto: la identificación y cuantificación de los daños

Para este extremo también nos referimos una vez más a las leyes de Tránsito y Negligencia y formulamos algunas preguntas que nos ayuden a determinar qué información y pruebas podemos presentar.

¿Qué lesiones sufrieron las partes? ¿Cómo comprobarlas?

¿Cuáles han sido las secuelas que las lesiones dejaron?

¿De qué forma impactan las lesiones/secuelas en la vida laboral del demandante?

¿De qué forma impactan las lesiones/secuelas sobre la vida familiar del demandante?

¿De qué forma impactan las lesiones/secuelas sobre la vida social del demandante?

¿Qué tratamiento médico u otros gastos médicos tendrá el demandante a raíz del accidente? Etc.

Podemos ver que para contestar estas preguntas necesitaremos explorar la ficha médica de las partes post y pre accidente, para poder determinar qué afectaciones fueron causadas por el accidente y cuáles son el producto de otras causas no relacionadas. Frecuentemente no se tiene una ficha médica extensiva por razón de falta de recursos para pagar los servicios médicos, en esos casos es útil el testimonio de testigos que puedan dar fe de las limitaciones que ha tenido la persona a raíz del accidente. A menudo en estos casos se utilizan también modelos de anatomía para mostrar partes del cuerpo dañadas o para indicar también un procedimiento médico quirúrgico. También se pueden considerar el uso de fotografías, radiografías, imágenes de herramientas de diagnóstico médico, y cualquier otro recurso a nuestra disposición que sea admisible de acuerdo a las reglas de evidencia.

2.3. Trabajando las Reglas de Evidencia

Las reglas de presentación de pruebas y evidencia son de gran importancia para asegurar que podamos presentar el fruto de nuestros esfuerzos de investigación de los hechos del caso. El descuido u omisión de las reglas de evidencia puede resultar en la exclusión imprevista de pruebas que representan meses de trabajo y muchos costos a nuestros clientes. Supongamos que para nuestro caso en particular las reglas de evidencia están codificadas en la Ley de presentación de pruebas (Anexo 3). Estas nos indican qué pruebas pueden ser admitidas y cuál es el procedimiento que debemos seguir para que sean admitidas como tales.

Es importante señalar que, en la práctica, la mayoría de documentos entran como evidencia en el juicio a través del consentimiento previo de la contraparte sin requerir autenticación formal en el juicio. Sin embargo, en esa instancia existen situaciones donde la contraparte disputa la admisibilidad del documento, entonces tenemos que autenticarlo a través de los testigos que tienen conocimiento de él, de su elaboración, o fueron parte de la transacción donde se generó. La disputa, en ese caso, se conduce ante el/la juez/a y en ausencia del jurado.

Utilizando el ejemplo de nuestro caso 1 en Lemus v. Seguro Para Todos, la planilla inicial que llena Patricia Lemus para solicitar el seguro se ha convertido en un tema importante y contencioso en la disputa.

¿Cómo presentaría el abogado de la aseguradora la planilla como prueba?

Idóneamente, el abogado tendría que citar y presentar al vendedor de Seguro Para Todos que atendió a Patricia Lemus en la reunión inicial, ya que él es la persona con conocimiento propio de cómo se llenó la solicitud y cómo llegó a firmarla la demandante.

Por ejemplo, la ley de evidencias estipula que los documentos escritos serán admitidos como evidencia si se establece la autenticidad del documento. Esta regla nos indica que cualquier documento necesario para el juicio tiene que ser antes autenticado. ¿Cómo logramos autenticar un documento?

Pasos para admitir documentos de prueba:

1. Sentar la base de admisibilidad.
2. Calificar al testigo.
3. Autenticar el documento.
4. Establecer la relevancia del documento.

1. Sentar la base.

Es el paso inicial cuando introducimos un documento de prueba. Quiere decir simplemente establecer los hechos legalmente necesarios para que el documento sea admitido como evidencia. En el caso de Seguro Para Todos si buscamos introducir el documento de la póliza de seguros podríamos preguntar, por ejemplo:

P. ¿Cómo se pusieron de acuerdo sobre los términos de la póliza?

R. Firmamos un contrato.

P. Le estoy mostrando el documento de prueba A-1, ¿lo reconoce?

R. Sí, es una copia del contrato que firmamos con el agente de Seguros para Todos.

2. Calificar al testigo.

Si requerimos un/a testigo para autenticar el documento necesitaremos establecer que el/la testigo está calificado para hacerlo. Esto se hace típicamente al inicio de la examinación e inmediatamente después de haber jurado. Por ejemplo, en el caso 1 Lemus v. Seguros Para Todos, seguramente, lo haríamos de la siguiente forma:

P: Sr. Vendedor de Seguros Para Todos, ¿ha visto antes a la Sra. Patricia Lemus?

R: Sí, fue hace mucho tiempo cuando trabajaba en ventas y tuve ocasión de reunirme con ella para venderle la póliza de seguros por incapacidad laboral que ella quería.

P: ¿Y tuvo usted o ella que llenar algún documento para solicitar la póliza a Seguros Para Todos?

R: Sí, llenamos el formulario S-4, el cual firmamos con fecha 1 de junio del 2001.

Con este cuestionamiento califica al vendedor como autor y con conocimiento propio de la planilla, y podemos entonces autenticar el documento.

3. Autenticar el documento

Este es el paso más importante en la admisión de un documento de prueba por el tribunal. Para ello es preciso el testimonio fidedigno de que el documento es lo que pretende ser. Seguimos con la examinación del vendedor en Lemus v. Seguro Para Todos:

- P: Le estoy mostrando una planilla de Seguro Para Todos. ¿La reconoce?
R: Sí, es la planilla S-4 que usamos en el caso de la Sra. Lemus.
P: Diríjase por favor a la página 4 en la parte baja. Hay dos firmas en ella, ¿las reconoce?
R: Sí, la primera es mi firma y la segunda es la firma de la Sra. Lemus.
P: ¿Firmó la Sra. Lemus esta planilla en su presencia?
R: Sí, la firmamos juntos al terminar la reunión.

4. Establecer la Relevancia del documento de prueba:

Cuando hemos logrado autenticar el documento a través del testigo, entonces, debemos establecer su relevancia en nuestro proceso. En nuestro caso 3 de Fernández v. Lobo podríamos ver esta aplicación en un extracto de la examinación de Raúl Fernández, el hijo de José Fernández, a propósito de una fotografía del lugar del accidente.

- P: ¿Reconoce usted esta foto?
R: Sí, es la foto de la intersección de las calles 18 de julio y Dr. Joaquín Requena donde sucedió el accidente de mi padre. La tomé una semana después del accidente a las 6:30 am, la misma hora en que sucedió el accidente.

En este caso, la descripción de la foto de Raúl establece la relevancia al caso. La foto de la misma intersección donde sucedió el accidente, a la misma hora del día; nos da una idea clara de las características del lugar del accidente, un punto claramente relevante a la disputa sobre la responsabilidad.

2.4. Reglas procesales

Las reglas procesales nos indican cuáles son los pasos a seguir en el proceso del juicio civil, el orden de ellos, el cuándo y cómo se dan los diferentes pasos hasta llegar a la conducción del mismo juicio. Nos informan además los tiempos límites de presentar la demanda, los documentos de prueba, la examinación bajo juramento, la notificación a los testigos, etc. Al presentar nuestro caso tenemos que tener presente las reglas para poder determinar, entre otras cosas, los momentos óptimos para obtener y presentar la evidencia. Por ejemplo, es importante presentarse al juicio con informes actualizados de los peritos sobre el estado físico y mental del demandante. Un informe obtenido a principios del proceso tendrá menos impacto si el juicio se presenta tres años después y las lesiones sufridas por la víctima ya han mejorado

significativamente. Al mismo tiempo debemos tener presente los tiempos límites de presentación de documentos estipulados en las reglas.

Las reglas procesales civiles en Canadá proveen un recurso valioso para conocer a mayor profundidad el caso de nuestro oponente y así facilitar la resolución de disputas: El examen oral previo al juicio.

II. El examen oral previo al juicio (Discovery)

El examen oral previo al juicio (Examen de Descubrimiento), también conocido con el nombre de “*Deposition*”, es un paso formal dentro del proceso civil establecido por las reglas de procedimiento civil de algunas jurisdicciones donde se practican los juicios civiles orales, como en los sistemas legales basados en la tradición anglosajona de Canadá, Estados Unidos, Australia, Inglaterra, etc.

El Examen de Descubrimiento (ED) es una sesión de interrogatorio bajo juramento de las partes en un litigio civil. El ED se lleva a cabo en una oficina neutral ante la presencia de un “reportero/a de la corte”, quien graba y toma el acta de todo lo que transcurre dentro de la examinación: preguntas y respuestas, aclaraciones y discusiones sobre la propiedad de alguna pregunta.

El ED juega una parte fundamental en el litigio y resolución de disputas puesto que nos da una valiosa oportunidad de conocer mejor las fortalezas y debilidades del caso de nuestro contrincante. Nos permite ahondar sobre el conocimiento de la contraparte, sobre los hechos en disputa, y nos permite evaluar las cualidades de la presentación oral de las partes. De cierta manera juega el papel de un ensayo del propio juicio ya que nos da una muestra temprana en el proceso de cómo se presenta nuestro cliente al ser examinado bajo juramento, su nivel de ansiedad, características personales que pueden afectar cómo es percibido por terceras personas, como sería quien juzgue en el juicio. De la misma manera nos da la oportunidad de evaluar a la contraparte, y poner a prueba la fortaleza de su caso a través de sus respuestas. Pero, ¿qué es lo que perseguimos con el ED?

1. Objetivos del Examen de Descubrimiento

Un objetivo principal del examen de descubrimiento es permitir a las partes conocer más profundamente su caso al dar la oportunidad de sopesarlo ante la evidencia oral de la contraparte. Así, nos permite poner a prueba la presentación de la contraparte, su calidad como testigo, su aparente credibilidad, su capacidad de evocar simpatía; factores que pueden influir en un juicio, especialmente si se realiza ante jurados.

Otro objetivo importante del ED es obtener admisiones por parte de la contraparte sobre elementos claves de los temas en disputa. Estas admisiones luego son parte del acta del ED y se utilizan en el juicio para establecer la admisión de un hecho.

Desde la perspectiva de la administración de justicia, una de las funciones prácticas del Examen de Descubrimiento es la resolución temprana de disputas. Uno de los elementos que dificultan la resolución de cualquier caso es el vacío de información acerca de la perspectiva que la contraparte pueda tener en torno a los temas en disputa en el reclamo.

Por ejemplo, en un caso de un accidente automovilístico, el no conocer la versión de la contraparte sobre la velocidad de su vehículo previo al impacto, de sus movimientos y quehacer dentro del vehículo, de la condición y estado de reparación de su vehículo; nos deja con dudas importantes sobre puntos que pueden ser determinantes para establecer los elementos del factor subjetivo, por ejemplo el dolo. El Examen de Descubrimiento nos permite así obtener respuestas a estas preguntas claves lo cual nos permite una evaluación más integral y precisa del caso lo cual es una herramienta vital para que las partes puedan explorar una resolución más apegada a la evidencia y por ende más justa.

2. Preparación para el interrogatorio bajo juramento

a. Consideraciones preliminares – ¿A quién examinar?

Cuando una demanda civil es entre dos personas naturales no tenemos que preocuparnos mucho de quién vamos a examinar para el descubrimiento, puesto que en la gran mayoría de los casos serán las partes personalmente quienes serán examinadas bajo juramento. La cosa se complica un poco cuando una de las partes es una organización, institución o empresa. Generalmente las leyes procesales del descubrimiento oral nos dan la oportunidad y el derecho de examinar a una persona, como representante de la contraparte. Generalmente buscamos a la persona que tenga más conocimiento personal del asunto y que nos pueda brindar la mayor información posible.

Por ejemplo, en el caso 1 de Lemus v. Seguros Para Todos, podríamos considerar que el vendedor del seguro, o el jefe de ese departamento en el momento en que se acepta la póliza de seguros, o el representante del departamento de reclamos responsable de denegar la petición de beneficios serían todas personas claves para examinar por su conocimiento personal de los hechos o por el conocimiento del funcionamiento operativo y procedimientos de Seguros Para Todos.

b. Bosquejo de la examinación bajo juramento

El bosquejo es nuestro mapa de ruta para la examinación de descubrimiento. En él trazamos nuestros objetivos principales en la examinación. Los objetivos pueden ser múltiples, como obtener mayores detalles sobre los temas en disputa, obtener admisiones de hechos y documentos, determinar la responsabilidad por las acciones que dan raíz a la disputa, evaluar la credibilidad y presentación del testigo, etc. Regresando a Lemus v. Seguro Para Todos podemos identificar algunas áreas en disputa en el caso que fuéramos a interrogar a un representante del seguro, en función de la estrategia que vayamos a elegir para el caso:

1) *¿Cómo llega la Sra. Lemus a firmar la solicitud de póliza de seguros?*

- ¿Cómo hacen la cita con el vendedor?
- ¿Quién contacta a quién?
- ¿Qué información brinda Seguro Para Todos previo a la cita?
- ¿Cuánto duró la cita? Esto nos permitiría tener una mejor idea de cuánta información realmente le dieron a la Sra. Lemus
- Obtener una copia completa del archivo del seguro.
- Averiguar qué información previa tenía el seguro de las características personales de la Sra. Lemus, incluyendo aquellas características que pueden influir en su nivel de comprensión de la planilla del seguro, su nivel de escolaridad, previos contratos de seguro, etc.
- ¿Existe un procedimiento/manual de ventas en Seguro Para Todos? para determinar si el vendedor siguió el procedimiento establecido y para evaluar si el procedimiento contempla debidamente dar información al cliente sobre la importancia y repercusiones de proveer un historial completo de salud.

2) *Aspectos relativos al vendedor: ya que la credibilidad de las partes será un tema en disputa, sería importante tener mayor conocimiento sobre esta persona, considerando:*

- Su entrenamiento formal dentro de la empresa
- Su hoja de vida
- Su nivel de experiencia en la empresa
- Su expediente como trabajador, incluyendo problemas de disciplina, disputas con clientes previos debido a la firma de contratos con declaraciones incompletas de historial de salud, etc.

3) *Obtener admisión sobre el historial de pago de cuotas del seguro por parte de la Sra. Lemus*

- La fecha que empezaron los pagos
- La frecuencia de los pagos
- Se efectuaron los pagos de manera regular
- Hubo algún problema con los pagos
- A la fecha del accidente los pagos estaban al día

4) *Ampliar la información sobre la póliza de seguros*

- Obtener una copia de la póliza que estaba en vigencia en el 2001 cuando la Sra. Lemus la obtuvo.

- Averiguar si ha habido cambios en la póliza, y si ha habido producir copias de la comunicación de estos cambios a la Sra. Lemus.

5) *Mayor información sobre el proceso interno de revisión del reclamo de beneficios de la Sra. Lemus y la operación del departamento de reclamos de beneficios.*

- ¿Cómo se enteraron del reclamo?
- Detalles paso a paso de las acciones del seguro cuando se enteran del caso: ¿Cuántas personas estuvieron involucradas en evaluar el caso? ¿Cuál fue su papel en esa evaluación? ¿Cuáles son sus calificaciones profesionales? ¿Su hoja de vida? ¿Nivel de experiencia interpretando la documentación recibida?
- ¿Cuál fue su respuesta?
- ¿Quién tomó la decisión de denegar la petición?
- ¿En qué se basaron para tomar la decisión?
- ¿Le dieron al cliente una oportunidad de brindar información adicional?
- ¿Qué saben sobre el problema de salud que es la base del reclamo de Lemus? Dar detalles.
- ¿Se comunicaron con el médico de la Sra. Lemus para obtener mayor información?
- ¿Cuál es el procedimiento establecido para manejar un reclamo?
- ¿Se siguió el procedimiento?
- ¿Existe algún manual de procesamiento de reclamos? ¿es posible obtenerlo?
- ¿Cómo funciona el departamento de reclamaciones? ¿cuántas personas trabajan allí? ¿cuál es la estructura orgánica del departamento?
- ¿Cómo se toman las decisiones sobre los reclamos?
- ¿Quién toma la decisión de denegar los beneficios? ¿cuál es su posición en la empresa?
- ¿Qué experiencia tiene? ¿qué capacitación ha recibido para tomar estas decisiones?
- Si ha habido capacitaciones, ¿hay material informativo sobre cómo tomar éstas decisiones? Producirlos.

6) *Información sobre otras demandas contra Seguros Para Todos para establecer un patrón de conducta injusta en contra de sus asegurados.*

- Solicitar detalles sobre otras demandas, fecha de fallos de los tribunales. Frecuentemente las aseguradoras se niegan a proveer esta información y esto puede dar lugar a una petición a la corte sobre la relevancia de estos documentos en el caso.
- ¿Han sido multados alguna vez por prácticas desleales?
- ¿Cuáles han sido las ganancias de Seguros Para Todos en los últimos quince años?

El bosquejo nos ayudará a identificar todas las preguntas que podamos hacer en la examinación, en la cual tendremos preguntas adicionales que nacen de las respuestas de la persona

examinada. Al final de la examinación tendremos una mejor comprensión de las fortalezas y debilidades de nuestro caso y con la obtención de admisiones y documentos adicionales habremos reducido los hechos en disputa y estaremos mejor equipados para explorar una resolución temprana del caso.

III. Anexos legales

Anexo 1: Ley de Tránsito por las Vías Públicas (LTVP)⁵

1. Vehículo automotor incluye automóviles, motocicletas, y cualquier otro tipo de vehículo propulsado o conducido por cualquier máquina que no sea el musculo humano, pero no incluye tranvías, u otros vehículos de motor que corren sobre rieles, tractores, o máquinas para construcción de carreteras.
2. Todo conductor/a de un vehículo es responsable por los daños que el vehículo cause a terceras personas como resultado de su conducción por la vía pública.
3. Todo conductor/a es responsable de conducir su vehículo por debajo del límite de velocidad establecido.
4. Todo conductor/a es responsable de conocer respetar y obedecer las señales de tránsito.
5. Todo conductor/a tiene la responsabilidad de tratar de evitar un accidente. Si el/la conductor/a no se avala de la oportunidad de evitar un accidente será encontrado parcialmente responsable de haber contribuido a causar el accidente.
6. Todo conductor/a es responsable de conducir su vehículo de manera prudente sin poner el peligro de los otros usuarios de la vía pública.
7. Todo conductor/a en las vías públicas es responsable de portar la licencia de conducir requerida para la clase de vehículo que conduce.
8. Todos los conductores de vehículos deberán portar evidencia de tener una póliza de seguros que protege de daños contra terceros.
9. Ninguna persona debe conducir un vehículo en la vía pública mientras sostiene o usa un aparato de comunicación inalámbrica u otro aparato diseñado para recibir o transmitir comunicaciones telefónicas, data electrónica, correo o mensajes de texto.
10. Ninguna persona deberá conducir un vehículo en una vía pública mientras sostiene o utiliza un aparato de entretenimiento electrónico u otro aparato cuyo uso no está relacionado a la operación segura de un automóvil.

⁵ Una adaptación simplificada del acta de Ontario: Highway Traffic Act, R.S.O. 1990, c. H. 8., s.1

11. A pesar de las secciones (9) y (10), una persona puede conducir un vehículo en la vía pública mientras usa un aparato de comunicación en su modo “sin manos”.
12. El propietario de un vehículo automotriz es responsable del mantenimiento y calidad de funcionamiento del vehículo.
13. Todos los frenos y sistemas de frenos deben de mantenerse en buenas condiciones y deberán conformarse con todas las regulaciones de seguridad.
14. Todo pasajero/a mayor de 16 años de un vehículo automotriz, es responsable de usar el cinturón de seguridad y puede estar sujeto a una multa de \$500 por omisión a este requisito.

Anexo 2: Ley concerniente al Dolo/Negligencia:⁶

- 1) Cuando se han sufrido daños por la culpa o negligencia de dos o más personas, el tribunal determinará el grado de culpabilidad o negligencia de éstas. Y si el tribunal determina que dos o más personas son culpables de negligencia, cada uno es responsable de indemnizar a la víctima en el grado que ellos sean determinados responsables o negligentes.
- 2) En una demanda por daños y perjuicios por negligencia si el tribunal determina que el demandante ha contribuido a los daños y perjuicios, aquel deberá asignar la culpa en proporción al grado de culpa o negligencia que se haya determinado en contra de cada una de las partes.
- 3) Cuando no se puede determinar la culpa o negligencia entre dos partes, las partes deberán ser consideradas responsables y negligentes en partes iguales.
- 4) La justa indemnización de las víctimas requiere que pongamos a ellas en la misma situación económica que hubieran estado si nunca hubiesen tenido el accidente.

⁶ Extracto y adaptación de la ley de Ontario: Negligence Act, R.S.O. 1990, c. N.1, s.1

Anexo 3: Ley Sobre Presentación de Pruebas/ Evidencia⁷

1. Un acta de transcripción del total o parte de cualquier evidencia en un proceso jurídico que se haya grabado conforme a estas reglas y que haya sido certificado conforme a este estatuto, o reglamento, o regla del tribunal, y que es admisible por ley, es admisible como evidencia.
2. En una demanda, ningún testigo presentado/a por las partes será excluido de dar evidencia por motivos de discapacidad, criminalidad o por ser tener algún interés en el asunto.
3. Los testigos deben contestar todas las preguntas incluso aquellas cuyas respuestas los puedan incriminar.
4. **Evidencia de Peritos.** Si una de las partes tiene la intención de presentar peritos como testigos, solo se pueden presentar en un número máximo de tres. Para presentar más de tres peritos se necesita la autorización previa del juez u otra persona que presida la audiencia.
5. Todas las personas se consideran competentes para dar evidencia. Cuando la competencia es cuestionada, el juez examinará la persona y podrá determinar si ella es competente o no.
6. Toda persona que sea notificada con una citación emitida por los tribunales estatales para comparecer ante dichos estrados deberá cumplirla. La persona que habiendo sido citada, no comparezca ante el tribunal sin una razón legal valedera, estará sujeta a una orden de arresto por desacato.
7. **Documentos o registros de oficios.** “Oficios” incluye cualquier tipo de empresa o negocio, profesión, ocupación, operación o actividad ya sea lucrativa o no lucrativa.
8. Cualquier documento hecho de acuerdo a la ley, o transacción, ocurrencia o evento es admisible como evidencia del acto de esa transacción, ocurrencia o evento, si este fue elaborado como parte del uso cotidiano y en el curso de cualquier negocio si está dentro del curso regular del negocio/empresa a realizar ese tipo de escrito o acta al momento del acto, transacción, ocurrencia o evento, o dentro de un tiempo razonable después del hecho.
9. Los documentos escritos serán admitidos como evidencia si se establece la autenticidad del documento.
10. **Prueba de algunos documentos escritos.** Si una parte pretende presentar el original de un telegrama, carta, factura de envío, guía de envío, orden de entrega, recibo, cuenta u otro instrumento escrito utilizado en negocios u otras transacciones, deberá notificar a la

⁷ Una adaptación simplificada de la Ley de Evidencia de la provincia de Ontario, Canadá: Evidence Act, R.S.O. 1990, c. e.23

contraparte, diez días antes de la fecha del juicio u otro procedimiento en el que se pretenda presentar.

Anexo 4: Extractos del Código Procesal Civil⁸

1. El tiempo de prescripción para las demandas civiles es de 2 años.
2. Las demandas deben ser presentadas a los/las demandado/as personalmente y solo con autorización de la corte se pueden presentar por correo o por otro medio.
3. En caso que una de las partes sea una organización, institución, empresa; cualquier documento parte de un proceso deberá ser entregado a un representante de la misma en las oficinas de la empresa que aparezcan registradas.
4. La demanda se debe presentar al demandado/a dentro de 90 días de la fecha de su emisión.
5. El/la demandado/a tiene 20 días para responderla presentándole al tribunal una declaración jurada que confirme la entrega personal al demandante de la respuesta a la demanda.
6. Las partes pueden citar a la contraparte para la Examinación de Descubrimiento - únicamente- después de haber presentado su declaración jurada sobre los documentos de prueba en su posesión.

⁸ Una adaptación abreviada de las reglas de procedimiento civil de la provincia de Ontario, Canadá. Rules of Civil Procedure, R.R.O. 1990.

SEGUNDA PARTE

I. Testigos.

1. Introducción a las herramientas de interrogatorios orales.

1.1. Preparación de Testigos.

Sabemos que el caso más robusto se puede desmoronar en el juicio si nuestros testigos olvidan detalles importantes, se ponen demasiado nerviosos al punto de dejar la impresión que su testimonio es poco confiable, o contradicen declaraciones previas u otros hechos ya firmemente establecidos por las pruebas. Para esta preparación debemos tener muy claro cuáles son los objetivos que perseguimos con la presentación de cada testigo.

1.2. Objetivos en la preparación de un/a Testigo.

La meta de toda preparación de testigos es presentar ante el tribunal a una persona que pueda expresarse de manera clara y razonable, que sea confiable y que tenga la capacidad y memoria para relatar sobre los temas en disputa recurriendo únicamente a la más mínima intervención por parte del/la abogado/a que lo presenta. La comparecencia ante un tribunal suele ser muy estresante para la mayoría de las personas por el desconocimiento del proceso, el temor a decir algo equivocado, a quedar en ridículo o miedo a caer en una trampa de la contraparte, entre otros.

1.3. Pasos claves para la preparación de un/a Testigo.

Hay cuatro principales pasos en la preparación efectiva de un testigo:

- a. La reunión para la preparación inicial. En la preparación inicial se le facilitan los documentos y todas las oportunidades para refrescarle la memoria antes de tener la conversación más profunda y detallada con el/la abogado/a.
- b. Reunión con el/la Abogado/a. El abogado se reúne con el testigo y revisan juntos el testimonio que va a dar.
- c. Preparando al testigo para la contra-examinación. En esta etapa identificamos las partes blandas del relato del testigo y buscamos aclaraciones con la intensidad de una contra-examinación en un juicio.
- d. Pulir al testigo. Implica brindarle directa e indirectamente información y consejos para relajarlo y mejorar su presentación dotándola de aparente confiabilidad.

a. Preparándonos para la reunión inicial con el Testigo

Para la reunión inicial de preparación es fundamental proveerle toda la documentación necesaria para que pueda refrescarse la memoria.

Por ejemplo, en nuestro caso 4 de accidente automovilístico de Fernández y Lobo, si estamos preparando a Fernández para dar su testimonio oral sería muy útil que le proveyéramos previamente una lista de todos los documentos relacionados a su testimonio incluyendo el informe de la policía; declaraciones previas que Fernández haya dado - incluyendo el acta de la examinación de descubrimiento -; los informes médicos, ya que estos no solamente incluyen los detalles del diagnóstico y tratamiento médico sino que con frecuencia también información que el paciente mismo ha brindado a los médicos y especialistas que lo han atendido. Además es muy útil repasar toda la documentación de investigaciones que la contraparte haya hecho, incluyendo pruebas audiovisuales como videos y fotografías, que pretendan mostrar a Fernández en acciones que, potencialmente, contradicen las limitaciones físicas que se han reclamado en el caso. Si Fernández repasa toda esta documentación, se sentirá más seguro de su evidencia y su preparación para la audiencia será mucho más exitosa. Es importante asegurarnos que los documentos que le brindemos a nuestro cliente sean aquellos de los que él tiene conocimiento personal, sino corremos el riesgo de confundirlo con información que él tiene por conocimiento propio y la información de segunda mano, la cual probablemente no sería admisible.

En casos de accidentes automovilísticos es muy útil regresar con el testigo a la escena del accidente, asumiendo que esto no sea demasiado traumático. Esto nos ayuda a asegurarnos que ambos, abogado/a y testigo, usen los mismos puntos de referencia al describir el área donde sucedió el hecho. En nuestro caso, sería útil por ejemplo que Fernández nos explicara y marcara en un diagrama o mapa, a qué altura de la calle estaba él cuándo vio por primera vez el vehículo de Lobo. Esto nos permitiría tener una mejor idea de su perspectiva, del alcance de su vista, y poder evaluar el tiempo que pudo haber tenido para reaccionar.

b. Reunión de Preparación con el/la Abogado/a.

El elemento principal en la preparación de un/a testigo para dar evidencia en un juicio es el repaso minucioso de la evidencia que vaya a dar ante al tribunal. Este es un paso tan importante que no se debe delegar a otra persona en el bufete legal. Este repaso se tendrá que hacer las veces que sea necesario para asegurarnos que el/la testigo pueda dar todos los detalles con confianza, de manera convincente.

Es muy útil hacer un simulacro de la examinación principal del testigo usando las preguntas que se le van a hacer para que se acostumbre al proceso y pueda con soltura contestar las preguntas sin tener que estar siendo guiado en cada palabra ya que esto erosiona completamente su credibilidad.

c. Preparándonos para la contra-examinación.

La contra-examinación suele ser el paso más temido por los/las testigos ya que las preguntas en el juicio serán hechas por el/la abogado/a de la contraparte con mucha más intensidad que en la examinación principal, y con la clara intención de desacreditarlo/la. En otras palabras, de hacerlo caer en contradicciones, dejando la impresión que el/la testigo y su testimonio no es confiable.

La preparación para la contra-examinación le brindará mayor confianza mostrándole lo que va a experimentar ante el tribunal y lo obligará a tomar con mayor seriedad su dominio de los hechos del caso.

Es de suma importancia recalcarle al testigo la relevancia de poner mucha atención y escuchar cuidadosamente la pregunta que le hacen y únicamente contestar esa pregunta. La contra examinación no es un momento para experimentar o desviarse del tema, pues esto atraerá una admonición del/a abogado/a y corre el riesgo de ser visto como evasivo.

Asimismo, advertirle al testigo que no es necesario apresurarse a contestar una pregunta, que puede tomarse algún tiempo para considerar la respuesta. Pero cuidado con tomarse demasiado tiempo puesto que también puede sugerir que la persona no sabe la respuesta o que el testigo está buscando maniobrar.

No es ningún pecado el no recordar algún detalle. Si no recuerda la respuesta a la pregunta, puede decirlo y si no está seguro de la respuesta también lo puede decir: “no estoy seguro, pienso que es así...” Esto es preferible a tratar de adivinar la respuesta lo cual será utilizado para desacreditar al testigo, u otro aspecto de la evidencia en el caso.

Es insoslayable repasar las áreas donde pueda ser atacada la credibilidad del/la testigo incluyendo información sobre su parentesco con las partes, etc. Adelantar la importancia de admitir honestamente el parentesco o relación con naturalidad, es un acierto.

Advertir al testigo que sus declaraciones previas pueden ser utilizadas en la contra-examinación. De modo que, es fundamental darle copias de ellas para repasarlas y tenerlas presentes.

En muchos casos, es útil que otro abogado del bufete asuma el papel del abogado de la contraparte y que sea este el que lleve a cabo la preparación de la contra examinación. Esto también a tener una vista más imparcial del caso donde el segundo abogado no tiene ningún compromiso con la versión de los hechos que estamos queriendo avanzar. La contra-examinación procedería como en el tribunal, con preguntas cortas, sugerentes, y con tono seco y firme.

Ultimadamente, la participación en este simulacro de contra-examinación tendrá el efecto de fortalecer la confianza del testigo y ayudará a que se presente de manera más convincente ante el tribunal.

d. Últimos detalles

Como decíamos previamente el objetivo nuestro en la preparación de un testigo es que pueda hacer su relato de los hechos de manera convincente. Para esto es vital que no olvide los puntos clave de su testimonio.

Algunos temas importantes de recalcar a nuestro testigo:

Poner mucha atención a las preguntas y contestar únicamente la pregunta que se le ha hecho.

Si no sabe la respuesta dígalo y no adivine.

Explicar al testigo a quien tiene que dirigir su atención al contestar las preguntas. Si el juicio es ante un juez, entonces tiene que ver al magistrado/a.

Explicar al testigo el término apropiado para referirse al juez, ejemplo su señoría, Sr. Magistrado, etc.

Su voz debe ser apropiada para el salón del tribunal. Tal vez debido a los nervios muchos testigos suelen dar su testimonio en voz muy baja y son interrumpidos frecuentemente ya sea por el juez/, el/la abogado/a de la contraparte o el/la secretario/a de la corte, interfiriendo en el flujo del relato.

Instruir al testigo de cómo dar evidencia para que el acta refleje claramente a lo que él se refiere. En vez de decir “tengo una cicatriz aquí” debería decir “tengo una cicatriz de diez centímetros en la pierna derecha cerca del tobillo”.

Su conducta debe demostrar respeto hacia el tribunal y el proceso. Evitar reírse durante su testimonio oral pues da la impresión que no toma el juicio en serio.

Es importante ilustrar al testigo acerca del caso en su integridad y del lugar que el testimonio ocupa dentro del caso.

Es importante también explicar ciertos términos legales o no comunes que pueden utilizarse en el tribunal durante su testimonio para no ser sorprendido con jerga legal pertinente al caso.

Darle una idea al testigo del diseño del salón del tribunal, dónde debe sentarse, dónde se sientan las partes, el/la juez/a, el/la secretario/a. Esto ayuda a familiarizarse con el entorno y, así, a disminuir la tensión nerviosa.

Informar al testigo si se va a hacer referencia a un documento de prueba durante su testimonio para que pueda dar fe que conoce el documento y pueda explicar lo que es o autenticarlo, si es pertinente.

Advertirle de posibles intervenciones del juez para que no sea sorprendido por ellas.

Informar al testigo el efecto de órdenes de exclusión de testigos y también las limitaciones de poder hablar con el/la abogado/a durante la examinación o contra-examinación.

En algunos casos, también es prudente brindar algunas sugerencias de cómo vestirse para comparecer ante el tribunal.

2. La Examinación Principal (Examination in Chief)

La examinación principal de un testigo es el mecanismo más importante para la presentación de nuestro caso. Es a través de la examinación de nuestros testigos que presentamos todas las pruebas y donde desarrollamos nuestra teoría del caso. Decimos que, sin duda alguna, la examinación principal de nuestros testigos es la parte más importante de nuestro caso pues es en ella donde ganamos o perdemos el caso.

2.1. Consideraciones importantes en el interrogatorio

El propósito general de la examinación principal de un testigo es obtener y presentar toda la evidencia relevante y admisible que tenga el testigo sobre los temas en disputa en el caso.

Hay un refrán que dice que los casos no se ganan en la contra-examinación sino que se ganan en la examinación principal de nuestros testigos pues es a través de ellos que presentamos toda la evidencia que tenemos para comprobar nuestra posición legal en el caso.

2.2. Plan y objetivos del interrogatorio

Para cada uno de nuestros testigos debemos tener un plan y objetivos específicos del interrogatorio. Considerando todas las pruebas y documentos que necesitamos para respaldar la teoría de nuestro caso, ¿qué documentos de prueba vamos a introducir a través de cada testigo?

Por ejemplo, en el caso 4 Fernández v. Lobo necesitaremos la descripción de la escena del accidente. Esto lo podrían hacer varios testigos, como el Sr. Fernández, el paramédico, el policía, testigos oculares, etc. Las fotografías de la escena del accidente podrían ser introducidas como evidencia a través de cualquiera de estos testigos.

La evidencia de las lesiones sufridas puede ser introducida por varios testigos como: paramédicos, médicos, terapeutas, el Sr. Fernández, y/o otros peritos. A través de los médicos se pueden introducir las fichas médicas, radiografías, y otros informes de pruebas diagnósticas que comprueban las lesiones particulares sufridas por el demandante.

Algunas consideraciones al seleccionar nuestros testigos:

1. Su oportunidad para observar o estudiar el hecho sobre el que va a testiguar;
2. Su habilidad para relatar lo visto;
3. En casos de peritos, sus calificaciones para emitir opiniones sobre el tema
4. Su imparcialidad
5. Su capacidad para enfrentar la contra-examinación

2.3. Preparación de la examinación

La preparación para la examinación de un testigo requiere que el abogado tenga un buen dominio de la teoría del caso incluyendo una idea clara de las pruebas necesarias para comprobar o aclarar

favorablemente los puntos en disputa. Aquí ofrecemos un esquema de preparación para la examinación:

1. Hacer una reunión con el testigo para tener una mejor idea de la información relevante que tiene. En ella, se debiesen revisar todos los documentos de prueba que tengan que ver con la evidencia que proveerá en el estrado. Esto, por un lado, tiene el efecto de familiarizarlo más con aquellos y, por el otro, disminuir la tensión para que la evidencia pueda fluir sin trabas.
2. Preparar una lista de todos los documentos de prueba que se van a presentar como evidencia a través del testigo, incluyendo informes, gráficas, fotografías, mapas, y otros elementos visuales.
3. Elaborar una lista de todos los temas que se van a cubrir con el testigo en la examinación y clasificarlos en orden temático y en orden de presentación durante la examinación.
4. Para cada uno de los puntos que el testigo va a cubrir, elaborar las preguntas apropiadas para obtener la información que él posee sin caer en dificultades con preguntas sugerentes u otras preguntas inapropiadas.
5. Valorar el orden idóneo de la presentación de la evidencia y documentos. Es muy conveniente presentar los documentos en el mismo orden que se van a cubrir dentro de la examinación del testigo para que ésta se produzca sin dificultad.
6. En vista de la diversidad de las áreas de exploración con un testigo, considerar incluir las palabras de transición.
7. Para efecto dramático, elaborar una pregunta para enfatizar puntos fuertes en el caso para culminar la examinación en alto.

La idea es poder elaborar un libreto de la examinación del testigo que se pueda seguir ante la corte. Como es de esperarse, no siempre se puede seguir el libreto de una examinación al pie de la letra ya que el testigo puede llevarnos por algunas vertientes. Sin embargo, el libreto sigue siendo útil puesto que nos da un sentido claro de dirección y nos ayuda a retomar el camino que nos hemos trazado para la examinación, sin olvidar elementos necesarios que la persona posee para el caso.

2.4. Estructura de la examinación

Generalmente la examinación principal de nuestro testigo tiene cuatro pasos:

- a. Presentación del testigo y establecimiento de su credibilidad.

- b. Preguntas preliminares como antesala para llegar a los puntos principales del caso
- c. El punto central de su testimonio
- d. Preguntas finales para cubrir algunos detalles y culminar el relato.

Es importante enfatizar que cada examinación tiene sus propias características, pero que a través de los años se ha utilizado esta estructura para dar orden y sentido a la examinación del testigo. Pasamos a ver cada uno de estos puntos.

a. Presentación del/la testigo y establecimiento de su credibilidad.

El primer paso de la examinación principal es de presentarlo/la al juez y proveer suficiente información personal del testigo para que el/la juez/a se familiarice con él/ella. La importancia de este paso no se puede subestimar: Datos sobre la ocupación de la persona, su historia laboral, su edad, estado civil, educación, y otros; nos ayuda a apreciar y conocer al testigo y nos acerca un poco a la persona, contribuyendo a establecer su credibilidad como tal.

Veamos un ejemplo, en nuestro caso 1 de Lemus v. Seguros Para Todos. La testigo conoce a la demandante, la Sra. Lemus, desde antes de su caída y puede dar testimonio de los cambios y limitaciones que, desde entonces, ha visto en la actora:

P: Buenos días, Sra. Jiménez, ¿Podría decirle a la corte su nombre y dirección?

R: Jennifer Gabriela Jiménez, vivo en la Colonia Zacamil, Pasaje 9, # 340, San Salvador.

P: Sra. Jiménez, ¿cuál es su profesión u ocupación?

R: Trabajo como asistente de administración en el Mercado Municipal de San Salvador.

P: ¿Cuánto tiempo ha trabajado como asistente de administración en el mercado?

R: Desde hace 32 años.

P: ¿Tuvo que realizar algunos estudios para poder trabajar como asistente de administración en el mercado?

R: Después de terminar el bachillerato comercial empecé trabajando como asistente de oficina en el mercado y cinco años después me ascendieron a asistente de administración.

Como podemos ver la idea de la presentación es familiarizar al juez/a con la testigo y al mismo tiempo sentar las bases de la credibilidad de la misma, dando a conocer que es una persona seria y confiable.

El siguiente, es un ejemplo de la presentación del testigo en la examinación directa del psicólogo del menor Luis Barrientos en el caso 2 de Barrientos v. Percival y Helados Polar:

P: Doctor Bonilla, ¿podría decirnos su nombre completo y su dirección profesional?

R: Saúl Bonilla, 315 Calle Torrijos, Ciudad de Panamá, Panamá.

P: ¿Es miembro del Colegio Profesional de Psicólogos?

R: Sí

P: ¿Por cuántos años ha sido licenciado como psicólogo en Panamá?

R: Desde 1985.

P: ¿Podría explicar para nosotros por favor qué requisitos tuvo que cumplir con el fin de registrarse con el colegio de psicólogos?

R: Tuve que obtener una licenciatura, maestría y doctorado en psicología y luego solicitar admisión al colegio de psicólogos de Panamá.

P: Dr. Bonilla, ¿actualmente ocupa algún puesto en su área de especialidad?

R: Sí, trabajo como psicólogo de planta en el Centro de Salud Mental.

P: ¿Dónde terminó sus estudios?

R: Obtuve mi doctorado en la Universidad Autónoma de México.

P: Durante su carrera profesional, Dr. Bonilla, ¿ha trabajado como instructor en alguna universidad?

R: Sí, fui catedrático de la Universidad de Panamá 1989 al 2006, y desde 2007 soy director de la facultad de psicología de la Universidad de Panamá.

En ambos ejemplos podemos observar la intención del abogado en presentar al testigo como persona confiable y creíble cuya evidencia tiene buenas probabilidades de ser verdadera.

b. Preguntas preliminares como antesala para llegar a los puntos principales del testimonio

Esta parte de la examinación es la transición entre la presentación inicial para entrar en el tema principal sobre el cual atestiguará nuestro/a testigo. El propósito es para que el juez pueda seguir el hilo de la relación que tiene el/la testigo con el caso ante la corte.

Por ejemplo, en la examinación de la Sra. Jiménez que vimos en la sección anterior, podemos explorar los datos que relacionan a la Sra. Jiménez con la demanda de la Sra. Lemus:

P: ¿Conoce a la Sra. llamada Patricia Lemus?

R: Sí, la conozco.

P: ¿Conoce al señor sentado aquí, su marido, el señor Walter Lemus?

R: Sí, también lo conozco.

P: ¿Puede darnos una idea de cuánto tiempo ha conocido a Patricia Lemus?

R: Los conozco por más de veinticinco años, el tiempo que han estado en el mercado trabajando.

P: ¿Cómo se conocieron, en otras palabras, a través del trabajo, socialmente o cómo?

R: Nos conocimos en el mercado ya que soy yo quien recibe el pago de la renta por los puestos del mercado y la Sra. Lemus o su esposo son quienes pagan la renta por el puesto que ellos tienen. Después me di cuenta que íbamos a la misma iglesia de Don Rúa, cerca del mercado San Miguelito.

P: Sra. Jiménez, ¿En algún momento se enteró que la Sra. Lemus había tenido una caída?

R: Sí, cuando vi que no había llegado al mercado por algunos días le pregunté a su esposo quien me conto de la caída.

Esta transición también se puede lograr fácilmente preguntando directamente qué conocimiento tiene la testigo del incidente que es la raíz de la demanda: “Sr/a. Testigo, ¿vio usted el accidente de tránsito que ocurrió alrededor de las 3:45pm, en la Calle Las Palmas el 25 de Junio de 2008 en frente de la escuela primaria José Martí?”

c. El punto central del testimonio

El punto central del testimonio es la razón principal por la cual lo presentamos para comparecer ante el tribunal. Es la parte de su relato que consideramos vital para esclarecer puntos importantes y contenciosos del caso.

En la mayoría de los casos, es preferible seguir el orden cronológico de los sucesos, como los vivió la persona. Esto ayuda a que el/la juez/a o jurado pueda seguir el hilo de la historia y, al mismo tiempo, comprender cómo llega el/la testigo hasta el punto o momento donde suceden los hechos críticos. En otros, es más conveniente seguir un orden temático para segmentar el testimonio de acuerdo a las áreas y/o puntos claves que tenemos que explorar. La decisión de qué orden tomar varía dependiendo de las circunstancias del caso, los aspectos del caso que se tienen que cubrir en el testimonio, las características del/a testigo, etc.

Veamos un par de ejemplos:

Posible esquema de las áreas para la examinación del familiar de la víctima de un accidente:

1. Presentación del testigo.
2. Detalles del día y ocasión del accidente.
3. Lesiones y cuidados inmediatos posteriores al accidente.
4. Esquema de todas las lesiones sufridas de la cabeza a los pies,
5. Una explicación detallada de la hospitalización, tratamiento y visitas médicas desde el momento del accidente hasta el presente.

6. Una exploración del impacto del accidente, el dolor y sufrimiento; la pérdida del disfrute de la vida asociado con cada lesión o lesiones acumulativamente
7. Pérdida de ingresos pasados.
8. Una exploración de los planes futuros de carrera y los ingresos previstos,
9. Costos pagos de atención y cuidados.
10. Tratamientos necesarios en el futuro y su costeo.
11. Otros costos hasta la fecha del juicio y para el futuro.
12. Interferencia con actividades regulares.
13. Interferencia con las relaciones familiares.
14. El efecto sobre otros en la familia del demandante como lo ve el demandante.

Esquema para el análisis de la evidencia de la demandante en el caso de la formación de un contrato:

1. ¿Cómo llegan las partes a reunirse para discutir el contrato, a través materiales de publicidad, anuncios comerciales, o por referencia de alguna persona?
2. Detalles de las comunicaciones entre las partes hasta el día y momento en que se firma el contrato.
3. Detalles de todas las conversaciones el día de firmar el contrato, qué preguntas se hicieron, cuáles fueron las respuestas
4. Los sucesos después de la firma del contrato. Qué comunicación hubo entre las partes después de la firma del contrato.
5. Los detalles del incumplimiento del contrato.
6. Los daños y perjuicios que han surgido como resultado del incumplimiento del contrato
7. Los esfuerzos de mitigación de daños realizados por el/la demandante.

Al estudiar los ejemplos anteriores, - podemos ver que hay varias maneras de abordar la examinación principal de un/a testigo. Esto dependerá de muchos factores incluyendo el momento del juicio en que atestigua la persona y también su sofisticación. En algunos casos la examinación puede ser extensa como en el caso de testigos importantes con información clave sobre los puntos centrales del caso. En el caso de testigos con información de menor importancia, la examinación puede ser mucho más breve y así, no correr el riesgo de aburrir o confundir al juez/a.

d. Preguntas finales para culminar el relato.

En la última etapa de la examinación nos aseguramos de haber cubierto todas las áreas que nos habíamos propuesto. Se recomienda terminar la examinación con un punto fuerte, impactante.

Esta táctica está muy arraigada puesto que terminar de forma impactante le da un toque dramático al juicio y deja al juez/a o jurado con una impresión favorable a nuestro caso.

Por ejemplo, en el caso 2 de Barrientos v. Percival y Helados Polar la examinación del ingeniero reconstructor del accidente, como testigo del demandante, podría concluir de la siguiente manera:

P: ¿Sr. Ingeniero qué hubiera sucedido si el Sr. Percival hubiera reducido su velocidad a 25 km/h ante la presencia del camión de helados y de todos los niños y niñas que jugaban alrededor?

R: El Sr. Percival hubiera podido detener su vehículo a tiempo y no habría habido un accidente.

Observemos que la pregunta final resume los datos importantes que un conductor prudente hubiera tomado en cuenta para prevenir el accidente. Al no reducir la velocidad nos deja con la idea que el conductor fue negligente.

2.5. Tácticas para la examinación⁹

El propósito principal de la examinación de un/a testigo es la evidencia que se pueda obtener a través de las respuestas a nuestras preguntas. Entonces, uno de los objetivos de la examinación es que las preguntas ayuden a resaltar las partes importantes y cruciales del testimonio del/la testigo y que no se conviertan nuestras preguntas en un estorbo al relato. Aquí ofrecemos algunas tácticas para la examinación principal de un testigo:

a. Hacer preguntas breves y abiertas

Las preguntas cortas y abiertas permiten al testigo toda la amplitud de contestarla con sus propias palabras. La respuesta, en sus propias palabras, es uno de los objetivos de la examinación; para que el testimonio goce de autenticidad y credibilidad. Esta autenticidad se pierde cuando es el/la abogado/a el que más habla con preguntas largas y el/la testigo lo hace con respuestas breves. Por eso, se recomienda usar preguntas cortas. Una regla es tratar de evitar las preguntas que se pueden contestar con sí o con un no, especialmente cuando nos referimos a partes relevantes del testimonio.

Por ejemplo, en vez de preguntar:

P: ¿Usted vio cuando la camioneta chocó contra el autobús?”

Podemos optar por decir:

P: ¿Qué es lo que usted vio en ese momento?

⁹ Adaptado de Modern Trial Advocacy: Canada, 2nd Edition.

P: ¿Qué sucedió después?

P: Describa, por favor, lo que vio al llegar a la intersección.

b. Utilizar preguntas titulares y para transición entre temas

No siempre conviene hacer preguntas completamente abiertas a nuestros testigos. De ser así, el testigo podría pasar días contando toda su historia personal con lujo de detalles irrelevantes hasta llegar al punto que nos interesa. Una forma de crear dinamismo en la examinación y mantener la atención del/a juez/a es utilizar preguntas titulares para dirigirlo/la a las áreas importantes de su testimonio. Las preguntas titulares nos ayudan a lograr la transición entre temas. Ejemplo:

P: ¿Tuvo algún problema al tratar de regresar al trabajo después del accidente?

P: ¿Qué tipo de problema tuvo?

P: ¿Pudo continuar trabajando a pesar de sus problemas?

En este caso, como podemos ver, después de hacer la pregunta “titular” sobre la discapacidad y haber dirigido la atención en esa dirección podemos regresar a hacer las preguntas cortas para entrar en los detalles de la discapacidad, dándole más autenticidad y credibilidad a las respuestas.

c. Utilizar Preguntas Incrementales

Las preguntas incrementales buscan obtener mayores detalles de un incidente y nos ayudan a recrear lo ocurrido enriqueciendo el relato del testigo:

P: ¿Por qué dice usted que el conductor estaba ebrio?

R: Porque cuando chocó la camioneta contra el poste salió del vehículo tambaleándose.

P: ¿Pudo hablar con él?

R: Sí.

P: ¿Y cómo le respondió?

R: Él hablaba enredado, y casi no se le entendía.

P: ¿Notó algo más en él?

R: Tenía un fuerte aliento a alcohol.

P: ¿Algo más?

R: Tenía los ojos rojos, y me pidió que le ayudara a apagar el motor de su auto.

P: ¿Y usted lo hizo?

R: Sí.

P: ¿Hizo alguna observación dentro del vehículo?

R: Sí, vi que tenía una botella de 750 ml de vodka Smirnoff abierta, y solo quedaba la mitad.

P: ¿Le dijo algo más el chofer?

R: Sí, me dijo que había comprado el vodka hacia una hora para celebrar su cumpleaños.

P: ¿Cuántos años dijo que cumplía?

R: 45.

Es importante que los detalles que buscamos en estas preguntas sean relevantes y que den solidez a la teoría del caso. En el ejemplo anterior vemos que los detalles incrementales que da el testigo ayudan a fortalecer la teoría que el chofer estaba conduciendo ebrio. Adicionalmente, con estas preguntas detalladas le enviamos al juez/a el mensaje que ésta es una área importante del testimonio.

d. Repetir los puntos importantes

Es bien sabido que la repetición juega una parte importante en la formación de memorias. La repetición en los juicios no es la excepción.

La reiteración de los puntos que consideramos importantes de la evidencia del testigo le comunica al juez/a la importancia de ésta dentro de nuestra versión de los hechos. Esto se puede lograr con la repetición de la respuesta recibida del testigo o parafraseando la información del testigo para garantizar una mayor atención al tema. La repetición es también una herramienta clave para la retención de información por parte del juez, pero debe usarse con cautela de no excederse y llegar al punto del tedio o provocar una admonición del juez/a.

Por ejemplo, en el caso 2 de Barrientos v. Percival y Helados Polar, recordaremos que en un accidente automovilístico el pequeño Luis Barrientos fue atropellado cuando cruzaba la calle para comprar un helado. Un punto clave en la teoría del caso del demandante es que el conductor del vehículo ignoró algunas señales claves de la presencia de niños y niñas en el área y que si hubiera disminuido su velocidad, incluso por debajo del límite establecido, el accidente no hubiera sucedido. Veamos cómo se usa la repetición de una idea en la examinación de un testigo ocular en el caso Barrientos:

P: ¿Quién más estaba en la calle?

R: Había un grupo de niños jugando pelota a un par de casas antes de donde estaba estacionado el camión de los helados.

P: ¿Niños jugando?

R: Si, como cinco o seis.

P: ¿De qué edad aproximadamente eran los niños que estaban jugando?

R: Yo diría que entre siete y diez años.

P: ¿Había alguien más?

R: Si, había un señor con tres o cuatros niños pequeños haciendo cola para comprar helados del camión.

P: ¿Tres o cuatro niños más además de los cinco o seis que estaban jugando pelota?

R: Sí.

P: ¿O sea que había entre ocho y diez niños en la zona cercana al camión de helados?

R: Si, se veían clarito desde la calle.

La repetición del número de menores ayuda a recalcar el punto central del caso: la presencia de muchos niños en la calle ameritaba un grado de extrema precaución por parte de cualquier conductor que transitara por la zona para evitar el accidente. La repetición es una herramienta efectiva para acentuar la evidencia que queremos que el juez/za retenga e identifique como clave en el caso.

Otra técnica útil en la examinación principal de un/a testigo es el uso de gráficas u otros artículos de ayuda visual.

e. Dibujémoslo: usemos gráficas y otros artículos de exhibición visual.

El refrán que dice que hay que ver para creer. Muchos estudios científicos han confirmado la efectividad de la información visual en nuestras funciones cognitivas. Por eso, el refrán cobra mucha verdad dentro de un juicio ya que la presentación de una fotografía o video de un momento crucial en una disputa puede aclarar muchas dudas e inclinar la balanza a favor de una de las partes.

También podemos utilizar gráficas, mapas, diagramas, o cualquier otra ayuda visual, para asistir al testigo a explicar con mayor claridad dónde y cómo sucedieron los hechos. Esto es particularmente relevante en casos de siniestros viales para determinar las características del área del accidente, la ubicación de las partes, etc.

f. Evitar preguntas demasiado complicadas

Hay otro refrán que dice lo bueno y breve es dos veces bueno. A veces nos enredamos con las preguntas y podemos confundir a nuestro testigo y también al juez/a. En otras ocasiones, por querer aparentar erudición con preguntas muy complejas terminamos creando confusión en los presentes. Para mayor claridad es preferible hacer preguntas cortas en un lenguaje sencillo que el/la testigo pueda entender con facilidad y así poder obtener los datos necesarios para avanzar en nuestro caso.

Para evitar los enredos es crucial la elaboración previa de las preguntas que le haremos a nuestros testigos. Aquí podremos revisar y corregir, si la pregunta es difícil de seguir porque entonces, probablemente, va a ser difícil de contestar.

2.6. Regla en contra de preguntas sugerentes

Las preguntas sugerentes son aquellas que intrínsecamente dirigen al testigo hacia una respuesta. Entonces, corremos el riesgo de parecer testigos y no abogados. La fortaleza del caso está en la evidencia que puedan dar independientemente de la intervención del abogado. Nuestro papel es el de facilitadores de la presentación de la evidencia. Pero si la evidencia viene de nosotros, entonces, estamos usurpando el papel del testigo y violando un principio fundamental de los juicios orales: Las pruebas las dan los testigos, no los abogados.

Las preguntas sugerentes le piden al testigo que afirme o deniegue un hecho en disputa o que asume como ya establecido algún hecho que está en disputa.

¿Cuál es el problema con las preguntas sugerentes?

Si citamos a un/a testigo para atestiguar ante el tribunal es porque consideramos que esa persona tiene información o conocimiento personal que puede ayudar a resolver un punto contencioso. El testimonio es del testigo y no del abogado que pueda sugerir una respuesta en la pregunta.

La evidencia de un/a testigo ocular de un accidente automovilístico como en el caso de Fernández v Lobo, puede ser crucial para determinar la velocidad de los vehículos, la posición de ellos en la secuencia de eventos, las observaciones sobre la conducta de los conductores; todos factores que ayudan a determinar el grado de responsabilidad de las partes.

Para que el testimonio sea más, auténtico, efectivo e impactante, tiene que provenir independientemente del testigo, en su propia voz y palabras, sin la manipulación del abogado/a que lo examina. De no ser así, corremos el riesgo que la evidencia sea vista como dudosa y con sospecha ya que las palabras del testigo pueden, en efecto, sonar como provenientes del abogado y no del testigo.

2.7. Excepción a la regla en contra de las preguntas sugerentes.

La regla general prohíbe preguntas sugerentes a los/las testigos excepto en temas básicos que no son controvertidos o en ocasiones cuando el/la juez/a lo permita. Esto sucede típicamente con la información de rutina como al principio de la examinación del testigo con datos personales: como el nombre, edad, dirección, etc. De hecho, para agilizar el testimonio, se recomienda usar estas preguntas sugerentes para cubrir toda la información preliminar no contenciosa en la presentación del testigo.

También se permite el uso de preguntas sugerentes en los siguientes casos¹⁰:

1. Para conducir al testigo hacia un tiempo, lugar u incidente, o persona.
2. Para dirigir el testimonio hacia un tema en particular.

¹⁰ Adair, G. On Trial, Second Edition, 2004.

3. Para refrescarle la memoria a un testigo al referenciar una declaración previa.
4. En caso de un testigo que se presenta para contradecir la evidencia de otro testigo, se permite informarle de la evidencia que dio el primero.
5. También se permite recordar la secuencia de fechas y tiempo para facilitar el testimonio en aquellos casos en que hay muchas fechas por considerar.
6. En caso de enfermedad, vejez, o discapacidad se pueden permitir las preguntas sugerentes en algunos casos.
7. En casos de preguntas de mucha sensibilidad se permiten las preguntas sugerentes como en casos del litigio civil de agresión sexual de menores.

2.9. Preguntas que asumen un hecho aun sin comprobar.

Las preguntas que asumen un hecho no comprobado tampoco son aceptables puesto que solicitan una respuesta fundamentada en una base que puede ser falsa, incorrecta o imposible de comprobación, resultando en una respuesta poco confiable.

Ejemplo en el caso de un testigo particular en un accidente automovilístico:

P. ¿Cómo venía manejando el conductor que había consumido dos litros de cerveza?

La pregunta asume que el conductor bebió dos litros de cerveza y que el testigo sabe que los consumió.

Además, algunos testigos se pueden sentir influenciados por la posición y aparente autoridad del abogado/a y contestar una pregunta basada en un hecho no comprobado y así indirectamente afirmar, algo que no necesariamente ellos han presenciado y de lo cual no tienen conocimiento personal. El punto medular en esto es que **el testigo dé evidencia de lo que ha percibido con sus sentidos** o presenciado y no que repita insinuaciones de terceros, u otros detalles de los cuales no tiene ninguna experiencia personal que sea de beneficio para la resolución justa de la disputa.

Salvo a pocas excepciones, como veremos enseguida, las preguntas sugerentes no se permiten en la examinación principal de un testigo.

2.10. Consideraciones especiales en la examinación principal ante un jurado

En un juicio ante un jurado realizaríamos la examinación principal en una forma muy similar a la manera que lo haríamos ante un/ juez/a, pero enfocándonos en mantener un lenguaje claro y simple, donde el/la abogado/a asume un papel didáctico hacia el jurado donde utilizamos la simplicidad, repetición y efectos dramáticos para lograr nuestros objetivos.

A continuación, incluimos un ejemplo de una examinación de un perito ante un jurado. Es importante aclarar que en una examinación de un/a perito es el/la abogado/a quien usualmente

presenta las calificaciones del experto/a, a no ser que éstas estén en disputa, para que el/la perito no aparezca como jactanciosa si es ella quien menciona sus propios méritos.

Ejemplo de una examinación principal, ante un jurado, de la consejera de rehabilitación en el caso de Luis Barrientos v. Percival y Helados Polar:

P: Buenos días Sra. Sánchez; entiendo que usted es Consejera de Rehabilitación, ¿cierto?

R: Sí, tengo 25 años de experiencia y tengo 12 años trabajando por cuenta propia.

P: Podemos revisar sus calificaciones por un minuto. ¿Tiene una copia de su C.V. con usted? [Curriculum Vitae para el juez, jurado - ya el abogado contrario lo tiene-, y presentarlo como documento de prueba]

P: En la Página 4, veo que usted tiene una maestría en educación de OISE y un título de Especialista en Educación Especial de la Universidad de York...

R: Correcto.

P: Y realizó estudios de posgrado en Planeación de Cuidados Para Toda la vida en la Universidad de Florida. ¿En qué consisten esos estudios?

R: Es un programa para aprender a valorar todos los diferentes servicios, atenciones y cuidados que personas discapacitadas o enfermas pueden tener por el resto de su vida.

P: Y en la página 1, ¿veo que obtuvo su certificado como Planeadora de Cuidados de por Vida?

R: Sí, desde hace 5 años.

P: ¿Y usted es un Consejera Certificada en Rehabilitación?

R: Sí, lo he sido desde mi designación hace 22 años.

P: En las páginas 5-6, veo que ha asistido a una variedad de seminarios de capacitación.

R: Sí, es parte de mi preparación profesional el mantenerme al día con los adelantos científicos en nuestra rama.

P: ¿Noto que, al menos, doce de esos seminarios se referían a lesiones cerebrales o problemas de neuro-trauma en particular?

R: Sí, el neuro-trauma y las lesiones cerebrales ha sido la rama principal de mi especialización.

P: En la página 6, se menciona un seminario titulado "Rehabilitación, gestión de los costos en espiral de las reclamaciones por discapacidad". ¿De qué se trataba?

R: Este fue un seminario muy interesante donde se exploraba con mucho detalle los gastos exponenciales que tienen las familias de personas discapacitadas y los costos que esto representaba para las aseguradoras y agencias públicas de salud.

P: ¿Y ha trabajado como consejera de rehabilitación desde 1982?

R: Sí.

[Primer objetivo: presentarla ante el tribunal como experto en necesidades de rehabilitación y necesidades futuras de atención]

P: Ahora, usted es la encargada de coordinar la rehabilitación en el caso de Luis, ¿verdad?

R: Sí, casi desde que le dieron de alta del hospital.

P: ¿Podría explicar al jurado qué servicios de administración de casos son exactamente?

R: En un caso de poli-trauma como el de Luis, se necesita de una persona que pueda coordinar los servicios de salud que se le prestan al menor para asegurarnos que todos estén alineados, y así prevenir costosos y peligrosos errores.

P: Hemos escuchado sobre las reuniones del equipo. ¿Está usted involucrada en ellas?

R: Si, básicamente es mi trabajo coordinarlas y asegurarme que los diferentes participantes en la terapia de Luis asistan y den su informe sobre el rendimiento que el paciente ha tenido y en conjunto buscamos soluciones prácticas para el niño.

P: ¿Está involucrada en pagar los servicios de Luis?

R: Bueno, mi participación es de asegurarme que los tratamientos necesarios, recomendados por los terapeutas se le presenten a la aseguradora para que los apruebe y que los pague.

P: Ahora, ¿ha realizado un análisis de las necesidades de tratamiento de Luis en el futuro, a pedido de nuestra oficina?

R: Si, y hemos elaborado un informe detallado que usted tiene.

P: ¿Qué hizo para comenzar a acercarse a esa tarea?

R: En primer lugar, revisar toda la documentación médica en el expediente y tener reuniones con todas las personas involucradas en el cuidado del paciente, tanto terapeutas como miembros de su familia, para tener una idea actualizada de las necesidades en el presente y en el futuro del menor.

P: Hemos escuchado mucho sobre la situación de Luis, pero ¿podría describir brevemente la información sobre la cual basó su análisis?

R: Nuestro análisis se basó en las recomendaciones de todos los peritos involucrados, incluyendo el neurocirujano, la psicóloga, el fisiatra, la terapeuta ocupacional, trabajadora social, logopeda, maestros, tutores, sus padres, y por supuesto, Luis.

P: ¿Qué áreas de futuras necesidades de atención de salud encontró?

R: En las ramas de Trabajador de Apoyo para la Rehabilitación, Terapia ocupacional, tratamiento psicológico, Logopeda, Apoyo escolar en la secundaria y post-secundaria, Evaluación de terapia ocupacional (computadora), Preparación vocacional, fisioterapia, Transporte, lecciones de manejo, asistencia para los quehaceres domésticos, costo de teléfono celular, conexión, servicio de internet, etc.

P: Repasemos esas categorías una por una. Entiendo que hizo un cuadro para ayudar al jurado a seguir el hilo de su estudio, ¿no es así?

R: Sí.

[Solicitar al juez proporcionar copias de la tabla a los miembros del jurado]

P: Entonces, el primer encabezado es "Cuidados Personales". ¿Qué es eso y qué concluyó que necesitará Luis?

R: Los cuidados personales tienen que ver con los cuidados básicos, de higiene personal, alimentación, y cuidados financieros básicos.

P: ¿Por qué sube a través del tiempo?

R: Simplemente para reflejar la inflación y las diferentes etapas de la vida donde puede cambiar la necesidad de los servicios cuando Luis ya no viva con sus padres.

P: ¿Quién brinda este servicio a Luis por ahora?

R: Sus padres, principalmente su madre ya que ella está en la casa con él.

P: ¿Se les paga por eso, ahora?

R: No.

La examinación continúa llevando al jurado por cada una de las categorías de necesidades del demandante para poder justificar los daños que se piden por concepto de cuidados futuros. En este extracto, podemos apreciar el tono didáctico de la examinación, donde el/la abogado/a lleva al jurado prácticamente de la mano de forma pausada sobre cada uno de los elementos del informe de cuidados futuros que quiere que el jurado aprecie. Podemos decir que los tres elementos que diferencian esta examinación ante un jurado es que debe ser sencilla, tanto en su lenguaje como en su forma, y pausada para permitirle al jurado procesar la información.

3. Introducción al concepto de desacreditación de testigos – Contra examinación

3.1. La importancia de la contra-examinación

Una característica principal de los juicios orales es la oportunidad de realizar una contra examinación del/la testigo que acaba de dar su evidencia ante la corte. El derecho a la contra examinación ha existido por siglos en Inglaterra y otras jurisdicciones anglosajonas y es considerada una herramienta vital al grado que, en algunas jurisdicciones, se incluye el derecho a la contra-examinación entre los derechos constitucionales de las personas.

Ésta es la herramienta principal para poner a prueba la imparcialidad, veracidad y calidad de la evidencia que el/la testigo ha presentado. No solo cuestionamos su confiabilidad sino también su capacidad física de haber percibido/observado lo que ha atestiguado. Por ejemplo, en el caso de *Fernández v. Lobo*, donde el accidente de autos sucede en horas del alba, bajo la lluvia, podemos esperar que el testigo ocular del choque sea contra-examinado sobre su habilidad física de ver bajo esas circunstancias, la distancia en que se encontraba cuando vio el accidente, si tiene algún impedimento visual, si usa lentes de prescripción, si los llevaba consigo, si la graduación de sus lentes era la apropiada para su problema, si había algún obstáculo físico que bloqueara su campo visual, etc.

La regla es que todos los testigos están sujetos a la contra-examinación, puesto que es el derecho de la contraparte de desafiar el testimonio. La decisión de contra-examinar al testigo es de la contraparte y no siempre se utiliza puesto que hay situaciones particulares en las que se arriesga mucho y se puede ganar poco

¿Cuándo efectuar la contra-examinación?

La norma en juicios orales es que la contra-examinación del/la testigo viene inmediatamente después de su examinación principal. Esto permite a la contraparte la oportunidad de neutralizar la evidencia proporcionada en la examinación principal sin demora alguna y antes de que se asiente en la memoria del juez/a o jurado. En muy raras ocasiones se posterga la contra-examinación, a petición de la contraparte.

3.2. Objetivos principales de la contra-examinación

a. Neutralizar la evidencia del testigo.

Si la evidencia de un testigo de la contraparte perjudica nuestro caso, la contra examinación nos da la oportunidad de neutralizar o minimizar el daño que el testigo pueda haber causado. Esto lo podemos lograr obteniendo datos adicionales que el testigo no atestiguó, o aclarando puntos que quedaron ambiguos en su examinación principal, o mostrando condiciones vulnerables de percepción, o recuerdos afectados por el paso del tiempo.

b. Fortalecer nuestro caso

La contra examinación también es una oportunidad de fortalecer nuestra versión del caso obteniendo a través de la contra examinación datos favorables a nuestro caso y con la confirmación de otros hechos que forman parte de nuestra teoría. Por ejemplo, en algunos casos de reclamos de seguro por incapacidad, podemos encontrar en el expediente de un/a perito médico contrario, importantes observaciones sobre el estado físico de nuestro cliente en el momento de ser evaluado por él. Estas observaciones pueden jugar un papel muy importante puesto que tienen el peso de una admisión de hechos favorables a nuestro caso.

c. Debilitar el caso del contrario

También podemos utilizar la contra examinación para obtener datos perjudiciales al caso del contrario. Podemos tratar de obtener datos que contradigan las versiones de otros testigos de la contraparte y así debilitar la teoría del contrario.

d. Establecer una base para nuestros argumentos

En algunas ocasiones, el testigo de la contraparte puede darnos la mejor oportunidad para presentar algún dato importante del caso. Frecuentemente la víctima del accidente pierde el conocimiento o debido al estado de alteración emocional después del evento no tiene una idea clara de las características físicas del lugar, o de cómo sucedieron los hechos. El testigo opuesto puede ser el camino para presentar esta información de base, como la ubicación de las partes, el estado del tiempo, la condición de la superficie de una calle, etc. También podemos presentar un diagrama, foto u otro documento de prueba, a través de la contra-examinación de un/a testigo.

e. Desacreditar al testigo y su testimonio

En otras ocasiones, el/la testigo no es una persona independiente sino parcializada al proceso. Esto suele suceder en muchos casos donde atestiguan amigos, familiares, socios, o peritos. La contra examinación en estos casos busca, entre otras cosas, desacreditarlo/la su falta de neutralidad y nexos con las partes o por la remuneración que ha recibido o recibirá por su participación en el proceso judicial. En estos casos podemos resaltar la lógica que el interés del testigo parcializado puede resultar en su exageración, mala interpretación, omisión, y hasta fabricación de los hechos. Por ejemplo, la opinión de un/a perito que ha sido excesivamente remunerado por dar su opinión en el caso puede esperar una avalancha de preguntas sobre este punto.

También podemos desacreditar el testimonio a través de mostrar las contradicciones e inconsistencias entre la evidencia que brindó ante el tribunal y las declaraciones previas o contradicciones con otros testigos y versiones más confiables en el caso.

f. Para evaluar la credibilidad de otros testigos

La contra examinación también puede ser una oportunidad para fortalecer o debilitar la credibilidad o reputación de otros testigos en el juicio. Los casos de demandas por discapacidad se convierten frecuentemente en duelos entre peritos médicos. La contra examinación de un/a perito contrario puede incluir preguntas sobre la reputación profesional de nuestros expertos y así obtener un voto de confianza sobre la capacidad y reputación de éstos.

Ejemplo:

P: Dr. Pérez, en su testimonio mencionó que había trabajado dos meses en el hospital pediátrico, ¿es así?

R: Sí.

P: ¿Me imagino entonces que conoce al Dr. Arturo Salgado?

R: Sí.

P: ¿El Dr. Salgado es el director de neurocirugía en el Hospital Pediátrico?

R: Sí.

P: ¿El Dr. Salgado es considerado una autoridad en la restauración por lesiones del lóbulo frontal?

R: Sí.

3.3. Límites de la contra-examinación

Como decíamos previamente, la contra examinación generalmente puede ser muy amplia incluyendo áreas sobre la credibilidad del/la testigo y de su testimonio. Como es de imaginarse, esta amplitud no es absoluta y generalmente se observan algunos límites como la relevancia de las preguntas a los temas en disputa; el respeto al testigo, particularmente en áreas donde se le cuestiona excesivamente su credibilidad y reputación.

3.4. Contenido de la contra-examinación

a. Preparación

La preparación de las preguntas de la contra-examinación se hace dos veces. Primero, hacemos una lista de la posible evidencia del/la testigo en su examinación principal y elaboramos preguntas puntuales y sugerentes para la contra examinación. Luego que el testigo completa su examinación principal, entonces, rápidamente revisamos nuestra lista de preguntas o líneas de contra examen y la modificamos en consideración a la evidencia que presentó en su examinación principal.

b. Organización de la contra examinación

El uso de temas para segmentarla

Al igual que en la examinación principal, la segmentación nos ayuda a enfocarnos única y exclusivamente en las áreas de evidencia que nos interesan y pueden ser útiles para nuestro caso. Tenemos que ser muy selectivos para no caer en la trampa de permitir al/la testigo que reitere la evidencia que dio en su examinación principal.

Para cada tema debemos trazarnos un objetivo, una admisión, una confirmación de un hecho, etc. Dentro de cada tema es importante llevar al/la testigo gradualmente de las preguntas más generales a las más específicas hasta llegar a nuestra meta.

Es importante recalcar que la contra examinación siempre tiene riesgos puesto que el testigo puede responder de una manera que perjudique el caso, por esta razón es importante enfocarnos únicamente en las áreas del testimonio en que estemos convencidos de poder lograr algún objetivo estratégico, si no es posible, muchas veces, es mejor no revolver el panel.

Dar los detalles primero

Nuestro objetivo en la contra examinación es de extraer elementos valiosos para nuestro caso y no de darle otra oportunidad al testigo que repetir su testimonio ante el/la juez/a. Para lograr esto, es útil en cada pregunta incluir primero los detalles que queremos que se confirmen y no esperar que los detalles los de él. Su respuesta puede ser variada: puede estar de acuerdo, ser neutral con otros y opuesto a alguna versión de nuestros detalles.

En el transcurso de la contra-examinación iremos obteniendo acuerdos que sueltos no despiertan mayor sospecha pero que juntos nos ayudan a llevar al testigo a un punto culminante a nuestro favor.

Guardar un punto fuerte para el final.

En un juicio pocos momentos son más dramáticos que el final de una contra-examinación bien ejecutada donde se termina con un punto impactante que fortalezca nuestra teoría del caso. Lo dramático también es fácil de recordar por el/la juez/a. Lograr este impacto al final de la contra-examinación requiere que elaboremos muy cuidadosamente un plan para llevar al testigo gradualmente en la dirección que queremos, a una conclusión obligatoria y favorable para nuestro caso.

En el caso Barrientos vs. Percival y Helados Polar, en la batalla entre los expertos, la Neuropsicóloga de la defensa había presentado dos informes médicos que trivializaban la lesión del lóbulo frontal de Luis Barrientos, sin embargo, en su examinación principal reconoce que Luis ha sufrido una lesión cerebral moderada.

P: Dra. Núñez, ¿de los 21 informes médicos presentados, elaborados por 15 especialistas médicos, 19 de ellos reconocen que Luis sufrió una lesión cerebral grave?

R: Sí

P: ¿Los únicos informes que dicen que la lesión fue leve son los dos informes que usted preparó a petición de la aseguradora de Percival?

R: Sí

P: ¿Usted trabaja para esta aseguradora por 15 años?

R: Sí

3.5. Cómo ejecutar la contra examinación

Después de la examinación principal del testigo, éste queda a la espera y alerta para el ataque en la contra examinación. Para disminuir el estado de alerta y tal vez hasta tomarlo un poco desprevenido se recomienda comenzar con la contra examinación con preguntas sencillas y menos controversiales para, luego gradualmente, elevar la temperatura con preguntas más difíciles y opuestas a su testimonio original para terminar con una pregunta fulminante.

Ejemplo: recordando el caso de Lemus v. Seguro Para Todos, en el cual un punto central del caso es quien es responsable de la omisión de la información sobre los problemas previos de salud de la Sra. Lemus.

La contra examinación del Sr. Carcamo, el vendedor de seguros, concluye así:

P. ¿Con sus 15 años de experiencia como vendedor en seguros usted conocía perfectamente la importancia de llenar todo el formulario S1 y anotar todas las respuestas?

R. Sí

P. ¿Usted le hizo todas las preguntas en el formulario a la Sra. Lemus el 1º de Junio del 2001?

R. Sí

P. ¿Y usted anotó todas las respuestas en el formulario?

R. Sí, casi todas.

P. ¿En la entrevista, la Sra. Lemus le dio su dirección previa, podría mostrarnos dónde se encuentra anotada esta información en la solicitud que usted llenó?

R. (después de buscar unos segundos en el formulario) No está allí.

P. ¿La Sra. Lemus también le dio toda la información personal sobre su hija y su esposo, podría mostrarnos dónde anotó esta información en la solicitud?

R. (después de revisar el formulario otra vez) No está allí.

P. La Sra. Lemus también le dio toda la información sobre su médico de familia, incluyendo una autorización para que Seguro Para Todos obtuviera su ficha médica. ¿Podría mostrarnos dónde está la información en la solicitud?

R. (revisa el formulario) No está allí.

P. ¿La Sra. Lemus también le dio toda la información sobre el historial médico de toda su familia que incluye, cardiopatías, hipertensión, osteoartritis, y Alzheimer?

P. Sí.

P. ¿Podría mostrarme dónde está anotada esa respuesta en el formulario?

R. (después de buscarla en el documento) No está allí.

P. ¿La solicitud de seguros fue aprobada el día 24 de Junio del 2001?

R. Sí.

P. ¿Sr. Carcamo el 5 de Julio del 2001, o sea el mes siguiente a la firma de esta solicitud, Seguros Para Todos le dio un premio de \$2,500 por ser el primer vendedor de la firma en haber vendido 500 pólizas de seguro ese año?

R. Sí

3.5.a. Técnica de preguntas

Un aspecto crucial para la efectividad de la contra examinación es mantener el **control** de la misma y no habilitar espacio ni amplitud para responder, ya que un testigo adverso puede tratar de evadir, confundir y hasta perjudicar el caso. Para minimizar estos riesgos se recomienda utilizar preguntas cortas, sugerentes, y propositivas.

Preguntas Cortas

Las preguntas cortas suelen ser más fáciles de comprender, menos ambiguas y dan menos espacio para la evasión o el cantinfleo.

Preguntas sugerentes

Contrario a la examinación principal, en la contra examinación usamos preguntas sugerentes para llevar al testigo en la dirección que nosotros queremos. La regla en contra de las preguntas sugerentes no se aplica en la contra examinación de testigos opuestos. Es importante que la pregunta sea tan angosta que solo permita la respuesta que ya conocemos y no exponernos a respuestas nuevas o a que el testigo tome las riendas de la contra-examinación y nos robe la oportunidad de avanzar en la ejecución de la teoría de nuestro caso.

En algunas jurisdicciones, no se permiten las preguntas sugerentes en la contra examinación a testigos presentados por litigantes que comparten el mismo interés en el caso. Esto suele

sucedan, por ejemplo, en casos donde hay varios demandantes representados por diferentes abogados, y uno de los demandantes presenta un testigo que sería favorable para todos los demandantes. En ese caso, los abogados de los co-demandantes no podrían contra examinarlo usando preguntas sugerentes pues sería similar a permitir preguntas sugerentes con nuestros propios testigos. En esos casos, la contra examinación por parte de un co-demandante, debe ser conducida como una examinación principal del testigo y no como una contra-examinación.

Preguntas propositivas

Las preguntas propositivas le proponen al testigo una afirmación que él tendrá que aceptar. Realmente no son preguntas sino declaraciones, basadas en su propio testimonio, o en el de otros testigos que él simplemente deberá confirmar.

P. ¿Usted iba manejando el auto en la mañana?

R. Sí

P. ¿Solo había dormido 3 horas?

R. Sí

P. ¿No llevaba puestos sus lentes, correcto?

R. Sí

P. ¿Usted no vio al peatón cruzar hasta que estaba en frente del auto?

P. correcto

La pregunta propositiva le deja poco espacio para maniobrar y nos ayuda a ir acorralando al testigo para llevarlo a la conclusión deseada.

3.6. Áreas de precaución en la contra-examinación

Palabras peligrosas

Si la idea en la contra examinación es de llevar al testigo de la mano (obligado) a la conclusión deseada, toda pregunta abierta que le permita tomar otro rumbo es una oportunidad perdida y peligrosa en la contra examinación. Como regla, hay ciertas palabras que van en contra de este principio de limitar al testigo y tienen el efecto de abrir peligrosamente el camino. Las palabras que debemos evitar para empezar una pregunta en la contra-examinación son:

- Qué
- Quién
- Cuándo
- Dónde
- Porqué

- Cómo
- Explique
- Elabore, etc.

Estas palabras abren las puertas de par en par y le permiten al testigo tomar las riendas de la contra-examinación para presentar su versión de los hechos. No olvidemos que aquí estamos interesados únicamente en nuestra teoría del caso y buscamos, dentro de la evidencia de ese testigo, detalles específicos previamente identificados, que nos acercan a realizar la teoría de nuestro caso.

Ojo con la brecha

Frecuentemente, encontraremos una brecha en el relato de un testigo contrario. Evitemos el impulso de llenar esa brecha a través de la contra examinación. Recordemos que la obligación de prueba de su caso es del contrario y que si deja brechas en su evidencia podemos señalarlas en nuestro argumento final como vacíos que el/la contrincante no pudo llenar en su evidencia, lo que hace a su caso, muy poco probable. En algunos casos, podríamos incluso caer en una trampa al buscar llenar una brecha cuya respuesta ignoramos. Si la respuesta es favorable al contrario esto tiene un impacto mucho más fuerte que si hubiera salido como evidencia en la examinación principal. Por eso la regla que si no sabemos la respuesta es mejor no revolver el panel.

3.7. Consideraciones particulares en la contra-examinación de un/a testigo ante un jurado.

Los conceptos previamente discutidos en la contra-examinación de un/a testigo se aplican de igual manera en los casos ante un juez que ante un jurado. Sin embargo, los juicios ante un jurado siempre tienen una mayor volatilidad por la cual se requiere tener mucho más cautela en la contra-examinación. El principio de solo hacer preguntas cuyas respuestas ya conocemos es de aún mayor importancia ante un jurado. Una respuesta imprevista -ante un jurado- nos puede sacar del paso y perjudicar nuestro caso. Por su experiencia jurídica un/a juez/a está acostumbrado/a a valorar rutinariamente la evidencia y tiene experiencia midiendo las múltiples sutilezas que se presentan. Los jurados, por su parte, pueden ser menos indulgentes y pueden ser más vulnerables a las emociones que al frío razonamiento lógico.

II. Otros medios probatorios.

1. Documentos y objetos probatorios.

El testimonio oral de los testigos nos aproxima a los hechos a través de un relato que el/la juez/a o jurado recibe a través del sonido. En cambio, los documentos y objetos de prueba nos llevan a los hechos a través de una experiencia multi-sensorial que permite juzgador/a/es adentrarse en la trama al ver, tocar, escuchar, u olfatear, la evidencia con un efecto persuasivo imposible de

reproducir con un simple relato. La máxima de ver para creer cobra especial significado con los objetos y documentos de prueba. Nunca será lo mismo tener una descripción detallada de la Malagueña que poder escuchar la politonal melodía con ese universo de sensaciones que la dulce complejidad armoniosa nos deja. De igual manera, una descripción de la obsidiana será siempre un fragmento de todo lo que podemos sentir y pensar al tener la obsidiana en nuestras manos y sentir su fina lisura e irremplazable color. Por eso, decimos que más que objetos o documentos de prueba son vehículos multisensoriales para transportar al juez/a o jurado al centro de nuestro caso.

¿Cuáles pueden ser objetos de prueba? Nuestra imaginación, practicidad y presupuesto son las únicas limitantes sobre el número y tipo de pruebas que presentamos en un caso. En términos muy generales, se utilizan como documentos y objetos probatorios las fotografías, videos, audio grabaciones, contratos, mapas, modelos, informes de peritos, expedientes médicos, expedientes educativos, documentos financieros, etc. Pero, podemos clasificar los documentos y objetos de prueba en tres diferentes categorías: 1) objetos/pruebas reales; 2) documentos de prueba, y 2) la evidencia demostrativa.

Vamos a explorar las primeras 2 categorías de pruebas y dejaremos la evidencia demostrativa para el próximo capítulo del manual.

1.1. Objetos probatorios reales

Los objetos o documentos probatorios reales, como su nombre lo sugiere, son los propios objetos o documentos que se utilizaron en los sucesos del caso. Por ejemplo, en un caso de mala práctica médica donde el equipo de cirugía olvida una esponja quirúrgica dentro del cuerpo del/la paciente. La misma esponja es utilizada como la prueba real en el juicio, dándole al jurado una idea de la magnitud del objeto y de la magnitud del descuido. En un caso de litigio sobre un automotor con un pistón defectuoso, la pieza puede ser usada como un objeto probatorio real. También vemos con frecuencia, en los casos de lesiones por resbalones y caídas, que el/la demandado/a exige se presente como prueba real, los zapatos de la parte actora mostrando su suela gastada y lisa como la más probable causa del accidente.

De la misma manera, en una disputa contractual como en el caso de Lemus vs. Seguro Para Todos es de rigor usar, como un documento real de prueba, el contrato actual firmado por las partes, para mostrar las firmas e iniciales en el documento, que sugieren el acuerdo entre las partes sobre las diferentes secciones del contrato.

Es importante recordar que los documentos escritos, aunque sean pruebas reales, también están sujetos a reglas para la admisión como evidencia de documentos probatorios.

1.2. Documentos probatorios

Es importante recordar que en este Manual nos basamos, en gran parte, en la práctica del derecho civil en Ontario, donde al igual que en otras jurisdicciones anglosajonas se promueve el intercambio de documentación temprana entre las partes para evitar el efecto de “juicio por emboscada”, el cual es injusto y promueve los retrasos. De acuerdo con las reglas de procedimiento civil en Ontario, Canadá, cuando se llega al juicio civil ya las partes han intercambiado, desde hace meses, copias de todos los documentos probatorios importantes en el proceso.

Los documentos probatorios representan evidencia sustantiva del caso, o sea son documentos que comprueban o ayudan a establecer un hecho. Los documentos probatorios incluyen todos los documentos escritos como contratos, informes, cuentas, declaraciones tributarias, informes médicos, etc.

A diferencia de un documento probatorio real, el documento probatorio nos ayuda a comprobar un aspecto en disputa del caso sin que el documento haya sido parte directa de los sucesos. Por ejemplo, en un caso de derecho laboral donde se reclama una pérdida de ingresos por incapacidad, la planilla de pagos y las declaraciones fiscales son documentos probatorios que nos ayudan a establecer los ingresos del demandante antes y después de la separación laboral.

Generalmente toda evidencia puede ser admisible si reúne dos requisitos básicos: si es relevante a uno de los temas por resolver en el juicio y; en segundo lugar, si su valor probatorio supera su posible efecto perjudicial. Éste se mide en términos de perjuicio moral (por ejemplo, en un juicio penal, evidencia de que el acusado es una persona mala sugiriendo que de cualquier manera merece castigo) y un perjuicio en lo práctico (que la admisión de la prueba propuesta se dispute, y que el tiempo y esfuerzo requerido para establecer los hechos controvertidos cree una mayor distracción o pérdida de tiempo que sobrepase el valor de la evidencia).

En el derecho anglosajón, los documentos probatorios pueden ser admitidos como evidencia como una excepción a la regla en contra de la admisión de información de segunda mano, ya que como decimos “el papel lo aguanta todo”. Entonces, para ser admitidos como evidencia los documentos probatorios son admitidos siempre y cuando sean relevantes, auténticos y admisibles bajo las leyes de evidencia. Satisfacer estos tres puntos se conoce como para fundamentar o establecer la base para la admisión de la evidencia:

Fundamentando las pruebas:

a. Que los documentos sean Relevantes

Los documentos son relevantes si tienen algo que ver con los temas en disputa en el caso y nos ayudan a esclarecer esos puntos en disidencia. Recordemos que uno de los objetivos centrales de un juicio es encontrar la verdad de cómo sucedieron los hechos. Podemos, entonces, decir

que los documentos son relevantes si nos ayudan a acercarnos a la verdad de cómo sucedieron los hechos. Por ejemplo, en un caso de incapacidad por accidente, la ficha médica del demandante es relevante pues nos ayuda a comprender cuál era el estado de salud del demandante antes y después del evento dañoso, ayudándonos a esclarecer la relación temporal del hecho con las afectaciones de salud registradas en su historial clínico. La ficha médica puede tanto ayudar a establecer la relación de causalidad entre el accidente y los daños, como puede ser absoluta si ésta muestra que el demandante no tuvo ni ha tenido los síntomas de salud que el demandante sostiene.

Los juicios civiles modernos pueden contar con un número infinito de documentos como informes médicos, ilustraciones, documentos financieros, contratos, declaraciones de impuestos, informes de peritos, mapas, fotografías, etc. Una función importante del abogado es la de cuidadosamente seleccionar los documentos más importantes y necesarios para resaltarlos y utilizarlos como evidencia procurando no abrumar al tribunal con un Aconcagua de documentos que no sabrían ni cómo empezar a escalar. Esto es, particularmente importante, en casos ante un jurado, quienes tendrían la trabajosa tarea de repasar un sinfín de documentos durante su periodo de deliberación.

b. Que los documentos sean auténticos

La autenticación del documento requiere principalmente la prueba de su autoría o de su origen. En un juicio sobre la validez de un contrato de seguros, como en el caso de Lemus v. Seguros Para Todos, la póliza de seguros no tendría ningún valor sino podemos establecer que contiene la firma de las partes.

¿Cómo logramos la autenticación del documento en el juicio?

La autenticación del documento se logra típicamente, a través del testimonio de la persona que firmó el documento, la que lo redactó, o la persona que presencié la firma del documento. O como autenticación parcial, a través de personas que conocen la firma contenida en él.

Ejemplo:

P: ¿Podría examinar el documento de prueba "A15" y decirnos si reconoce el documento?

R: Sí, es el informe sobre el incidente que contiene mi declaración el día del accidente.

P: ¿Cómo puede estar seguro de que ese informe es el del incidente y que fue hecho el mismo día del accidente?

R: Porque yo lo firmé y tiene mi firma al lado de la fecha en la tercera página.

¿El original o la copia?

Aunque por décadas ha existido la regla que requiere la presentación de “la mejor evidencia” disponible, regla que favorece la presentación de documentos originales ante el tribunal; se reconoce que hay muchas ocasiones en que el original de un documento no está disponible y entonces se permite la admisión de fotocopias del original como “la mejor evidencia disponible” sobre el punto.

c. Demostrar que los documentos son admisibles bajo la ley de evidencia

Después de demostrar que el documento es relevante y auténtico, todavía tenemos que establecer que es admisible conforme a la ley de evidencia. Recordemos que, en los juicios en las jurisdicciones anglosajonas, generalmente se prohíbe el uso de información de segunda mano, o sea testimonio que el/la testigo escucho que otra persona dijo. La razón es su potencial efecto perjudicial, puesto que el que un testigo escuche a una persona afirmar un punto no significa que ese punto sea la verdad. La admisión de evidencia de segunda mano es especialmente arriesgada en casos ante un jurado ya que el testimonio no puede ser sometido a la contra-examinación.

Los documentos escritos, en general, son considerados como información de segunda mano y no están exentos de la regla mencionada. Sin embargo, en la provincia de Ontario al igual que otras provincias en Canadá, se ha creado por estatuto la excepción a la regla en contra de testimonio de segunda mano en caso de documentos que se consideren “documentos o registros de oficio”.

Documentos o registros de oficio

El acta de la Evidencia estipula que documentos/registros de oficio son todos aquellos documentos que hayan sido elaborados:

- 1) por una persona cuyo trabajo es registrar esa información.
- 2) que el registro de esa información sea efectuado inmediatamente después de la actividad que se está registrando.
- 3) Que el registro sea hecho por una persona con conocimiento del tema, o por una persona que habló con la persona con conocimiento del tema.
- 4) Que el registro se hizo como parte regular de esa actividad del negocio o institución.

La idea de la admisión de “documentos/registro de oficio” como excepción a la regla en contra de información de segunda mano, radica en que este tipo de documentos son elaborados como rutina y requisito de una institución o empresa en función de las operaciones de éstas y reflejan fielmente lo que en ellos está escrito. La ficha de un paciente en un hospital que contiene los apuntes de las enfermeras registrando sus observaciones, resultados de pruebas, registros de temperatura, presión arterial, etc., deben ser elaborados con rigor para poder ayudar efectivamente en el tratamiento del paciente. No todos los documentos/registros de oficio

tendrán el mismo rigor que un hospital, por eso los documentos o registros de oficio pueden ser puestos a prueba por la contraparte si existe alguna falla o debilidad en satisfacer los requisitos de admisión como evidencia, o si los documentos fueron posteriormente alterados.

Veamos cómo se puede presentar ante el tribunal los apuntes de un oficial de policía sobre su investigación de un accidente automovilístico en el caso de Barrientos v. Percival y Helados Polar, en ese ejemplo 1:

P: Oficial Pérez, ¿usted es agente de la sección de tránsito de la policía metropolitana?

R: Sí.

P: ¿Usted reconoce el documento de prueba “A15”?

R: Sí, son los apuntes que realicé en la investigación del accidente de tránsito.

P: ¿Los apuntes que forman parte del documento de prueba “A15”, ¿los hizo en el momento de la investigación del accidente o inmediatamente después?

R: Sí, los empecé esa tarde y los terminé en la noche.

P: ¿Esos apuntes que hizo es parte o es requisito de su trabajo como policía?

R: Sí, tenemos que llenar el formulario incluyendo un diagrama del accidente y declaraciones de los testigos oculares.

P: ¿Y qué hace luego de terminar los apuntes?

R: Se entregan al registro central de investigaciones de nuestro departamento.

Ejemplo 2:

P: Doctor Dalmao, ¿desde hace cuánto tiempo que la Sra. Lemos ha sido su paciente?

R: Por veintitrés años.

P: ¿Durante veintitrés años ha hecho anotaciones de las consultas que ha tenido con la Sra. Lemus?

R: Sí, son 130 páginas de anotaciones que le hemos dado a su firma para este proceso.

P: Le entregó el expediente con las 130 páginas que conciernen a la Sra. Lemos. ¿Es ésta su ficha médica con su clínica?

R: Sí

P: ¿Estos apuntes fueron hechos al tiempo de cada consulta o inmediatamente después de ellas?

R: Sí, cumplimos al pie de la letra los requisitos del colegio de médicos.

En ese momento, le entregamos una copia fiel de la ficha médica del Dr. Dalmao al juez/a, y al secretario/a de la corte, y solicitamos que las notas del Dr. Dalmao sean admitidas como evidencia y que sean marcadas como el documento de prueba siguiente. De acuerdo con las reglas de procedimiento civil en Ontario, Canadá, a estas alturas del proceso ya el abogado de la contraparte ha recibido desde hace meses copias de la ficha médica de la demandante. Por esta razón no le brindamos copias de la ficha médica durante el juicio.

Con las preguntas y respuestas en los dos ejemplos anteriores satisfacemos los cuatro requisitos para la admisión de los documentos que permiten que los apuntes sean admitidos como documentos de prueba dentro de la excepción para los “registros de oficio”. Veamos qué hacer en los casos de evidencia demostrativa también conocida como ilustrativa.

2. Evidencia Demostrativa/Ilustrativa

La evidencia demostrativa conocida también como evidencia ilustrativa está compuesta de todos aquellos artículos que utilizamos en un juicio para ayudar a nuestros testigos a explicar con mayor claridad algún punto de importancia en el caso. A veces es difícil determinar con certeza si la evidencia demostrativa es únicamente para ilustrar o si es inherentemente también evidencia sustantiva. Este es un tema que los tribunales han luchado por esclarecer, pero todavía no se logra un consenso sobre el tema. Sin embargo, aquí vamos a enfocarnos principalmente en la evidencia que es principalmente para efectos ilustrativos.

La evidencia demostrativa puede tomar muchas formas como: una ilustración médica de una parte del cuerpo humano; un gráfico, una tabla, una fotografía, video, etc. La evidencia demostrativa por sí sola, no constituye una prueba de ningún hecho, sino que es únicamente un instrumento para explicar y entender alguna parte del caso.

2.1. Admisión de la evidencia demostrativa/ilustrativa

El principio de admisión de pruebas indica que el valor probatorio de una prueba debe superar su efecto perjudicial; jugando un papel protagónico en la admisión de la evidencia demostrativa/ilustrativa. Por ejemplo, el uso de una animación digital puede ayudar a recrear para un/a juez/a o jurado los hechos de un accidente de tránsito. Sin embargo, si esta animación está basada en mediciones inexactas que favorecen a una de las partes, el juez/a puede excluir el video sobre la base que el efecto perjudicial del video supera su valor probatorio.

2.2. La presentación de evidencia ilustrativa

Al igual que la presentación de evidencia sustantiva, para la presentación de evidencia ilustrativa ante el tribunal generalmente se requiere establecer una fundación o base legal para su introducción en el juicio que contenga los siguientes elementos:

- 1) El método y circunstancias en que fue elaborada la evidencia
- 2) La autenticidad de la evidencia y del proceso de elaboración de ésta
- 3) El beneficio del uso de esta evidencia en el juicio
- 4) Y el uso que le daremos a la evidencia en el juicio.

Veamos los siguientes ejemplos de la presentación de evidencia ilustrativa. Es importante aclarar que, de acuerdo, a las reglas de procedimiento civil y la regla de prevenir los “juicios por emboscada” a la altura del juicio ya le habríamos presentado con antelación a la contraparte, muestras de nuestra evidencia ilustrativa. Ejemplo 1:

P. Doctor, le estoy mostrando una ilustración de la anatomía del cerebro de Luis Barrientos. ¿Podría usted, por favor, verla?

R. Sí

P. Doctor, este diagrama fue preparado por un ilustrador médico profesional. ¿Ha visto usted este diagrama previamente?

R. Sí, de hecho, me consultaron en su elaboración.

P. ¿Podría usted decirnos si al revisar el diagrama, en su opinión, éste representa de manera justa y precisa las dimensiones del cerebro y la ubicación de las lesiones sufridas por Luis Barrientos?

R. Sí, la ilustración representa cabalmente la anatomía del cerebro de Luis Barrientos y también muestra las diferentes áreas donde el paciente sufrió lesiones consistentes con las imágenes de la resonancia magnética.

P. Doctor, ¿encuentra usted algún error o algún problema con la ilustración del cerebro que tiene en sus manos?

R. No, ninguno.

P. ¿Considera usted que le sería útil referirse a esta ilustración del cerebro de Luis Barrientos para poder explicarle su testimonio al tribunal?

R. Sí. Nosotros utilizamos este tipo de ilustración en la facultad de medicina y para poder explicar y señalar con exactitud la ubicación de las lesiones en el cerebro de nuestros pacientes. Tanto los estudiantes como mis colegas encontramos que las ilustraciones nos ayudan mucho en la explicación de la ubicación de las lesiones del cerebro ya que éstas están directamente relacionadas con impedimentos cognitivos, físicos y emocionales de diferentes partes del cerebro.

Ejemplo dos:

P: Dra. Canales, ¿a nuestra petición usted elaboró un informe sobre las pérdidas económicas de la señora Lemus?

R. Sí, preparamos un informe de la pérdida de ingreso que toma en consideración las opciones vocacionales residuales de la Sra. Lemus y las proyecta hasta el punto de jubilación.

P. Dra. Canales ¿y usted también preparó una gráfica que ilustra los diferentes escenarios para cada una de las opciones vocacionales?

R. Sí, es una tabla que separa cada opción y nos da los detalles de cómo los ingresos en cada opción fluctuarían considerando las contingencias laborales, económicas y de vida.

P. ¿Y considera que esta tabla sería útil para explicar sus conclusiones al jurado?

R. Sí, yo he atestiguado ante un jurado en más de 100 casos y siento que las tablas y gráficos facilitan al jurado poder seguir la explicación de las pérdidas económicas.

P: ¿Y la tabla refleja los datos en su informe?

R: Sí, completamente.

Al haber concluido esta parte preliminar sobre la necesidad y autenticidad de la ilustración o tabla, nos dirigimos al juez y solicitamos que la evidencia ilustrativa sea admitida formalmente como documento de prueba en el juicio y solicitamos que se marque como tal.

En la jurisdicción de Ontario existe una regla de procedimiento civil que permite formalmente a una de las partes pedir a la contraparte, con anticipación al juicio, su consentimiento para que la evidencia sea admitida en el juicio sin objeciones y así ahorrar tiempo en la audiencia. El consentimiento es rutinariamente concedido con los documentos de oficio y también con los documentos de prueba ilustrativos más básicos como tablas, gráficos, mapas, fotografías y videos actuales. Sin embargo, la respuesta de los tribunales ha sido variada en caso de las animaciones computarizadas. En un caso, el juez negó la oportunidad de utilizar la animación computarizada de la reconstrucción del accidente ante el jurado a pesar que ésta reproducía fielmente todos los datos de los ingenieros reconstructores. Esperamos que conforme estas tecnologías ganen mayor aceptación, los tribunales no tendrán otra opción más que admitirlas, cuando se pueda demostrar, sin duda, que cumplen con todos los requisitos de admisión como evidencia ilustrativa.

Los documentos de prueba tanto sustantivos como ilustrativos son utilizados frecuentemente para facilitar el testimonio y explicación de los peritos. Pasemos entonces a explorar como introducir la evidencia de los peritos.

3. Testigos particulares – Los peritos

Por muchos años, la evidencia de peritos ha jugado una parte clave de los casos civiles en Norte América, desde casos comerciales a los casos de daños y perjuicios donde rutinariamente se recibe la evidencia de médicos especialistas, terapeutas, ingenieros en reconstrucción de accidentes, economistas, etc.

En los tribunales de Canadá, los/las peritos no son únicamente profesionales médicos o científicos, también se han reconocido como peritos a las personas que tienen mucha experiencia en alguna actividad en particular. Por ejemplo, un/a agricultor/a autodidacta que ha cultivado maíz por años podría dar evidencia sobre la diferencia física entre una semilla de maíz y otra. La clave es que el/la perito tenga la experiencia sobre un tema que no sea de conocimiento del tribunal o jurado.

Su frecuente participación en los juicios y su rol autoritativo e influyente ha generado la necesidad de establecer reglas de evidencia y de procedimiento civil para delimitar los parámetros de la evidencia y los procedimientos para su admisión.

3.1. Parámetros para el testimonio de los peritos

Como bien sabemos, la norma es que los testigos comunes se limitan a dar evidencia sobre lo que han percibido, lo que han escuchado o visto, y básicamente atestiguan sobre su experiencia personal. Sin embargo, a los testigos regulares no se les permite dar opiniones, pues se considera que la opinión puede ser más perjudicial que probativa, ya que ésta no está basada en estudios rigurosos o experiencia sobre el tema, que nos dé confianza de su certeza.

A diferencia de los/las testigos comunes, los/las peritos tienen un estatus especial dentro del juicio. Cuando los/las peritos han sido debidamente calificados, no se limitan a dar evidencia sobre lo que han percibido sino que también pueden dar opiniones como evidencia. Las opiniones pueden ser sobre cómo pudieron haber sucedido los hechos o cuales podrían ser las consecuencias futuras de estos hechos. Por ejemplo, los peritos son frecuentemente llamados a atestiguar para aclarar un diagnóstico médico o para explicar estados financieros de una compañía o persona, o para exponer un procedimiento quirúrgico, etc. En otros casos, vemos peritos médicos especializado/as dando evidencia sobre el criterio médico aplicable en un caso de daños y perjuicios por mala práctica médica.

En casos de demandas de fraude por falsificación de firmas, es fundamental la evidencia de un/a perito que pueda opinar sobre la autenticidad de dicha gráfica. En casos de accidentes, además, de los ingenieros/as reconstructores hay también especialistas sobre el tema de factores humanos que nos ayudan a determinar si la respuesta de un/a conductor/a fue razonable tomando en cuenta el poco tiempo u otros factores que pudieron influir en su reacción. En fin, hay muchas áreas donde los/las peritos nos pueden ayudar a comprobar nuestro caso.

Generalmente, estos profesionales técnicos son contratados por las partes. La evidencia se puede emitir a través de informes escritos o a través de su testimonio oral en el juicio, siempre y cuando: el/la perito este informado(a) de los hechos básicos del caso, la opinión esté dentro de su área de experiencia y que no usurpe el rol adjudicativo del tribunal.

La decisión de utilizar el informe o llamar al perito a atestiguar depende de las circunstancias del caso. En Ontario, cualquier parte que pretenda presentar evidencia de un/a perito debe presentar con más de tres meses de antelación a la sesión ante-juicio¹¹, un informe escrito que dé un resumen de la evidencia que daría en el juicio. Este informe tiene que explicar cuál es el área de experiencia del perito, sus credenciales, experiencia laboral, autoría de textos o artículos, o cómo ha obtenido esa experiencia. Adicionalmente el perito debe aclarar que fue contratado por una de las partes y explicar el propósito de ese contrato. El informe también debe incluir una lista de toda la documentación del caso que ha recibido y evaluado. También debe dar detalles de las pruebas que realizó, los resultados y, ultimadamente, su opinión como experto en el tema. Si el/la perito va a testificar en el juicio, ¿entonces por qué es necesario el informe escrito? Principalmente para dar a conocer a la contraparte cuál es la evidencia del experto. En los tribunales canadienses se aplica el principio en contra de los juicios por emboscada. La idea es que la divulgación a tiempo de la evidencia favorece la resolución temprana de disputas, ahorra tiempo, y también evita sorpresas que resultan costosas y pueden retrasar indebidamente el proceso judicial.

Una vez que decidimos contratar al perito, ¿cómo decidimos si solamente presentar su informe escrito como evidencia o si lo citamos a atestiguar ante el tribunal? La respuesta va a depender de las circunstancias del caso. Los factores que influyen en esta decisión son:

- a. Los costos;
- b. Si el juicio es ante un Juez o Jurado;
- c. La complejidad del caso y la necesidad que el/la profesional explique verbalmente su opinión ante el tribunal;
- d. La petición de la contraparte de contra-examinar nuestro perito.

a. Los costos

Si bien el sistema de juicios civiles canadiense goza de una muy buena y merecida reputación en cuanto a los fundamentales valores como la transparencia y justeza, también tiene sus grandes desafíos, principalmente en el alto precio de acceso a la justicia (los honorarios por servicios de abogado/a y de los/las peritos) y el largo tiempo que toma llegar al juicio. Una comisión judicial liderada por el juez Osbourne, concluyó hace años sobre la necesidad de la proporcionalidad de los costos y duración de los juicios. En otras palabras, los costos de los juicios deberían ser proporcionales a los montos en disputa en la demanda. De la misma manera, la duración del juicio también tiene que ser proporcional a los montos en disputa y a la complejidad de los temas.

¹¹ Ante-juicio (Pretrial): un paso formal en el litigio, donde semanas previas al juicio las partes comparecen ante un/a juez/a con el propósito de explorar una resolución de la disputa o de algunos temas controvertidos. Al no ser posible la resolución, se pasa a definir los elementos de logística del juicio, el número de testigos, la duración del testimonio de ellos, la anticipada duración del juicio, la necesidad de intérpretes o aparatos audiovisuales, etc.

Los juicios con testimonio oral de peritos ante un jurado se encarecen enormemente. En Ontario, el costo de la comparecencia de un/a perito puede ser cinco veces o más el costo de la elaboración del informe. Si es posible y práctico proceder únicamente con el informe, excelente.

b. Juez o Jurado

El papel del perito es educar al tribunal sobre el tema en disputa. La jueza o el juez tienen experiencia recibiendo evidencia oral y podemos contar con que va a leer los documentos de prueba; el no reconocerlos sería una base para apelación. Si el caso es ante un juez, en términos generales, la evidencia oral del/la perito puede ser menos crítica que si estamos ante un jurado, especialmente si la contraparte decide llevar a su perito a atestiguar. En tales casos, podría ser negligente no llamar a nuestro perito a rebatir la evidencia del contrario.

c. La complejidad del caso y la necesidad que el perito explique su opinión ante el tribunal

Entre más complejo el tema sobre el cual dará la evidencia el perito, más importante es su presentación oral ante el tribunal. Esto le brinda la oportunidad al profesional de contestar preguntas del tribunal directamente y esclarecer cualquier duda que pueda quedar, lo cual no se puede lograr necesariamente con un informe escrito. Además, si la evidencia del/la perito tiene que ver con el punto medular del caso, pues más inclina la balanza hacia llevarlo a atestiguar en persona.

d. A petición de la contraparte

En Ontario, si presentamos un informe de un perito a la contraparte y les informamos de nuestra intención de no llevar/la a atestiguar ante el tribunal, la contraparte puede exigir que presentemos al experto para una contra-examinación. En esos casos, generalmente, no nos queda otra opción que llevarlo/la a la examinación principal y así poder obtener toda la evidencia relevante y opiniones sobre el caso y no quedar limitados a hacer solamente preguntas derivadas de la contra-examinación. En este caso, la decisión de llevar a nuestro/a perito ante el tribunal es prácticamente tomada por la contraparte.

3.2. ¿Cómo se admite la evidencia oral del/la perito?

Para que se admita la evidencia oral de un/a perito debemos antes que nada obtener del juez/a que lo califique como tal. Esto se puede lograr con el consentimiento de la contraparte, quien reconoce sus calificaciones y experiencia. Si no tenemos ese consentimiento, entonces logramos su calificación a través de su presentación y de sus calificaciones en las siguientes áreas:

- Estudios académicos realizados
- Licencias y designaciones profesionales,

- Experiencia laboral relevante a los temas en disputa en el caso,
- Publicaciones
- Experiencia dando cátedra en la materia,
- Puestos públicos, académicos, profesionales.
- Experiencia previa como perito ante los tribunales.

Veamos un ejemplo de la logopeda en el juicio ante un jurado en el caso de Barrientos V. Percival y Helados Polar:

P. ¿Entiendo que usted es un terapeuta del habla y lenguaje, logopeda?

R. Sí, así es.

P. ¿Tiene una copia de su Curriculum Vitae con usted? [Presentar el CV como documento de prueba y dar copia a miembros del jurado]

P. ¿Asistió a la Universidad en la Universidad del Salvador de Buenos Aires?

R. Sí, me gradué en 1994.

P. ¿Obtuvo su licenciatura y su maestría en patología del habla / lenguaje y audiolología?

R: Sí.

P. ¿Usted ha tomado 23 diferentes cursos de diplomados todos relacionados con la logopedia?

R. Sí

P. ¿El terapeuta del habla y el lenguaje es una profesión regulada?

R. Sí

P. ¿Ha tenido alguna experiencia como docente?

R. Sí, he sido parte del programa de logopedia de la Universidad del Salvador de Buenos Aires, por siete años.

P. ¿Tiene algunas Afiliaciones Profesionales?

R. Sí, soy miembro de la asociación de logopedas de Argentina, y la asociación de logopedas de las Américas.

P. ¿Dónde trabaja actualmente?

R. En el hospital de niños Pedro Elizalde de Buenos Aires, donde he estado desde mi graduación. Además, también hago trabajo como consultora en logopedia en dos clínicas privadas en Buenos Aires.

P. ¿Tiene alguna experiencia en el tratamiento de personas que han sufrido lesiones cerebrales?

R. Sí, yo diría que el 30% de todos los casos que atiendo son por daños de lesión cerebral.

P. Sra. Fernández, ¿puede darnos una estimación del número de niños y niñas con lesiones cerebrales que ha tratado en el habla / lenguaje en su carrera?

R. Más de 900 casos.

P. Su señoría, esto concluye nuestra examinación sobre las credenciales de la Sra. Marta Fernández y la presentamos como experta en el área de la terapia de Habla y Lenguaje.

Como podemos ver, la presentación cubre todas las áreas de experiencia académica y laboral de la logopeda que no solo es de beneficio para el/la juez/a sino que también influye positivamente ante el jurado. En ocasiones, aunque la contraparte asienta a nuestra presentación del/a perito, es recomendable, de todas maneras, hacer la presentación repasando toda la experiencia y méritos para que el jurado conozca todos sus logros. Notemos en el ejemplo anterior, que es el/la abogado/a quien hace mención de todos los títulos, méritos y experiencia laboral de la logopeda para que ella, simplemente, lo confirme. Esto tiene el efecto de presentar al perito como una persona modesta para ganar la simpatía del jurado. De no ser así, el perito se ve en la potencialmente embarazosa situación de tener que elaborar sobre sus propios méritos lo que la podría proyectar como orgullosa/vanidosa arriesgando el desapruebo del jurado. Este punto es importante ya que, en algunos casos, el juicio se convierte en un duelo entre experto/as. La simpatía puede acercar al jurado a su opinión. Es más difícil tener que aceptar la opinión de alguien que consideramos desagradable u orgulloso.

3.3. Contra-Examinación en la calificación del testigo como perito

En la mayoría de los casos, el/la experto/a que se presenta como perito tiene todas las calificaciones necesarias para emitir su opinión sobre los temas en disputa. Sin embargo, no es raro que una parte presente a uno que, si bien tiene las credenciales para trabajar en la profesión general relacionada al juicio, no tiene la experiencia laboral específica sobre el punto medular de la disputa. En estos casos, es importante que contra-examinemos al experto contrario sobre sus credenciales si estamos convencidos que no ejerce su oficio en el área específica que concierne el caso.

Ejemplo:

En el caso del reclamo por beneficios médicos Da Silva v. Seguros Internacionales, la compañía aseguradora presentó a un quiropráctico como perito en un caso en que el demandante sufría del síndrome de dolor crónico.

P. ¿Dr. Ginberg, usted es un doctor en tratamientos quiroprácticos?

R. Sí

P. ¿Usted no se ha graduado de una facultad de medicina?

R. No

P. ¿Entonces usted no es médico?

R. No, pero el colegio de quiroprácticos nos permite que nos llamen doctores.

P. ¿Usted no trabaja ni tiene privilegios en ningún hospital?

R. Es correcto

P. ¿Usted no ha escrito ningún artículo que se haya publicado sobre el síndrome de dolor crónico?

R. No

P. ¿Usted no ha realizado ningún estudio médico sobre el síndrome de dolor crónico?

R. No

P. ¿Usted no da clases en ninguna facultad de medicina?

R. No

P. ¿Usted no es considerado como especialista?

R. No

P. ¿Y de los cientos de conferencias médicas que se realizan en Norte América sobre el síndrome de dolor crónico, ha sido usted alguna vez invitado a hacer una presentación sobre dolor crónico?

R. No

P. ¿Ningún colegio médico lo reconoce a usted como experto en síndrome de dolor crónico?

R. No

P. ¿Usted no ha sido reconocido previamente como testigo en la corte como experto en dolor crónico?

R. No

En este caso, el testigo fue calificado como experto para poder dar evidencia sobre la evaluación física que él había hecho del demandante, pero no se le permitió dar su opinión sobre si el demandante sufría o no de síndrome de dolor crónico. Aunque no se logró su descalificación total, el efecto de la contra-examinación favoreció enormemente el caso del demandante. Notemos cómo la contra examinación usa exclusivamente preguntas sugerentes directas.

3.4. Admisión del/a perito

Una vez que el/la testigo ha sido calificado/a como perito, la evidencia que se desprenda de su participación puede ser admitida siempre y cuando se compruebe que es:

- 1) Relevante,
- 2) Necesaria para asistir al juez o jurado y
- 3) Si no viola ninguna regla que la excluya

a. Relevante

La evidencia de un/a perito se considera relevante si ésta nos aproxima al esclarecimiento de un punto contencioso en el caso. En Canadá la Corte Suprema ha considerado particularmente este punto de la relevancia del testimonio de peritos en el caso penal de *R. v. Mohan* (1994), donde resalta la necesidad de hacer un análisis utilitario de costo y beneficio en incorporar el testimonio de un experto. No se trata del costo en sentido económico, sino en el de perjuicio que puede causar la evidencia de un perito. Esto aplica a las veces que ésta pudiera usurpar el rol del tribunal en el caso, cuando el punto en disputa no requiere de la evidencia del/a perito para ser esclarecido.

Esto nos lleva a la segunda consideración

b. ¿Es realmente necesaria la evidencia del perito para asistir al juez o jurado?

La regla es que la evidencia del perito debe ser necesaria para ayudar al juez/a o jurado a tomar una determinación sobre los hechos. No tendría ningún sentido llevar un experto a un juicio para atestiguar sobre temas que la persona común y corriente conoce y puede decidir sin ayuda de nadie. En esos casos, donde el tema en disputa no es terriblemente complicado, al utilizar al perito nos arriesgamos a que el/la magistrado/a o jurado sean desmesuradamente impresionados por el/la perito, dejando que sea él/ella quien, en efecto, decide el resultado del caso usurpándole al tribunal su papel en el juicio. En un fallo del 2002 del Tribunal de Apelaciones de Ontario, en el caso de *Webb v. Waterloo (Region) Police Services Board*, al determinar si se había cumplido el requisito de necesidad, el tribunal concluyó que “la evidencia del perito es necesaria cuando el juez o jurado necesita ayuda pues sin ella no puede sacar sus propias conclusiones”¹². Entonces, podemos decir que la participación del perito en el juicio tiene que tener un propósito claro de ayudar al juez o jurado a entender la complejidad de los puntos en disputa, de no ser así, puede ser superfluo e incluso dar una injusta ventaja a la parte que lo presenta.

c. Si no viola ninguna regla que excluya su evidencia

¹² [2002] O.J. 2015 (C.A.)

La evidencia del/a perito no debe ser admitida si viola alguna regla de evidencia, como la de presentarlo/la para dar evidencia sobre el carácter de una persona. Esto último no es permitido por su efecto perjudicial y además, se considera una función que- en todo caso- le pertenece al jurado. Tampoco será admitida la evidencia de un/a perito si el tema está fuera de su área de experiencia y conocimiento. En otros casos, la evidencia del perito puede ser excluida si está basada en documentación de segunda mano que no ha podido ser fundamentada. Como el caso de un especialista médico que base su opinión en un historial médico equivocado.

El requisito de imparcialidad

Como hemos visto, el papel privilegiado que tiene el/la perito en los juicios civiles necesita de controles para asegurarnos que su influencia no sustituya el papel del jurado. Además, debido a su carácter como autoridad sobre su materia, se requiere que sea imparcial, independiente de quién lo haya contratado. Esto va en contra de la percepción que “el que paga el mariachi escoge la canción”. Y aunque, en la práctica, esto ha sido difícil de conseguir, se han tomado medidas como una declaración firmada por los y las peritos en la que afirman su imparcialidad en la interpretación de los datos y en la formulación de sus opiniones. No es extraño encontrar fallos de los tribunales en Ontario donde se ha criticado el papel de algunos peritos como mercenarios a favor de la causa que los contrata.

De hecho, la ley requiere que los y las peritos sean imparciales. Más recientemente, se han dado publicado algunos casos en que algunos tribunales en Ontario se han negado a admitir como perito a una persona que tiene un historial parcializado sobre los temas en disputa en un juicio. Este requisito acentúa la importancia de asegurarnos que los y las peritos que consideremos gocen de una buena reputación y que tengan la experiencia para valorar nuestro caso de manera imparcial.

3.5. El testimonio del/a perito

Cuando ya hemos logrado calificar a nuestro/a perito podemos avanzar al asunto del caso por el cual lo hemos contratado. Cada abogado/a tiene su preferencia en el orden a seguir en la examinación del perito. Algunos optan por usar el informe escrito como el libreto a seguir, puesto que éste reúne prácticamente todos los requisitos formales necesarios para la evidencia. En todo caso, las examinaciones de peritos deben contar con los siguientes elementos:

- 1) Una explicación de quien lo contrata y con qué propósito específico.
- 2) Una explicación al tribunal de todo el material que se le dio al perito para informarse sobre el caso. La lista debe ser exhaustiva ya que esto puede ser un terreno fértil para la contra-examinación.
- 3) Una descripción detallada, paso por paso, de lo que el/la perito hizo con los datos. Por ejemplo, en el caso de un especialista médico, si se reunió con el demandante, qué información recibió oralmente de él, qué observaciones hizo del demandante, si le

pareció que contestaba las preguntas honestamente, si le hizo algunas pruebas, cuáles fueron los resultados de las pruebas, cuál fue la conducta del demandante durante las pruebas, ¿son confiables los resultados de las pruebas?, si formuló un diagnóstico sobre el caso, etc.

- 4) Cuál es su opinión sobre el punto central para lo que fue contratado. Cómo llegó a esa conclusión, en qué puntos se basa para su conclusión, etc.
- 5) Cuál es su opinión sobre la opinión de los otro/as peritos en el caso. No solamente para criticar los de la contraparte, sino que es una oportunidad para reforzar las opiniones de los otros peritos de nuestro caso.

Ejemplo de la Examinación principal a la logopeda en el caso de Barrientos v. Percival y Helados Polar, en el cual la teoría de la defensa era que el demandante no había sufrido impedimentos cognitivos en su accidente de tránsito, sino que sus dificultades de aprendizaje del idioma se debían a que Luis no era particularmente adepto para los idiomas:

P. Sra. Fernández, ¿podría explicarle al jurado qué es la terapia del habla / lenguaje?

R. Si, ¿puedo utilizar la tabla para la explicación de las patologías del habla?

[Presentación de Documento de prueba # 43 Tabla de explicación de Patología del habla]

R. (Testigo hace una presentación sobre la patología del habla - usa el proyector)

Muchas pueden ser las causas de las patologías del habla, físicas, neurológicas, emocionales. En el caso de las lesiones cerebrales influyen el tipo de trauma, la edad de la persona. Una lesión cerebral moderada a severa, como la de Luis, puede afectar muchas funciones: la comunicación – el hablar y desarrollar lenguaje -; las áreas de conocimiento: atención y concentración; la orientación - donde estamos -; la memoria: verbal, si no recuerda lo que se nos dice, no podemos responder eficientemente; la organización: organizarse para formular pensamientos.

La función ejecutiva depende del lóbulo frontal. El lóbulo frontal es el director de nuestros pensamientos. Es responsable de que lo que hablamos y escribimos sea comprensible.

La comunicación social es crucial para compartir pensamientos y emociones. Hablar: el habla, la voz, la capacidad de encontrar trabajos para la gente con trauma cerebral es muy difícil.

Fluidez en el habla- tartamudeo, problemas con gramática, problemas para planear y organizar.

P. Sra. Fernández, entiendo que usted brinda servicios como logopeda en inglés y español. Dígame, ¿cómo el funcionamiento en un entorno de segundo idioma afecta el desarrollo del habla / lenguaje?

R. El ser bilingüe no tiene ningún impacto. Si la persona tiene una lesión cerebral con afectación en el área del habla la lesión afectaría ambos idiomas. En el caso de una persona bilingüe, podría tener más dificultades sociales al principio, pero progresarán en 3-4 años.

P. ¿Los niños o niñas en un entorno de segundo idioma requieren terapia de lenguaje del habla? R: No, lo de ello/as no es un problema de impedimento cognitivo, es un problema de aprendizaje.

P. Señora Fernández, pasemos a Luis Barrientos. ¿Cuáles son los desafíos en su caso?

R: Luis tiene muchos desafíos con los trabajos de la escuela, dificultad para aceptar su problema, no tiene conciencia del mismo y no piensa que haya nada malo en él. Sus compañeros se alejaron al darse cuenta de sus problemas. Tampoco le va bien académicamente.

P. ¿Sra. Fernández, cuánto tiempo ha estado involucrada en el tratamiento de Luis?

R. Desde Julio del 2002 hasta el 10 de diciembre de 2008. Lo vi en cientos y cientos de visitas. Primero 3 veces por semana y luego 2 veces por semana. Desde 2006 lo veo una vez al mes.

P. ¿Cómo llegó a conocerlo?

R. Fue referido por Leo Rottenberg, quien trabaja de logopeda en el Hospital de niños, él era uno de mis estudiantes.

P. ¿Por qué el hospital de niños lo remitió a usted? ¿Sabes cuántos terapeutas del habla / lenguaje en Toronto son capaces de proporcionar servicios tanto en inglés como en español?

R. El hospital me contactó porque saben que doy logoterapia en los dos idiomas. No conozco a nadie más en la ciudad que proporcione logoterapia en los dos idiomas.

P. ¿El hospital envió alguna documentación?

R. Si, me enviaron el archivo completo, más de 1800 páginas.

P. ¿Qué descubrió en esos registros?

R. Que Luis había sufrido múltiples lesiones en su accidente automovilístico, la más importante de ellas, una lesión cerebral difusa.

P. ¿Conocía a Luis o a sus padres antes de la primera reunión?

R. No, no los conocía.

P. ¿Sabe algo sobre el funcionamiento de Luis antes de su accidente?

R. Sí lo que supe, por hablar con sus padres y al revisar sus calificaciones de la escuela previas al accidente. Era un niño con un rendimiento escolar excelente.

P. ¿Qué hizo después de revisar los registros?

R. Hablé con los padres, con la encargada del caso y también con la terapeuta ocupacional. Después me reuní con Luis para hacerle una evaluación.

P. ¿Puede describir esa evaluación? ¿Qué hizo usted y qué averiguo sobre Luis?

R. Había tenido marcados cambios en el comportamiento, en su lenguaje receptivo, falta de uso de plurales, señaló la imagen equivocada cuando le pedí que señalara una flor. Había una marcada pérdida de lenguaje en su propio idioma.

P. ¿Cuándo se realizó la evaluación?

R: En Agosto del 2002.

[Solicitar permiso al juez para revisar el informe]

P. ¿En qué consistió la evaluación?

R: Principalmente sobre el Idioma receptivo y el Lenguaje expresivo. La evaluación fue en español y un poco en inglés. Luis tuvo dificultades al nombrar los objetos. Le hice una evaluación de escritura / lectura, sus habilidades fueron bajas, de primer grado escolar, aunque Luis ya estaba en el 3ro.

Tenía dificultades para explicar las cosas más básicas. Si le preguntas cómo se hizo el sándwich, él puede nombrar elementos, pero no puede usar el idioma para armar el sándwich. Luis tiene grandes problemas para encontrar las palabras necesarias. No puede mantener la atención durante un largo período de tiempo y ha tenido una disminución en el vocabulario. Además, tiene baja tolerancia: se desilusiona muy rápido.

P. ¿Cómo le administró la prueba?

R. Fue en partes porque él se cansaba.

P. ¿En qué idioma se realizó la evaluación? En ambos idiomas.

P. Durante la evaluación, ¿hizo alguna observación sobre su comportamiento?

R: Estaba lloroso, y se cansaba rápido.

P. ¿Su evaluación reveló alguna de las fortalezas o debilidades de Luis?

R. Algo positivo: fue capaz de mantener la motivación, iniciar actividades como jugar un juego de computadora. Sus habilidades pragmáticas: posibilidad de iniciar una conversación, por turnos durante la comunicación, contacto visual, no se acerca tanto ni demasiado, no habla mucho.

Su voz era muy suave. Capaz de terminar una tarea pero tiene que ser corta.

P. ¿Cómo se compararon los resultados de su evaluación con los realizados en el hospital?

R: Fueron completamente consistentes.

P. ¿Hizo usted alguna recomendación como resultado?

R. Recomendé sesiones de terapia de 1-1.5hr por 3 veces por semana. También recomendé mucha ayuda para asistir a la escuela, mejorar la alfabetización en inglés y con las tareas. Además, ayuda en la práctica de palabras, palabras nuevas y ensayarlas y para aprender vocabulario nuevo.

P. ¿Recibió Luis toda la terapia de lenguaje y habla que necesitaba en cada fase de su recuperación?

R. No, no toda, porque solo fue autorizada una vez por semana por el seguro.

P. ¿Describiría para el jurado qué tratamiento le brindó a Luis, ¿cómo evolucionó ese tratamiento a través de los años hasta ahora y cómo ha reaccionado Luis ante sus intervenciones?

R. Inicialmente trabajamos una vez por semana. Trabajamos en expandir su vocabulario, mejorar su alfabetización en los dos idiomas, la práctica de palabras. También logramos la participación de un Asistente para Trastornos de Comunicación (ATC), se llama Nicolás, y él puede dar seguimiento a los planes de trabajo de logopeda que yo he elaborado para Luis.

P.- ¿Con qué frecuencia los problemas de habla / lenguaje juegan un papel con el ajuste social?

R. Todo el tiempo, ya que son fundamentales para la socialización. Una persona que tiene dificultades con el habla y comprensión suele tener pocos amigos, no entiende el humor, piensa que sus compañeros se ríen de él, pueden sufrir de soledad y hasta depresión.

P. ¿Cuándo fue su última evaluación formal de Luis?

R. En septiembre del 2006, el informe fue con fecha de diciembre del 2006.

P. ¿Por qué se hizo eso en ese momento?

R: Anticipando que Luis empezaba la secundaria el próximo año se consideraba un momento propicio ya que iba a requerir un cambio de escuela.

[Presentar el segundo informe como documento de prueba]

P. ¿Cuáles son sus fortalezas y debilidades ahora?

R. Su rendimiento escolar esta entre 2-5 y 6º grado, Luis estaba en 6º grado. Sus dificultades están presentes en ambos idiomas. Desde el 4º grado, los alumnos leen para aprender, pero Luis no puede hacerlo bien porque no puede comprender lo que lee. El

necesita un programa especial que le ayuda a leer, Kurzweil. Al paciente le cuesta leer un párrafo, visualizar las oraciones y hacer una imagen en su cabeza de lo que está leyendo. Cuando escribe sus oraciones no son organizadas, es difícil de entender lo que dice, se molesta cuando se le pidió que hiciera un proyecto. Tiene muchas dificultades cuando se le pide que haga cosas integrales. Si se le ayuda a establecer la parte inicial, entonces puede hacerlo, pero no sabría cómo hacerlo por su cuenta.

P. Entonces, ¿Luis necesita terapia ahora?

R. Sí, Luis continúa necesitando terapia. Y va a continuar necesitando ayuda con la escuela, con las tareas, etc.

P. Hemos escuchado que el próximo año Luis irá a la escuela secundaria. ¿Anticipa que necesitará terapia de lenguaje y habla?

R. Sí, claro, él lo necesitara toda la vida. Y especialmente en coyunturas particulares, de cambio.

P. ¿En qué momentos de su vida espera que necesite ese apoyo?

R. Especialmente en las transiciones de la vida. De secundaria a lo vocacional. Cuando se cambie de dirección. Al cambiar de trabajo.

P. ¿Conoce a Elena Sánchez?

R. Sí, ella es la terapeuta ocupacional a cargo del caso de Luis.

P. ¿Ha tenido alguna comunicación con Elena Sánchez sobre las necesidades futuras de Luis en terapia de lenguaje o trastornos de la comunicación?

R. Sí.

P. Le estoy mostrando un informe escrito por Elena Sánchez del 15 de septiembre de 2009. ¿Ha visto este informe antes?

R. Sí

P. En su informe, ella habla sobre sus futuras necesidades de terapia de lenguaje y habla. ¿Está de acuerdo con esas recomendaciones?

R. Sí, completamente, están basadas en los datos que yo le di, los cuales están basados en mi conocimiento de Luis, del tratamiento que ha recibido, de su progreso, de la literatura sobre ello y en mis años de experiencia.

La evidencia de la logopeda es fundamental en el caso. Notemos que ella tenía un par de ventajas imposible de superar por la contraparte. La primera, es el hecho que además de evaluar a Luis y dar su opinión profesional, también le había dado terapia por años, lo que iba a fortalecer, enormemente, su opinión sobre el futuro de Luis. La segunda, es que es la única logopeda en la ciudad que podía evaluar a Luis sobre sus dificultades de habla en los dos idiomas lo cual era un punto clave en la disputa. El experto de la contraparte había únicamente evaluado a Luis en una ocasión. Como es de esperarse, el jurado preferiría la evidencia de la Sra. Fernández.

Por último, podemos notar, al final, como la examinación busca referencias para fortalecer la evidencia de otro/as testigos en particular la futura evidencia de Elena Sánchez quien posteriormente atestiguó sobre los futuros costos de salud de Luis que incluían los costos de logoterapia.

3.6. La contra-examinación de peritos

Para la contra-examinación de peritos se aplican los mismos principios que para los testigos. No existe una manera única de hacerlo y cada abogado/a tiene su propia metodología. La profundidad, longitud e intensidad de la examinación puede variar dependiendo de la importancia del testigo, los errores que pueda haber cometido en la interpretación de los datos, u omisión de datos importantes. En general, no se libra una batalla frontal con un/a perito sobre su rama de especialidad puesto que nunca vamos a lograr conocer el tema con la profundidad que él/la perito lo maneja y nos arriesgamos a quedar en ridículo ante el juez/a o jurado. Sin embargo, esto no significa darle un pase libre, al contrario, podemos preparar nuestra contra-examinación basándonos en el informe escrito y asesorándonos con nuestro propio perito sobre las áreas vulnerables para el ataque.

Las siguientes son áreas donde, generalmente, podemos enfocar nuestra contra-examinación del/la perito:

- 1) Las exageraciones y errores en las credenciales del/la perito. Frecuentemente, algunos, son presentados como calificados en la materia pero se omite, por ejemplo, que desde años ya no trabajan atendiendo pacientes sino que se dedican exclusivamente a trabajar en la elaboración de dictámenes para el litigio. Los jurados y jueces típicamente prefieren la evidencia de los médicos que están en la trinchera y no los que se dedican al negocio de las opiniones.
- 2) La plenitud de los datos que consideró al formular su dictamen pericial. Los hechos y datos del caso los conocemos mejor que el perito y podemos entonces atacar la confiabilidad de sus opiniones si podemos demostrar que no consideró toda la evidencia relevante disponible. En un caso, el perito médico contrario había concluido que mi cliente estaba apto para regresar al trabajo porque decía que podía levantar y cargar 25 libras de peso. Sin embargo, el cliente trabajaba haciendo mudanzas de oficina donde regularmente tenía que levantar y cargar más de 100 libras de peso.
- 3) ¿Cambiaría su opinión si tuviera otros datos; ¿otra historia médica, por ejemplo? Especialmente, en casos que el/la perito no ha recibido todos los datos relevantes, podemos, con mucha cautela, proveerle esos datos y preguntar si esta nueva información cambiaría su opinión.

- 4) En reforzar la evidencia favorable a nuestro caso en su informe. Si el/la perito hizo observaciones y llegó a conclusiones favorables a nuestro caso, resaltarlas. Frecuentemente, esta información favorable está en el informe, pero no necesariamente salen ante el tribunal en la examinación directa.
- 5) Para reforzar la reputación de nuestros peritos si los nuestros son reconocidos como autoridades en el tema.
- 6) Reducir el área de experticia del profesional técnico (como en el caso previo del quiropráctico, Dr. Ginberg.
- 7) Si la opinión del/la perito contradice la literatura sobre el punto, utilizar los libros de texto para demostrar que la opinión esta fuera de los conceptos aceptados por su propia rama.
- 8) Demostrar la parcialización del testigo. Investigar sobre cómo se gana la vida el perito, si lo hace simplemente dando opiniones o también trabaja prestando servicios en su rama de especialidad. ¿Cuántas veces previas ha atestiguado en casos presentados por el/la abogado/a o cliente de la contraparte? ¿Cómo ha sido recibida su evidencia por los tribunales en otros casos? ¿Cuánto le pagaron por la opinión que dio? ¿Cómo se compara ese pago con las tarifas por hora que cobran los que ejercen su profesión?
- 9) Si el perito evaluó directamente a nuestro/a cliente, mostrar las contradicciones entre lo que el perito dice que hizo en la evaluación y el testimonio del cliente al respecto. Frecuentemente los peritos médicos contratados registran la duración de la evaluación mucho más larga que lo que en realidad fue.
- 10) Atacar cuan completa fue la evaluación realizada por el perito. Las pruebas de rigor que se debieron hacer y no se hicieron.
- 11) No refiere a cuestionar el método científico utilizado, etc...(ver)

Veamos un ejemplo de la contra-examinación de la Neuropsicóloga en el caso de Barrientos v. Percival y Helados Polar. En este caso, la Dra. Núñez era la testigo estrella de la defensa. Ella reconocía que el pequeño Luis había sufrido una lesión cerebral pero que era leve en magnitud en el efecto lesivo. En general, sus pruebas y conclusiones dan resultados muy diferentes a los y las demás especialistas siendo sus conclusiones mucho más optimistas acerca del futuro de Luis. En resumen, ella le resta importancia al impacto que las lesiones de Luis puedan tener en su vida y es la base central del caso de la contraparte.

Contra-examinación de la Dra. Núñez, Neuropsicóloga:

El lector notará en la primera parte de la examinación como el/la abogado/a del demandante busca obtener admisiones favorables y prosigue a desacreditar la opinión y conclusiones de la perito resaltando algunas omisiones importantes en su informe.

P. En el informe del 2007 de la Sra. Sánchez ella recomienda el tratamiento ocupacional en el futuro. ¿Basado en su testimonio de esta mañana entonces usted ahora piensa que Luis requiere terapia ocupacional?

R. El uso de dispositivos de asistencia podría ser útil

P. ¿Él requiere cuidados personales?

R. Según sea necesario

P. ¿Asesoramiento social / rehabilitación en el futuro?

R. Posiblemente

P. ¿Asesoramiento financiero?

R. Oh sí.

P. ¿Evaluación vocacional?

R. Oh sí

P. ¿Ayuda organizacional?

R. Puede requerirla

P. Refiriéndose al informe de Carter en la página 6, 3r párrafo, que indica que el padre asistió un año de estudios universitarios. ¿No completó el primer año de derecho universal?

R. No lo sabía

En la siguiente sección podemos observar el asedio va en crescendo a la credibilidad de la opinión de la perito señalando las omisiones e imprecisiones en su evaluación e informe sobre el demandante.

P. ¿Podría decirnos Sra. Núñez cuál es la importancia de tomar un historial completo?

R. Relativamente importante.

P. ¿Pudo usted revisar las resonancias magnéticas o evaluaciones de tomografía que le hicieron a Luis?

R. Como un psicólogo no entrenado para revisar las resonancias magnéticas o tomografías.

P. ¿Habló usted con los doctores a cargo del cuidado de Luis?

R. Revisé los informes, pero no hablé con ellos.

P. ¿La lesión de Luis vista es una lesión axonal difusa de forma bilateral?

R. Oh sí

P. ¿En su opinión Luis sufrió un trauma cerebral severo?

R. Un trauma significativo

P. ¿Qué constituye un trauma cerebral severo?

R. Una serie de clasificaciones de severos, un modelo es de la Asociación Americana de Médicos donde, si el puntaje de coma Glasgow es bajo, entonces la lesión puede ser severa.

P. ¿El GCS más bajo de Luis fue de 6?

R. Según la AAM, es relativamente severo.

P. La duración del período de inconsciencia, ¿afecta la severidad, cierto?

R. Una serie de factores afectan la severidad, incluida la pérdida de memoria, la duración del período en coma, etc.

P. ¿En su opinión Luis sufrió una lesión cerebral traumática severa?

R. La documentación lo caracteriza como tal, el resultado puede estar más cercano a significativo que a severo, la delineación es difícil.

P. Con su conocimiento de este expediente nos podría decir si ¿Algún otro/a especialista ha dicho que la lesión de Luis fue "significativa" en lugar de "severa"?

R. Severo se usó varias veces, recuerde que se dijo "severo" y luego mejora.

P. Dra. Núñez, ¿El perito tiene que ser objetivo? ¿Fue objetiva en su informe del 2005?

R. Oh sí

P. ¿Puede mostrar en qué parte de sus conclusiones del informe de 2005 dice que Luis sufrió una lesión significativo o grave?

[Silencio duradero de varios minutos mientras la Dra. Núñez busca inútilmente los adjetivos "significativa o grave", palabras que no están en su informe escrito pues en el minimizaba la magnitud de las lesiones de Luis. Este recurso de esperar ante un jurado todo el tiempo necesario para que el testigo conteste una pregunta es muy efectivo y dramático que resalta el punto que queremos establecer; en este caso que La Dra. Núñez ha cambiado su opinión inicial sobre la gravedad de las lesiones de Luis.]

R. No lo encuentro, yo intenté resumir al neurólogo quien describe sus diversas actuaciones y describía la lesión en la cabeza, pero no la caracterizo como severa.

P. ¿La caracterización como severa es importante, ya que el tratamiento depende de ella?

R. Sí

P. ¿Usted concluye en la página 13 con que Luis es simplemente una víctima por ser nuevo en la escuela y estar estudiando en un nuevo idioma y que habría que revisar sus calificaciones de la escuela, revisar los informes de calificaciones antes y después del accidente?

R. Oh sí

P. ¿Usted recibió las calificaciones de Luis de la Escuela, pero no se menciona en su informe del 2005, no es así?

R. Sí

P. El informe de calificaciones de 2º grado de Luis ¿se encuentra en informe?

R. Sé que recibí el boletín de calificaciones hasta fin del año escolar.

P. ¿Puede leer las calificaciones en la segunda página y los comentarios?

P. Dificultades de comprensión, necesita ayuda para completar tareas y trabajo independiente. Se cansa fácilmente. Le cuesta concentrarse cuando hay otras distracciones o ruidos.

P. Pero ¿esto no se menciona en su informe de 2005?

R. No, pero ...

P. - Boleta de calificaciones de junio de 2004 también la recibió para elaborar su informe. ¿Podría leer el resumen en la página 2?

R. Luis continúa con dificultades para comprender y retener lo leído. Su participación en clase es limitada pero la ayuda del tutor ha sido beneficiosa.

P. ¿su informe no lo hace parecer más positivo que el informe preestablecido?

R. Tal vez un poco.

P. Entonces, ¿cómo puede decir que le está yendo mejor después del accidente?

R. Tal vez porque tiene un programa diferente acomodado a sus necesidades en la escuela, con personas conscientes de que Luis tiene una lesión y son más generosos en sus comentarios

P. ¿En qué conclusiones menciona usted que Luis tiene un plan de educación acomodado a su discapacidad?

¿Mencionó en alguna parte de su informe la educación individualizada?

R. [busca en su informe por algunos segundos, pero no lo encuentra] No está....

Habiendo conseguido importantes admisiones que ponen en duda la exactitud y credibilidad de la perito, el abogado se dirige en la contra examinación a un punto importante de la demanda: la futura capacidad laboral del menor:

P. ¿El rendimiento escolar es un buen indicador del desempeño en el lugar de trabajo?

R. Es un aspecto. Ética en el trabajo y rasgos de personalidad, rasgos psicológicos también.

-

P. Referente a las futuras perspectivas de empleo de Luis, ¿usted está en desacuerdo con el Dr. Pinzón, el neuropsicólogo de Luis?

R. Sí

P. ¿No dice la literatura científica que los niños y niñas con lesiones cerebrales tienen muchas dificultades para mantener trabajos?

R. Eso es en términos generales. Yo lo dejaría abierto a la edad de 13 años. No aseguraría que él que no podrá trabajar, pero sé que será difícil.

P. El libro de Muriel lo dice. Uno de muchos libros autorizados. - Pagina 162 sobre lesiones cerebrales lo afirma. Esto respalda la opinión del Dr. Pinzón de que Luis no tendrá éxito en mantener un trabajo. ¿Apoya que trabajar en un mercado laboral competitivo será muy difícil?

R. No será un empleado perfecto, necesitará un entorno acomodado. Pero no excluye la posibilidad.

P. Las calificaciones de Luis en matemáticas, en las evaluaciones neuropsicológicas previas al accidente, en matemáticas de primer grado fue excelente [antes de estar inmerso en inglés], luego del accidente el Dr. Pinzón muestra el rendimiento matemático promedio. Como evaluación final con el Neuropsicólogo, ¿Luis está en el percentil 16?

R. No sé si las calificaciones de Grado 1 son equivalentes a sus pruebas. No sé el estándar del otro país.

P. ¿No puede aceptar que hay un declive o, de lo contrario, ninguna mejora?

R. No muestra que es una mejoría. Parece una gran caída, pero no lo es.

Para finalizar la contra examinación notamos la intención de terminar en un punto fuerte poniendo en duda la imparcialidad de la perito del contrario explorando su trayectoria de trabajo y fuentes de ingresos.

P. ¿Qué parte de su trabajo lo hace para las empresas de defensa de demandas por daños personales?

R. Yo recibo trabajo de diferentes fuentes.

P. ¿Cuál es su tarifa por hora?

R. \$ 205

P. ¿Cuánto le pagaron por general para el informe de 2005?

R. No estoy segura, no tengo las cuentas.

P. Dra. Núñez ¿de los 21 informes médicos presentados, elaborados por 15 especialistas médicos, 19 de ellos reconocen que Luis sufrió una lesión cerebral grave. ¿El único informe que dice que la lesión fue leve fue el informe inicial que usted preparó a petición de la aseguradora de Percival?

R. Sí

P. ¿Usted trabaja para esta aseguradora por 15 años?

R. Sí

Sr. Juez, esas son todas las preguntas que tenemos de esta testigo.

Al final de esta contra examinación podemos estar seguros que la credibilidad de la Dra. Nunez ha quedado gravemente afectada por las importantes omisiones en su evaluación del caso; por admitir que su opinión está en contra de decenas de informes médicos y por las contradicciones entre su posición inicial en los informes escritos y su evidencia oral ante el jurado sobre la gravedad de las lesiones del menor. Para rematar, se da en el cierre de la contra-examinación una posible explicación de estas inconsistencias: su posible parcialidad por su largo historial de trabajo con la aseguradora del demandado.

TERCERA PARTE

I. Preparativos Finales para el Juicio

Una vez completados todos los pasos preparatorios para el juicio nos encontramos cara a cara con la montaña abrumadora de documentos, fotografías, apuntes, etc. que hemos recopilado en el proceso. ¿Por dónde empezar? Un paso fundamental para organizarnos es preparar nuestro cartapacio (carpeta) que utilizaremos a diario en el juicio. En nuestro cartapacio organizamos, en orden, todos los documentos que anticipamos que vamos a necesitar para presentar nuestro caso en la audiencia.

1. El cartapacio del juicio

El cartapacio es esencialmente una carpeta de 3 anillos que se pueda organizar por secciones temáticas. Generalmente se usa una carpeta de anillos para facilitar el agregar y retirar documentos de ella. En algunos casos dependiendo del volumen de documentos puede ser más de uno. El contenido puede variar dependiendo del caso, al gusto de cada abogado. Aquí ofrezco algunas secciones de la carpeta que considero útiles en mi práctica:

a. Página del título del caso¹³:

La página que identifica el caso tiene el nombre de las partes, el número de expediente ante el tribunal, los nombres de los abogados de las partes, su dirección, teléfonos, número de fax, y correo electrónico.

b. Resumen del caso

Una hoja que resume el caso incluyendo el tema central, nuestra teoría del caso aplicando la ley a los hechos.

c. Diagrama del caso

La tabla del juicio es un diagrama que nos ayuda a visualizar la evidencia que tenemos que presentar para comprobar nuestro caso y a través de qué testigos.

Veamos un ejemplo del diagrama del juicio concerniente a los aspectos de negligencia en el caso de Barrientos v. Percival y Helados Polar.

<u>Elementos de la Ley</u>	<u>Testigo</u>	<u>Documento de Prueba</u>
Negligencia:		
(a) ignorar presencia de niños en la calle	Percival	Acta Examinación Descubrimiento páginas. 23/24

¹³ Stuesser, Lee, *Advocacy Primer*, 2nd Edition. P.56.

(b) ignorar rotulo en parte trasera del camión de helados	E. Granado B. Diaz	Fotografías desde Ave. Pastores
(b) no disminuir la velocidad	Of. Landaverde E. Granado	Libreta de investigación Informe de reconstrucción

d. Plan del juicio

El plan del juicio es la hoja de ruta que detalla el orden que pretendemos seguir. En éste identificamos las acciones de cada día, los testigos a examinar o contra examinar, cuánto tiempo anticipamos que vamos a tomar para realizar esas examinaciones; los días en que se harán los argumentos de apertura y cierre, etc. Importantísimo: también incluir la información de cada testigo para contactarlos incluyendo su dirección, teléfono, correo electrónico, etc.

e. Memorándum legal

En esta sección incorporamos nuestro memorándum legal, o sea nuestro informe sobre la aplicación de las leyes en los puntos contenciosos del caso incluyendo las secciones relevantes de estatutos y decisiones de los tribunales que respalden nuestra posición. En algunas firmas legales se mantienen memorandos sobre temas legales que frecuentemente surgen en la rama de derecho en que se trabaja. Esta sección sirve para incorporar esos memorandos para poder responder sin demora y con precisión a las objeciones del contrario y a las preguntas del juez.

f. Cronología del litigio

La cronología del caso puede ser muy útil para responder preguntas del juez/a relacionadas a cuándo se dieron los diferentes pasos en el litigio, por ejemplo: fecha de notificación de la demanda, fecha que se instituye la demanda, fecha del descubrimiento oral de cada una de las partes, fecha de mediación, fecha de sesión ante-juicio, etc.

g. Cronología de los sucesos del caso

Esta cronología es simplemente una lista de cuándo suceden los hechos claves del caso: fecha del incidente, fecha de todos los momentos importantes, fechas en que intervienen los testigos, fechas de la elaboración de documentos claves, etc. En un caso de accidente automotriz incluiríamos la fecha del accidente, la sucesión de momentos claves antes del accidente, la llegada de los diferentes servicios de emergencia, etc. También, frecuentemente, incluimos una cronología de atención médica, y una lista de medicamentos recetados, etc. En algunos casos, si se considera útil, se puede solicitar la admisión de la cronología como un documento ilustrativo en el juicio.

h. Sección para nuestros testigos

En esta sección incluimos primero una lista de todos nuestros testigos. En subsecciones separadas incluimos a cada uno de nuestros testigos donde tendremos todas las preguntas de su

examinación al igual que señalamos todos los documentos de juicio que vamos a introducir a través de su testimonio.

i. Sección de testigos opuestos

Para cada testigo opuesto incluimos información básica que nuestro/as clientes o testigos nos han brindado de ellos. Al mismo tiempo, incluimos si existen, las declaraciones bajo juramento u otros documentos que ello/as hayan firmado previamente relacionados a los temas en disputa.

j. Sección de nuestros peritos

En la sección de peritos dedicamos una lengüeta por cada uno de nuestros expertos. En cada etiqueta con el nombre del/a experto/a incluimos su hoja de vida (curriculum vitae) y el bosquejo de su examinación que incluye todos los puntos clave que necesitamos obtener. Adicionalmente resaltamos en el mismo bosquejo de la examinación a todos los documentos de juicio y otra evidencia que planeemos introducir a través de este testigo.

k. Sección de los peritos opuestos

Además de la hoja de vida del/a perito contrario también incluimos las preguntas pertinentes que le vamos a hacer en vista de los informes presentados. En esa sección de preguntas para la contra-examinación del/a perito debemos también dejar espacio para incluir preguntas que surgen de su examinación principal.

l. Sección de documentos

En esta sección incluimos, en orden, todos los documentos que presentaremos como evidencia y que pasarán a formar parte del registro de evidencias del juicio. Esto significa que aquí incluimos: fotografías, mapas, informes de peritos, cartas, contratos, etc.

m. Sección sobre la ley de evidencia

Es importante incluir una sección sobre el derecho de admisión de evidencia ya que ésta es un área legal donde generalmente podemos esperar objeciones de la contraparte y es muy útil poder responder de manera eficiente y robusta. Para esto, es necesario tener ya elaborada nuestra posición sobre la admisión o exclusión probatoria, de manera precisa y respaldada por la autoridad legal correspondiente ya sea codificada o de derecho consuetudinario.

n. Sección para nuestro argumento de apertura

Incluimos aquí nuestro argumento de apertura escrito en una fuente de 14 o 16 puntos para que sea legible y con doble o triple espacios entre renglones.

ñ. Sección para nuestro de argumento final

Al preparar nuestro cartapacio para el juicio con antelación, podemos incluir hojas en blanco donde podemos escribir los puntos relevantes de la evidencia de los y las testigos en el juicio para incorporarlos en nuestro argumento final.

Como mencionaba previamente, el contenido del cartapacio de juicio puede variar dependiendo de las particularidades del caso y las preferencias de cada abogado/a. Además de preparar nuestros documentos esenciales en nuestra carpeta, también nos tenemos que preparar como abogados o abogadas para presentar nuestro argumento de apertura del caso.

II. Apertura en la audiencia

1. La Apertura del Demandante

La apertura es una importante oportunidad para presentar la síntesis del caso del demandante y así revelar los hechos principales del caso y nuestra teoría sobre la aplicación de la ley sobre ellos. Sin duda, es una crucial oportunidad para darle el matiz que queremos, enfatizando nuestro tema principal del caso como base inicial para construirlo.

Es importante, desde un principio presentar nuestro argumento de apertura de una manera clara y directa. Nuestra narrativa debe ser cautivante sin estar empapada de emoción. Nuestra credibilidad estará en juego en todo momento y si damos una versión de los hechos que no corresponde a la evidencia presentada nos arriesgamos a perder nuestra credibilidad. La apertura no es un momento para la hipérbole sino más bien para dirigir la atención del juzgador/a o jurado hacia los puntos más relevantes y presentar nuestra teoría del caso.

Frecuentemente, se utilizan pruebas visuales durante la apertura para resaltar partes claves del caso. Aquí podemos incluir fotografías, diagramas, mapas y otros elementos visuales que consideremos útiles para enfatizar y respaldar nuestra presentación.

1.1. Contenido de la apertura del/a demandante

En general, podemos decir que todas las buenas aperturas tienen que constar de algunos elementos principales en común¹⁴:

- 1) El saludo de apertura y presentación del/a abogado/a.
- 2) Los hechos iniciales que conforman la fundación del caso.
- 3) Un bosquejo de la evidencia más importante que presentará el/la demandante.
- 4) Hacer mención de las consecuencias sufridas por la parte actora.
- 5) Los temas que tienen que ser resueltos por el/la juez/a o jurado, incluyendo la determinación de los hechos y la teoría legal del caso.
- 6) Mención de puntos delicados/adversos (inoculación).
- 7) Palabras de agradecimiento para cerrar el argumento de apertura.

¹⁴ Adair, G., On Trial, 2nd Edition. S. 6.05.

- a. El saludo de apertura y presentación del abogado.

El saludo de apertura es simplemente un modo formal y respetuoso de iniciar nuestro argumento. Generalmente, toma la forma siguiente:

“Con su permiso señoría: buenos días, mi nombre es Juan Carranza y junto a mi colega Moira Gracey, quien se encuentra a mi izquierda, tenemos el honor de representar a la Sra. Patricia Lemus en este juicio. La Sra. Maria Lee representa a la empresa demandada. La Sra. Patricia Lemus se encuentra sentada en la primera fila junto a su esposo Santiago Lemus y su hija Antonia.

- b. Los hechos principales que conforman la fundación del caso.

Desde el principio de la presentación explicamos de qué se trata el caso dando una breve reseña de los hechos principales, para dar un marco general sobre los hechos. Debemos asegurarnos que estos hechos los podemos demostrar con evidencia sólida y creíble.

Ejemplo:

Su señoría, este es un caso de daños por incumplimiento de contrato. El día 18 de enero de 1992, La Sra. Patricia Lemus, trabajadora del mercado municipal, compró una póliza de seguros por caso de incapacidad con Seguros Para Todos. Por quince años, con mucho sacrificio, Patricia Lemus pagó religiosamente su póliza de seguros. Pero cuando tuvo una caída en marzo del 2007 y sufrió hernias discales en el cuello y la espalda baja, quedando incapacitada de trabajar en su puesto de ventas en el mercado, la aseguradora se negó a pagar los beneficios que por 15 años le había prometido.

- c. Un bosquejo de la evidencia más importante que presentara la parte demandante.

Aquí aprovechamos la oportunidad para resaltar la evidencia más importante que se presentará en el juicio.

Veamos el ejemplo en el caso Lemus v. Seguro Para Todos:

Su señoría, usted escuchará la evidencia de la Sra. Lemus y su esposo, quienes estuvieron presentes para la firma del contrato que no fue completamente leído, explicado, ni llenado por el vendedor de seguros. Escucharemos evidencia del Dr. Vargas quien atendió a la Sra. Lemus después de su accidente y confirmará que sufrió dos hernias discales, una en la espina cervical en el c6 - c7 y una hernia lumbar que presiona el nervio ciático y afecta su capacidad de caminar, estar sentada, y cargar peso.

- d. Hacer mención de las consecuencias sufridas por el demandante

¿Cuáles son los daños que ha sufrido nuestro cliente? Esta es la primera oportunidad para plantar esa idea en la mente del/a juez/a o jurado y por eso es importante hacerlo de forma general y sin exageraciones.

Ejemplo en el caso Barrientos:

Escuchará el testimonio del Dr. Salgado, sobre las lesiones que Luis ha sufrido: fractura de vertebra c5 en el cuello, clavícula fracturada, una fractura del humero, pulmón colapsado, pelvis fracturada, y laceraciones en todo el cuerpo. Pero todo eso palidece en comparación a su lesión cerebral: una lesión axonal difusa dañando permanentemente muchas células cerebrales de su lóbulo frontal.

Escuchará el testimonio de los padres, de doctores, maestros y terapeutas, sobre cómo su capacidad para pensar, resolver problemas, hablar, su juicio, poder de concentración, memoria, recuerdo de palabras, se han visto afectados. En resumen, las consecuencias han sido devastadoras y trágicas para Luis y su familia.

- e. Los temas que tienen que ser resueltos por el/la juez/a o jurado, incluyendo la determinación de los hechos y la teoría legal del caso.

Es importante dejar claro para el/la magistrado/a o jurado qué es lo que les estamos pidiendo que decidan en el caso. Cuáles son los asuntos que necesitan ser resueltos por ellos. Si el caso es ante un/a juez/a técnico/a podremos ser más específicos. Si se ventila ante un jurado popular podemos darles una idea más general tomando en cuenta que, al final del juicio, es el juez quien les dará las instrucciones que ellos deben seguir.

- f. Mención de puntos delicados/adversos (inoculación del jurado)

El/la demandante tiene la ventaja de ser el/la primero/a en dar su argumento inicial. Es importante aprovechar ésto para inocular al jurado o juez/a sobre alguna evidencia desfavorable para nuestro caso. Esto tiene la ventaja de quitarle algo de impacto al argumento y evidencia del demandado y posiciona al abogado/a y demandante como objetivo y honesto.

- g. Palabras de agradecimiento para cerrar el argumento de apertura

Finalmente, terminamos nuestro argumento dando gracias al juez/a o jurado por su atención y luego procedemos a llamar nuestro primer/a testigo. La conclusión de la apertura no es tan crítica como el cierre del argumento final, el cual discutiremos posteriormente.

Es necesario y muy importante tener presente las diferencias cualitativas que existen cuando hacemos nuestros argumentos ante un/a juez/a o ante un jurado.

1.2. Diferencias entre abrir ante un/a juez/a o jurado

Los argumentos de apertura en un juicio ante un/a magistrado/a comparten muchos elementos en común con los argumentos de apertura ante un jurado. Ambos buscan persuadir resaltando los hechos principales del caso, dando un bosquejo de la evidencia que planeamos presentar para respaldar los hechos, y nuestra teoría de la aplicación de la ley.

Una importante distinción tiene que ver con el nivel de familiaridad con los procedimientos y la ley que tiene el órgano decisor técnico, a diferencia de un jurado. Por esta razón, la apertura ante éste último, generalmente, se caracteriza por tener menos elementos emotivos, por entrar en detalles sobre los hechos y profundizar un poco más en los elementos técnicos legales. Por su parte, en una apertura ante un jurado, daríamos una explicación más general sobre los hechos, y en cuanto a los puntos legales, utilizaríamos conceptos más generales evitando la jerga técnica. Lo cual ocurre lo contrario ante un/a magistrado/a.

Veamos en la práctica la apertura del abogado del/a demandante en un caso ante un juez:

1.3. Apertura ante un/a juez/a en el caso de Barrientos v. Percival y Helados Polar.

Su señoría, mi nombre es Juan Carranza y, junto con Moira Gracey, representamos al demandante, el menor Luis Barrientos y sus padres Elisa y Rene Barrientos. Luis Barrientos, a quien llamaré Luis a partir de ahora, tiene a su padre como Guardián del Litigio. Rene y Elisa Barrientos se encuentran sentados en la primera fila.

Los hechos que dieron lugar a esta demanda:

El 30 de junio del 2001, es un día de verano cálido y soleado. Luis tiene 7 años de edad y vive con sus padres en una modesta casa en el 143 de las calle las Palmas, en frente de la escuela Jose Martí.

A las 3:15 pm Luis sale a jugar con sus amigos en la acera de su casa. En total, son siete los y las niño/as jugando allí. A las 3:45 llega el camión de Helados Polar con su música en alto volumen y para del otro lado de la calle, en frente de donde juegan los menores. Se estaciona en una zona de no estacionarse.

Inmediatamente, Luis entra a la casa y pide dinero para comprar un helado del camión de helados del demandado Helados Polar.

Al mismo tiempo, el co-demandado, Percival, lleva a su hija a comprar adornos para su fiesta de cumpleaños. Corta camino por la calle Las Palmas, donde está Luis y sus amigos. Percival se detiene en el semáforo de La Avenida Pastores, a 59 metros al norte del camión de los helados. [Imagen de la intersección en el proyector].

Por su parte, Luis y Carlos cruzan la calle para comprar el helado del camión que nunca antes se había estacionado allí, de ese lado de la calle. Otros niños y niñas también llegan al camión para comprar helado.

Desde la línea de “pare” en la Avenida Pastores donde esta Percival, se ve claramente la parte trasera del camión de helados y su letrero que dice “Cuidado con los Niños”, y también se ven que ellos están allí alrededor. Pero, Percival no se percata del camión de helados ni de los niños.

Cuando el semáforo se pone en verde, Percival sobrepasa al vehículo que está parado a su lado y acelera a 40 Km / h. Cuando atraviesa la avenida Pastores, finalmente ve el camión de los helados, pero no baja su velocidad y tampoco ve a los pequeños a ambos lados de la calle.

En ese momento, Luis pasa frente al camión de helados de regreso a casa y después de dar un par de pasos en la calle, se encuentra con el Toyota de Percival. El demandado no frena y Luis es golpeado y arrojado a una distancia de seis metros.

Luis entra en coma sufriendo una grave lesión cerebral además de múltiples fracturas y lesiones corporales.

Este juicio es una demanda por una compensación justa para Luis, para quien ahora, a sus 13 años de edad, la vida se ha convertido en una difícil y humillante lucha cotidiana. Luis necesitará atención médica y constante atención de por vida.

Breve exposición de las consecuencias para el/la demandante:

Sr. Juez, usted escuchará la evidencia de los paramédicos que llegaron a la escena del accidente, sobre el grave estado de Luis en la calle. Mi cliente es trasladado al Hospital Pediátrico, donde el neurocirujano pediatra, el Dr. Salgado, de fama mundial, realiza inmediatamente una cirugía del cerebro para aliviar la presión encefálica. Permanece en coma por más de siete días.

Pero esto es solamente el comienzo. Al recuperar el conocimiento Luis tendrá un proceso de rehabilitación muy largo. A las 7 semanas es transferido al Centro de Rehabilitación Bella Vista donde recibe fisioterapia intensiva, logoterapia, terapia cognitiva por dos meses y medio. Recibe el alta a los 4 meses y 7 días después del accidente.

Usted escuchará evidencia de cómo Luis necesita usar una abrazadera Aspen de metal duro para sostener el cuello, y tiene dificultades para caminar demandando mucha ayuda con todo: desde bajar escaleras, vestirse, bañarse, ir al baño. Sufre de dolores de cabeza y fatiga regularmente.

Escuchará el testimonio del Dr. Salgado, sobre las lesiones que Luis ha sufrido: fractura de la vértebra c5 en el cuello, clavícula fracturada, una fractura en la parte superior del brazo, pulmón colapsado, pelvis fracturada, y laceraciones en todo el cuerpo. Pero todo eso palidece en comparación con su lesión cerebral. El profesional nos explicará que Luis sufrió una lesión axonal difusa dañando permanentemente muchas células cerebrales de su lóbulo frontal.

Escuchará el testimonio de los padres, de doctores, maestros y terapeutas, sobre como su capacidad para pensar, resolver problemas, hablar, su juicio, concentración, memoria, recuerdo de palabras, se han visto afectados. En resumen, las consecuencias han sido devastadoras y trágicas para Luis y su familia.

Temas para decidir en el caso:

Ahora, en este caso, su señoría, tiene que decidir dos cuestiones. La primera es la responsabilidad legal: ¿quién causó o contribuyó a causar el accidente? y en segundo lugar, ¿qué compensación es justa y razonable considerando todos los daños y las necesidades futuras de Luis?

Es preciso mencionar que habrá alguna evidencia de que Luis corrió frente al camión de helados antes de ser atropellado. Puede estar seguro de que el Sr. Benavides tratará de hacer todo lo posible con eso. Pero usted deberá considerar las acciones de un niño de 7 años y considerar la conducta del demandado, a quien la ley le impone la carga de prueba de no haber sido negligente.

¿Satisface el demandante su carga de prueba de negligencia ante la ley?

¿Era seguro conducir al máximo límite de velocidad bajo esas circunstancias?

¿Habría sucedido este accidente si el demandado hubiera reducido su velocidad cuando advirtió por primera vez el camión de los helados?

¿Debería haber estado buscando la presencia de niño/as en la calle?

¿Por qué no vio a los y las menores en la calle?

¿Qué grado de negligencia le atribuiría al demandado Percival?

¿Qué grado de negligencia le atribuiría a Helados Polar?

¿Existe algún grado de contribución por parte del menor demandante? ¿De sus padres?

Esperamos ayudarle a contestar estas preguntas en este juicio.

También debemos considerar la conducta de Helados Polar, cuyo camión de helados fue estacionado en un área ilegal y fue quien atrajo a Luis para cruzar la calle exponiéndolo al peligro.

Para ayudar con el tema de responsabilidad legal, tendrá el testimonio de un vecino local, el Sr. Gerardo Dimajo, un abuelo de sesenta y cinco años, quien confirmará la presencia de niños en la ventana de servicio del camión de helados. El Sr. Benny Diaz, le dirá que estaba en su auto parado junto al demandado en el semáforo de Pastores y que podía ver claramente a los niño/as de pie en la ventana lateral del camión de helados, y otros infantes al otro lado de Las Palmas.

También escuchará evidencia del Dr. Ernesto Guardado, un ingeniero reconstructor de accidentes de gran prestigio quien ha calculado que si el conductor demandado hubiera disminuido su velocidad a 30 km /h cuando veía el vehículo de los helados, el accidente no habría ocurrido.

El segundo asunto que tendrá que determinar es la indemnización por los daños.

Le he mencionado algunos de los problemas que Luis ha tenido y no lo abordaré más en este momento, porque escuchará a varios médicos que se expresarán sobre la naturaleza exacta de las afectaciones, incluido el Dr. Rumualdo, director del Centro de Rehabilitación Bella Vista, el centro de rehabilitación pediátrica más grande del país, que encabezó el equipo a rehabilitación de Luis; el Dr. Saúl Bonilla, psicólogo de Luis desde noviembre de 2001; La Sra. María Fernández, terapeuta del habla y del lenguaje. También escuchará a la Sra. Edith Domínguez, maestra de educación especial de Luis, que nos contará sobre el programa escolar individual modificado y las dificultades en la escuela; el Dr. Andrés Pinzón, destacado Neuropsicólogo cuya especialidad consiste en examinar las áreas afectadas del cerebro y el impacto que éstas tienen sobre la persona.

Al final del caso, tendrá que decidir el monto de daños y perjuicios que Luis y sus padres tienen derecho a recibir.

En tercer lugar, deberá decidir a qué monto tiene derecho Luis por sus pérdidas económicas futuras.

Escuchará al Dr. Rumualdo y al Dr. Salgado, y a Elena Sanchez, especialista en rehabilitación, sobre las escasas posibilidades de empleo futuro para niños, niñas y jóvenes con lesiones graves cerebrales. El Dr. Pinzón dirá que basándose en las evaluaciones hechas a Luis, que es poco realista pensar que Luis podrá obtener y mantener algún empleo remunerado en el mercado laboral competitivo.

Gracias, Señoría, y ahora con su permiso, llamaremos a nuestro primer testigo.

2. Apertura de la parte Demandada

La apertura de la parte demandada es la oportunidad del/a abogado/a de plasmar su teoría del caso en la memoria del juzgador/a. Una ventaja que tiene la demandada es que cuando le corresponda presentar su argumento inicial ya habrá escuchado el discurso de apertura de la parte actora, lo que nos permite incorporar en ese momento las respuestas directas a los puntos clave del argumento inicial del demandante.

El propósito de la apertura del demandado es presentar una teoría del caso diferente, de atenuar el daño que pueda haber causado la apertura del/a actor/a, humanizar al demandado/a para evocar simpatía y dar una antesala de lo que será la evidencia de su parte.

2.1. Dilema del demandado/a: ¿hacer discurso de apertura o no hacerlo?

La literatura sobre la apertura del demandado/a muestra divergentes opiniones sobre la utilidad estratégica de hacer el discurso de apertura del demandado al principio del discurso del demandante o al final de la evidencia de este. Algunos lo consideran de poca utilidad si al demandado no le permiten realizar su apertura hasta después que el demandante haya presentado toda su evidencia, puesto que ya el/la juez/ o jurado tendría una idea clara de la posición del demandante por el enfoque de las preguntas del demandado en la contra-examinación. Por esta razón es preferible que el/a actor/a pueda hacer su argumento de apertura inmediatamente después del argumento de apertura del Demandante.

En otros casos, se considera más útil que el Demandado no haga un discurso de apertura cuando se considera que el Demandante ha sido deshonesto o ha mentido. Al permitirle al Demandante que haga su apertura y que presente su posición supuestamente noble y digna, se gana temporalmente la confianza y simpatía del/a juez/a o jurado, solo para ser castigado por ellos mismos, cuando se demuestra a través de la contra-examinación que él/ella los ha engañado¹⁵. Entonces, se considera que la caída del Demandante es aún más precipitosa si no ha habido un argumento de apertura por parte del Demandado que advierta al Demandante del ataque a su credibilidad que le hemos planeado.

Aunque puede haber consideraciones estratégicas, el abrir o no abrir seguirá siendo un tema de preferencia personal del/a abogado/a de la parte demandada.

2.2. La estructura de la apertura de la contraparte

Los elementos que conforman la apertura del/a demandado/a varían dependiendo del caso y preferencia de su defensor/a. La estructura de la apertura típicamente incluye los siguientes elementos:

- 1) El saludo de apertura y presentación del/a abogado/a.

¹⁵ Adair, G. On Trial, 2a Edition, p.73-75

- 2) Presentar el asunto desde nuestro punto de vista – nuestra teoría del caso -.
- 3) Resaltar la evidencia que presentará
- 4) Humanizar al/a demandante y crear empatía por él/ella.
- 5) Mención de puntos delicados/adversos (inoculación)
- 6) Palabras de agradecimiento para cerrar.

- 1) El saludo de apertura y presentación del abogado.

Ésta es muy similar al saludo de apertura del acto/a. En un juicio de daños personales hay mucha dedicación a conocer al Demandante, su vida previa y después del incidente. Por eso es muy importante para equilibrar la balanza tomarnos el tiempo para presentarnos y también presentar al cliente, aunque ya hayamos sido referenciados inicialmente por el Demandante.

- 2) Presentar el asunto desde nuestro punto de vista – nuestra teoría del caso

Generalmente, nuestro enfoque como Demandados será muy diferente al enfoque que el Demandante le ha dado. Por eso, es importante que el/la juez/a o jurado reciba esta visión alternativa al examinar los hechos.

Por ejemplo, en el caso Lemus v. Seguro Para Todos, la demandante puede presentar el caso de incumplimiento de contrato de seguros como un atropello por parte de una aseguradora poderosa en contra de una trabajadora. La aseguradora por su parte mostrará el caso de una demandante que, intencionalmente, omitió información importante en el contrato de seguros, información que si hubiera sido proveída la aseguradora no hubiera celebrado el contrato, y por eso la póliza de seguros no es válida.

- 3) Resaltar la evidencia que presentará el Demandado

Esto es de particular importancia si el caso incluye temas complicados. De esta manera, el/la juez/a o jurado se va familiarizando con la temática desde el principio. Al mismo tiempo, nos ayuda a respaldar la teoría del caso que estamos proponiendo.

- 4) Humanizar al Demandado y crear empatía por el (ella)

Uno de los objetivos importantes de la apertura del Demandado es dar a conocer su carácter y humanidad para evocar familiaridad y simpatía con él/ella. Generalmente, en un juicio se presentará mucha información sobre su persona, pues aquí también tenemos la oportunidad de equilibrar la balanza dando información sobre su papel en la comunidad, su familia, sus buenos actos, etc. En el caso de personas jurídicas, como empresas, se puede resaltar su prestigio, servicio a la comunidad, el número de empleados, su estatus como buen ciudadano corporativo, etc.

- 5) Mención de puntos delicados/adversos (inoculación)

Aprovechamos la oportunidad en nuestra apertura de reconocer alguna de la evidencia adversa a nuestro caso y la ponemos en contexto para así neutralizar su efecto cuando sea presentada en el juicio.

6) Palabras de agradecimiento para cerrar.

Para finalizar, agradecemos al/a juez/a o jurado por su atención y tratamos de cerrar con un comentario impactante que resuma el caso.

Ejemplo: Si la Sra. Lemus hubiera dado la información solicitada, no estaríamos en este juicio.

2.3. Muestra de la Apertura del/a Demandado/a ante un jurado por el Sr. Benavides, abogado de Percival en el caso Barrientos:

Mi nombre es Ignacio Benavides y junto a mí se encuentra mi colega Jorge Del Amo. Juntos representamos al demandado el Sr. Arturo Percival, obrero municipal, padre de dos hijas, quien se encuentra sentado en la primera fila de la sala detrás de mí.

Nótese en la presentación del abogado defensor desde el principio la intención de presentar y humanizar al demandado para promover su simpatía en el jurado. Inmediatamente pasa a reconocer lo trágico del caso y a exponer su teoría del caso:

Este es un caso trágico, de lesiones sufridas por comprar un helado de una camioneta de helados. El demandante alega que la culpa es del Sr. Percival, el conductor del vehículo con el que entró en contacto; y del camión de Helados Polar, pero la evidencia mostrará que el responsable del accidente fue el mismo demandante y sus padres.

Los hechos no están en discusión: la familia llegó a la ciudad el mismo año, en marzo. Y los padres sabían que Luis no estaba consciente de los peligros en la calle. Ellos lo llevaban a todas las partes juntas y él nunca antes había cruzado la calle solo. En esa ocasión, lo dejaron ir a comprar el helado puesto que supusieron que el camión había parado de su lado de la calle, y no se fijaron para verificar dónde era que el vehículo estaba parado. [Entrega fotos de la camioneta mostrando las luces y el alto pintado en la parte trasera]

Sabemos también que el camión no tenía las luces del techo prendidas para alertar a las personas de su presencia. Pero es grande, de 2 a tres metros de ancho. Sabemos que si Luis corre delante del camión imposibilitaba al Sr. Percival a que lo viera.

Por su parte, el Sr. Percival se encuentra a solo 59 metros al norte en la Avenida Pastores esperando que el semáforo cambie a verde.

Cuando la luz cambia, Percival procede a una velocidad normal. donde nunca superó el límite de velocidad de 40 km/ hora. Oirán evidencia del Sr. Díaz, otro chofer, que también esperaba al lado del Sr. Percival que cambiara la luz del semáforo, confirmando que el Sr. Percival aceleró normalmente.

El Sr. Percival confirmará que el demandante apareció detrás del camión y que fue imposible parar el auto a tiempo. Que, de hecho, ningún conductor en el mundo podría haber evitado el accidente.

Por su parte, el camión de los helados también comparte la responsabilidad puesto que las Luces de advertencia y señal de alto no estaban encendidas. El conductor del camión de los helados también será responsable por haber estacionado la camioneta en frente de una escuela, donde estaba prohibido parar.

También recibirán el testimonio de los oficiales de policía a cargo de la investigación, Landaverde y Rodríguez, quienes confirmaran que el Sr. Percival no recibió ninguna infracción de tránsito ni fue multado pues no contravino ninguna ley de tránsito.

El accidente es trágico, pero no es responsabilidad del Sr. Percival. Este accidente sucedió por las acciones de Luis, el descuido de sus padres, y la negligencia de Helados Polar, pero no por el Sr. Percival.

Luis es afortunado de estar vivo y ha tenido una excelente recuperación. A los 13 años va a la escuela secundaria, juega fútbol, da paseos en bicicleta, y tiene buen rendimiento en la escuela.

Les pido que al decidir este caso no se dejen llevar por las emociones y usen su sentido común. Muchas gracias por su atención.

En este discurso de apertura vemos como el abogado defensor hábilmente resalta la evidencia que presentará en el transcurso del juicio y plantea de manera delicada el punto medular de su teoría que a pesar de la tragedia la responsabilidad del accidente es del demandado y sus padres haciendo un llamado al jurado a no dejarse llevar por las emociones y a decidir el caso por sentido común.

III. Argumentos finales

Los argumentos finales son nuestra última oportunidad de persuadir al/la juez/a o jurado a que falle a favor de nuestro cliente. Lo hacemos presentando íntegramente el resumen más completo del caso respaldándonos en la evidencia más contundente que se presentó en el juicio para contestar favorablemente las preguntas claves que le solicitamos al juez o jurado que determinen. El argumento final es el momento donde brillamos utilizando todas nuestras herramientas de la oratoria y retórica para lograr nuestro objetivo.

1. Cómo armar nuestro argumento final

Considerando que frecuentemente el testimonio de los/las testigos puede cambiar ante el tribunal. Para ello, es importante que revisemos exhaustivamente la evidencia que actualmente recibió el tribunal en el juicio y seleccionar, dentro de esta, cuál es crucial para mencionarla en nuestro discurso de clausura del juicio. Luego, debemos relacionar la evidencia a las preguntas claves que el jurado debe determinar, por ejemplo: responsabilidad legal, ruptura de contrato, cuantificación de daños, etc.

Una vez que hemos contestado todas las preguntas de manera lógica y coherente podemos enfocarnos en la edición de nuestro argumento para asegurarnos de utilizar el lenguaje y estilo más persuasivo para lograr nuestro cometido.

2. Estructura del argumento final

No existe un molde único para el argumento final. La estructura va a depender siempre del tipo de caso, de la evidencia, si es ante juez/a o jurado, y de lo que el/la abogado/a considere es la manera más convincente de presentarlo. Generalmente, el argumento final tiene los siguientes elementos:

- 1) Introducción
- 2) Resaltar los hechos más importantes
- 3) Las preguntas que el jurado o juez/a deben responder
- 4) Nuestra respuesta a cada pregunta respaldándonos en la evidencia presentada
- 5) Nuestra petición al/a juez/a o jurado
- 6) Palabras de agradecimiento y despedida

1) Introducción

Por lo general la introducción del argumento final es un preámbulo antes de entrar al meollo. Frecuentemente se caracteriza por frases como “miembros del jurado: hemos llegado al punto culminante del caso después de cuatro días de evidencia”. Esto puede ser seguido por una breve recitación del rol de las partes en el juicio, en que es el/la juez/a quien determina la ley, el jurado el que determina los hechos, que es el jurado el que aplica la ley a los hechos y quien, ultimadamente, dará el veredicto sobre las preguntas que las partes previamente acordaron serían respondidas por el jurado.

2) Resaltar los hechos más importantes

Es fundamental resaltar los hechos más importantes que respaldan nuestro caso y el momento en que éstos se presentaron en evidencia por los y las testigos. Este ejercicio ayuda a refrescar la memoria y a enfatizar su importancia en la determinación a tomar. Es importante resaltar los

hechos a través de todo nuestro argumento de clausura y así damos fuerza y color a nuestro argumento.

Luego de tener los hechos importantes como se presentaron en el juicio, analizarlos profundamente para ver qué se puede concluir de ellos, qué inferencias se pueden hacer. Al mismo tiempo, qué inferencias podemos hacer de la ausencia de pruebas por parte de nuestro adversario sobre un punto contencioso en el caso. Nuestro repaso de los hechos claves no es solo un recuento de lo que transcurrió en el juicio sino un análisis de su significado en relación a los puntos en disputa.

Uso de elementos visuales

Frecuentemente cuando resaltamos los hechos y puntos más importantes podemos enfatizarlos con el uso de elementos visuales como fotografías, mapas, graficas que se pueden proyectar en una pantalla y así ayudar al juez o jurado a seguir mejor nuestro argumento.

3) Las preguntas que el jurado o juez/a deben responder

Es importante proponer directamente cuáles son las preguntas que debe contestar el/la juez/a o jurado, de esta manera pueden tenerlo claro y organizar su decisión de manera lógica y relevante al asunto en disputa.

Ejemplo en el caso de Barrientos v. Percival y Helados Polar:

La primera pregunta que tendrán que responder es si el conductor acusado fue negligente y si su negligencia contribuyó al accidente.

Tendrán que decidir si debería haber sido más cuidadoso en presencia de niños en una calle residencial con un camión de helados atendiendo a niños y niñas pequeño/as....

La siguiente pregunta que tendrá que responder es si Helados Polar y el operador del camión de helados fueron negligentes.

4) Nuestra respuesta a las preguntas respaldándonos en la evidencia presentada

Nuestra respuesta a las preguntas al/la juez/a y jurado forman la parte medular de nuestro argumento final. Es aquí donde hilvanamos toda la evidencia clave con la ley para conducir al jurado a la mejor interpretación de los hechos que conforma la teoría de nuestro caso.

5) Nuestra petición al juez o jurado

Es importante poder indicarle al/la juez/a o jurado exactamente qué es lo que pedimos. Por ejemplo, en un caso de daños y perjuicios, demandamos una cantidad determinada por pérdida de ingresos, otra cantidad por costos médicos, etc. Frecuentemente, se pueden dar rangos en estos montos, siempre y cuando éstos estén basados en la evidencia que hemos presentado.

6) Palabras de agradecimiento y despedida

Para concluir buscamos terminar en alto resaltando imágenes impactantes del caso y recordando al/la juez/a o jurado su rol de hacer justicia en el caso.

3. Muestra de argumentos finales de cierre ante un jurado en el caso de Barrientos v. Percival y Helados Polar.

Elisa y Rene me han pedido que empiece agradeciéndoles por su atención durante estas últimas tres semanas.

Dudo que alguna vez olviden algunas de las poderosas imágenes y sonidos de este juicio. La parte trasera del camión de helados, el sonido del choque, la figura de Luis doblado en posición fetal en la calle, sangrando por la boca, la oreja, su respiración exaltada.

Para Luis, todo terminó con ese terrible impacto. Un impacto tan horrible que arrojó a este muchacho brillante y gentil a unos 6 metros de distancia. Un impacto que destrozó su cuerpo y casi lo mata. Un impacto que acabó trágicamente con la vida que él conocía.

Elisa y Rene corrieron a la calle en busca de su hijo, en busca de respuestas. Ahora, juntos, todos estamos con ellos en un camino diferente, en busca de justicia.

Permítanme comenzar diciendo de qué no se trata este caso:

- Este caso no se trata de si el conductor acusado es un criminal. Pues no lo es.
- Este caso no se trata de si el acusado intentó lastimar a Luis. Por supuesto, que él no quiso lastimarlo.

Este caso trata de reparar el daño que Luis ha tenido y ayudarlo a que tenga una vida digna por el resto de su vida. Se trata de darle a sus padres la tranquilidad de que Luis tendrá apoyo y cuidados, incluso si algo les sucede a ellos.

El Sr. Benavides dice que este caso no debe decidirse por lástima, y estamos de acuerdo. Ahora que ustedes conocen mucho sobre Luis, saben que lástima es lo último que él desea. Porque este caso debe decidirse por hechos, evidencia y sentido común.

Nótese como aquí el/la abogado/a utiliza la herramienta de sentido común que usa el abogado defensor en su argumento, para apropiarla, restarle efecto al argumento del demandado y establecer que, aunque los hechos sean trágicos, no se apela a las emociones sino al raciocinio del jurado. El tema del sentido común es repetido a través del argumento para respaldarlo con nuestra interpretación de los hechos para llevar al jurado a la conclusión deseada.

La evidencia y el sentido común nos dice que el Sr. Benavides se equivocó al insinuar que los problemas de Luis se debieron a que aprendió el inglés como segunda lengua.

La evidencia y el sentido común les dice que la defensa está equivocada cuando intenta minimizar las discapacidades de Luis y sus futuras necesidades de cuidados.

Y la evidencia y el sentido común dice que él se equivoca al pedirles que se hagan la vista gorda ante la falta de atención del conductor demandado, para argumentar que el accidente fue inevitable. En resumen, la defensa ha intentado sostenerse de cualquier argumento para evitar su responsabilidad por lo que le han hecho a Luis.

Pero, antes de pasar a la cuestión de la culpa y la responsabilidad, me gustaría hablar con ustedes sobre algo llamado la responsabilidad de prueba.

Cuando un automóvil o camión está involucrado en un accidente, el conductor tiene la responsabilidad de probar que el accidente no ocurrió por su propia culpa, que él no fue negligente. El/la conductor/a no está sujeto a un estándar de perfección, sino a lo que un/a conductor/a razonablemente prudente debería haber sabido y debería haber hecho.

En un juicio civil, se demuestra un hecho cuando se está convencido de que la preponderancia de la evidencia lo respalda. Ahora, ¿qué significa eso? Imagínese que mis manos son una balanza. Al comienzo del juicio, ambas están al mismo nivel. Todo lo que tenemos que hacer en un caso civil como éste es inclinar la balanza muy ligeramente para un lado y esa es la preponderancia de la evidencia. Todavía se puede tener algunas dudas, porque éste no es un juicio penal.

En este caso, ustedes tendrán que determinar no solo si el conductor del Toyota tuvo la culpa, y si Helados Polar tuvo culpa, sino también si Luis y sus padres fueron negligentes, porque según nuestra ley, los daños de Luis serán reducidos por su grado de negligencia

Pasemos ahora a cada una de esas preguntas.

Esta sección es de mucha importancia puesto que nos dirigimos directamente a las preguntas que el jurado debe contestar en su función en este caso.

La primera pregunta que tendrán que responder es si el conductor acusado fue negligente y si su negligencia contribuyó al accidente.

Tendrán que decidir si debería haber sido más cuidadoso en presencia de niños y niñas en una calle residencial con un camión de helados atendiéndolos/las

Francamente, estamos completamente confundidos acerca de la posición de la defensa con respecto a la colisión. El Sr. Benavides argumenta que ningún conductor habría podido detenerse. Intentó convencer a Benny Díaz de que no hubiera podido detenerse si hubiera sido el Sr. Díaz el que estaba al frente, pero el no estuvo de acuerdo. Tal vez sea porque el Sr. Díaz vio a esos menores, y se movió del semáforo más lento que el acusado, yendo detrás de él a dos autos de distancia.

El Sr. Benavides también intentó que el ingeniero Guardado aceptara que ningún automóvil a cualquier velocidad podría haberse detenido a tiempo; pero el Dr. Guardado tampoco estuvo de acuerdo. El oficial Landaverde dirigió la reconstrucción en el contexto de una investigación criminal del accidente. Cuando su investigación preliminar llegó a la conclusión que la velocidad del Toyota no ameritaba cargos criminales, simplemente no completó la reconstrucción porque no era útil para la policía. Pero aquí en el tribunal, el oficial Landaverde admitió francamente que el accidente es inevitable a 40 km / h. Pero él no dijo que era inevitable a cualquier velocidad: su preocupación eran los cargos criminales. Nuestra preocupación es la falta de atención a la seguridad de las personas.

Y ese es el problema central con respecto al conductor acusado. Ustedes tendrán que decidir si era razonable que el procediera al límite de velocidad de 40 km / hora, en una calle residencial donde había niños y niñas pequeños a ambos lados de la calle, y un camión de helados con la música sonando para atender a los niños. En los últimos días hemos tenido más nieve de lo normal, y todo el mundo disminuye la velocidad a pesar del límite de velocidad que nos permite ir más rápido. ¿Por qué hacemos eso? Porque sabemos que hay circunstancias en que conducir al límite de velocidad simplemente no es seguro.

Eso es sentido común.

Conducir advirtiendo ese camión de helados con menores a ambos lados de la calle es un ejemplo claro de cuando no es seguro conducir al límite de velocidad. La defensa ha tratado de confundir el tema sugiriendo que el Toyota realmente no estaba viajando tan rápido, al pedirnos que ignoremos su propia admisión de su velocidad, recitando una letanía de distancias cortas a la cual un automóvil no habría podido detenerse. Pero sabemos que el Toyota estuvo parado en Pastores durante la duración de la luz roja, a solo 59 metros al norte del punto de impacto. Sabemos por el oficial de policía Landaverde y Rodríguez que era un día perfecto de verano y que la visibilidad era buena. [Proyectar foto de Guardado de la vista de la intersección]

Sabemos que el camión de helados era claramente visible porque Benny Díaz, el demandado y su hija nos dijeron que lo vieron. El Sr. Díaz y el acusado vieron el letrero en la parte posterior del camión: CUIDADO CON LOS NIÑOS. Y es de sentido común que un conductor razonable habría seguido la advertencia y habría ido más despacio debido a los niños y niñas. Pero el acusado, no disminuyó la velocidad.

Sabemos por la evidencia de Iván Guzmán que había, al menos seis niños, en el lado este de Las Palmas, directamente al otro lado de la calle del camión de helados, y que eran visibles para el acusado, porque Benny Díaz los había visto. Y sabemos que había al menos cinco niños en el lado oeste de Las Palmas de pie junto al camión de helados. Recordarán

al señor Dimajo, de 67 años, que vino a testificar a pesar de su enfermedad de Parkinson y nos dijo que estaba allí con su nieta Amanda y tres de sus amiguitos, y que Luis también estaba allí. Pero el acusado no los vio. Sabemos que esas personas eran visibles para el tráfico hacia el sur en Pastores y Las Palmas, porque el Sr. Díaz y la hija del acusado nos dijeron que vieron menores allí. El acusado no vio ninguna de estas cosas: el todoterreno de Benny Díaz en el camino a su lado, no se dio cuenta de los niños en el lado este de la calle, y no se dio cuenta de los niños en el lado oeste al lado del camión de helados. ¿Por qué no los vio? Probablemente iba tarde a las compras para los quince de su hija, que era un evento extremadamente importante en su familia, y no estaba poniendo atención adecuadamente. Eran las 3:45 hs. y tenían que hacer todas las compras antes que la tienda cerrara a las 5 hs. de la tarde.

¿El Sr. Benavides realmente creía que podía confundirlo para que dudara de su velocidad con una avalancha de mediciones a unos pocos pies del camión y la velocidad de Luis? Si de verdad y claramente deseaba desafiar las conclusiones del Dr. Guardado, ¿por qué no le pidió a un experto que completara la reconstrucción, y traía esa evidencia aquí para ayudar al jurado en su decisión? ¿Por qué no lo harían? ¿Es porque tal evidencia simplemente no existe? ¿Sería porque una opinión de otro experto no sería de ayuda para su caso?

Vemos en la sección anterior el plantar la duda en el jurado sobre la fortaleza del caso del demandado sobre la ausencia de evidencia para respaldar su teoría de culpabilidad. El mensaje es claro, si la evidencia no se presentó es porque no existe o porque no era conveniente para su caso.

El acusado le dijo a la policía tres horas después del accidente que su velocidad había sido "alrededor de 40 y algo". Cuando el vino aquí, casi seis años después, el acusado cambió la versión ya en el estrado y su estimado ahora es de 30 a 40 km/h.

Ustedes deberán decidir cuál de sus declaraciones es más creíble. El Dr. García es la única persona que completó la reconstrucción y concluyó que la velocidad de conducción era de 40-42 km / h. Y esto es consistente con lo que el demandado dijo a la policía solo 3 horas después del accidente cuando su memoria sería óptima para recordarlo.

Aquí hay un poco de misterio sobre la posición de la parte demandada. Recuerde, es el demandado quien debe probar que él no fue negligente. ¿Dónde están los testigos independientes de la defensa con respecto a la colisión? Nosotros presentamos ante ustedes a todos los testigos independientes que testificaron en este juicio: el Sr. Dimajo, Iván Guzmán, Benny Díaz, los oficiales Rodríguez y Landaverde. Completamos una reconstrucción de colisión completa y llamamos a un doctor en ingeniería, Dr. Ernesto Guardado para explicar cómo se realizó la reconstrucción, para explicar los tiempos de

reacción de la percepción: que reaccionamos más rápido cuando nos alertan de un peligro, al igual que el signo de "CUIDADO CON LOS NINOS" debía haber alertado al acusado. ¿No había nadie a quien el acusado pudiera llamar? Él nos dijo en el estrado que había una mujer en el lugar. Pero el Sr. Benavides no la llamó para testificar. Su único otro testigo del accidente fue su hija, quien estaba mirando a otro lado y ni siquiera vio suceder el accidente. La evidencia muestra claramente que este accidente podría haberse evitado si el demandado hubiera seguido las señales de advertencia y hubiera sido más cuidadoso.

¿Hizo sonar su claxon? ¡No!

¿Fue lo suficientemente lento, al ver el camión de helados, para poder detenerse rápidamente? ¡No!

¿Él se dio cuenta de la presencia de todos los niños y niñas? ¡NO!

Si usamos el sentido común, sabemos que cuando un automóvil pasa por una zona residencial, con una escuela, con un camión de helados presente, y niño/as a ambos lados de la calle, el conductor debe proceder lo más lento posible para poder detenerse de repente en caso de que un niño corra hacia la calle. Porque eso es lo que hacen los niños/as.

La propia contraparte sabía que los camiones de helados atraen a los niños. Él sabía que se exaltan con su presencia. Él sabía que podían actuar de manera impredecible. Él sabía que debido al lugar donde se detuvo el camión de venta de helados, los clientes tendrían que cruzar la calle. Él sabía todo eso, pero decidió no hacer nada, se adelantó al Sr. Díaz y manejó a "velocidad promedio". Esa es la evidencia del demandado.

Hemos escuchado la evidencia, y el sentido común debería decirle que el demandado debería haber prestado más atención a su entorno, debería haber conducido más despacio y con más cuidado, y si no podía ver si había alguien en la parte delantera del camión, debería haber hecho sonar la bocina como una advertencia de su acercamiento. Y si, al menos hubiera hecho eso, este accidente no habría sucedido.

La siguiente pregunta que tendrá que responder es si Helados Polar y el operador del camión de helados fueron negligentes.

Creemos que los demandados de Helados Polar son clara y parcialmente responsables. Es por esa razón que los demandamos. El camión se detuvo en una zona sin paradas [Mostrar señal en la foto], frente a una escuela, lo que no está permitido, al otro lado de la calle desde donde podrían estar sus pequeño/as clientes. Al hacerlo, creó una situación de peligro para Luis y los demás presentes. . El operador del camión de venta de helados no tenía experiencia y no recibió entrenamiento real.

Pero eso los co-demandados también tienen la responsabilidad de demostrar que no fueron negligentes, y han podido hacerlo. De hecho, la mayoría de las pruebas contra

ellos provienen de la declaración del propio conductor del camión a la policía y de la evidencia sobre el descubrimiento del propietario de Helados Polar. Por lo tanto, el sentido común debería decirle que una parte de la responsabilidad es de a ellos.

Ahora el Sr. Benavides sugiere que los padres de Luis, Rene y Elisa, comparten la culpa, y la tercera pregunta que tendrá que responder es si verdaderamente la tienen.

Pero toda la evidencia que escuchamos indica que Elisa y Rene habían entrenado a su único hijo para cruzar la calle. Lo acompañaban todos los días a la escuela, y solo le permitían cruzar la calle con su supervisión. Iván Guzmán, sometido a un interrogatorio, nos dijo que a Luis no se le permitía cruzar la calle sin un adulto allí, y que nunca lo había visto cruzar la calle solo.

El día de la colisión, los padres de Luis no tenían motivos para esperar que el camión de venta de helados parara al otro lado de la calle, en una zona que no las permite, a menos de 10 metros de la intersección, donde nunca lo habían visto parar antes. El Sr. Dimajo, en su examinación, confirmó que en todos sus años viviendo allí, nunca había visto el camión de venta de helados detenido en ese lugar. Dijo que, generalmente, se detenía en el lado este de la calle, frente a su casa, a unas pocas casas de la casa de Luis. Iván Guzmán, René y Elisa Barrientos confirmaron este hecho. El Sr. Díaz tampoco dijo que alguna vez había visto el camión de venta de helados parado en ese lugar.

Y finalmente, el Sr. Benavides dice que Luis debe ser parcialmente responsable, y una vez más, es su responsabilidad demostrarlo. Es cierto que hay evidencia de que Luis corrió. Eso lo hemos dicho desde el comienzo de este caso.

También es cierto que Luis no siguió la regla establecida por sus padres de no cruzar la calle. Pero, también es cierto que tenía el permiso de ellos para comprar helados del camión, allí apostado.

Y, al juzgar la conducta de Luis, debe considerarse lo que hubiera hecho un niño típico de 7 años, en esas circunstancias. El menor había estado jugando con sus amigos, y si no hubiera sido atraído por la música y la presencia del camión de venta de helados parado al otro lado de la calle, simplemente, no habría cruzado la calle. El oficial Landaverde informó en la página 3 de sus apuntes que Luis no tenía suficiente dinero para su compra. Así que, el niño se distrajo momentáneamente por la necesidad de obtener más dinero antes de que se fuera el vendedor. Y debe uno considerar lo que un niño de 7 años, razonable, haría con la preocupación de que el camión de venta de helados se fuera antes de que pudiera regresar con el dinero para comprarlo

Para ser justos con Luis, debemos entender que, al cumplir con sus obligaciones como peatón de siete años, la ley requiere un cuidado razonable por parte del niño y nada más. De la misma manera, si usted decide que la conducta del menor fue imperfecta, pero aún

típica de un niño de siete años, entonces no debería considerarlo negligente, según nuestra ley.

Una vez presentado el tema de responsabilidad legal por el accidente se dirige la atención del jurado a la otra parte importante de la demanda: los daños sufridos por el menor demandante respaldándose en la evidencia clave de los testigos que se precisa que el jurado tenga presente al deliberar sobre el punto.

Ahora, también se les pide que determinen la cantidad de daños en las diferentes categorías. Antes de abordar los montos, permítanme revisar la evidencia sobre lo que realmente le sucedió a mi cliente.

Esto puede ser difícil, ya que involucra números acumulados para toda la vida de un niño. Pero, en nuestro sistema, la justicia solo se imparte una vez, en un monto, de por vida. Luis no puede volver a vernos cada 6 años y pedir más. Esto es todo por el resto de su vida. La defensa reconoce que deben pagar algunos años de asistencia: ¡que Luis debería ser capaz de ignorar sus problemas! La defensa dice darle al conductor acusado todo el beneficio de la duda y pide que el menor tome todos los riesgos.

Decimos que su fallo debe basarse en las pruebas sobre lo que compensará al niño por sus necesidades y pérdidas futuras. Tenemos que mirar a Luis hoy y garantizarle un suministro de justicia de por vida.

Ahora, antes de resumir para ustedes la evidencia que respalda los montos que le pedimos que otorguen, me gustaría abordar la acusación implícita en el discurso del Sr. Benavides de que estamos exagerando las necesidades de Luis. Hemos intentado, a lo largo de este caso, presentar una imagen completa y precisa del caso. Han escuchado a varios testigos, incluyendo a la Sra. Fernández, Silvia Abarca y el Dr. Pinzon, que las cantidades propuestas para el tratamiento más que ser razonables son de hecho conservadoras.

En la mayoría de los juicios, hay un testigo que proporciona la clave para comprender los daños. En este juicio, hubo muchos: Dr. Rumualdo, Dr. Salgado, Edith Domínguez, María Fernández, y por supuesto el Dr. Pinzón. El Dr. Salgado, un renombrado neurocirujano pediátrico, trató a mi cliente el día que llegó al Hospital Pediátrico. Él nos dijo que Luis estaba en coma cuando fue ingresado. Nos contó sobre el pulmón colapsado, la falta de oxígeno en el cerebro y su impacto en la recuperación futura. El profesional ordenó las tomografías y resonancias magnéticas y fue el primero en diagnosticar la lesión cerebral difusa, traumática y grave de Luis, que afecta principalmente a los lóbulos frontales derecho e izquierdo. El Dr. Salgado nos mostró que había sangrado en el cerebro del paciente, en las áreas responsables de la formación de la memoria; personalidad,

comportamiento, control, interacción social, juicio e intuición; para comunicación verbal y memoria verbal. [Mostrar ilustraciones médicas].

Como resultado de esos hallazgos, el especialista describió la operación realizada en el cerebro, durante la cual se perforó el cráneo del niño, se quemó una parte de la masa encefálica y se insertó un tubo para drenar el líquido cerebral, liberando la presión porque el cerebro de Luis estaba hinchándose por el trauma.

El Dr. Salgado fue responsable de la atención de Luis durante el coma, el código azul, cuando el niño fue intubado, y continúa haciendo un seguimiento con el progreso del paciente. También nos informó que la mejor forma de evaluar los resultados de la lesión cerebral era con las pruebas neuropsicológicas. Nos dijo que Luis también sufrió una lesión en los pulmones y en el intestino, al mismo tiempo que fracturas en la clavícula, la costilla, el brazo y la pelvis. También describió la debilidad del lado izquierdo de Luis.

El Dr. Rumualdo dirige el hospital de rehabilitación pediátrica más grande del país. El profesional explicó que la recuperación de una lesión cerebral es menos completa para los niños y niñas que para los adultos, y cuanto más joven es la persona lesionada, peor es el resultado.

Él confirmó que Luis sufrió una lesión cerebral traumática severa que afecta su memoria, atención, habilidades organizativas y de aprendizaje. Él confirmó que, sin apoyo continuo, Luis corre el riesgo de sufrir depresión, enojo, problemas de conducta en la escuela y problemas con la ley cuando sea mayor. La terapia que le pedimos lo protegerá de estas consecuencias.

El Dr. Rumualdo también describió las consecuencias de este trauma en la familia, cómo los padres deben llorar la pérdida de su hijo, al tiempo que apoyan y crecen para comprender a este nuevo hijo, con diferentes habilidades y personalidad.

Edith Domínguez ha enseñado educación especial a Luis durante dos años, nos habló de las necesidades del niño en clase y de que a pesar de contar con toda esta asistencia dentro y fuera de la escuela, Luis se desempeña -significativamente- por debajo del nivel de sus compañeros de clase. La Sra. Domínguez dijo que la Junta de Educación considera que los y las estudiantes que están por debajo del promedio en la prueba universal de 7 ° grado tienen "un alto riesgo al abandonar la escuela" [Mostrar documento de prueba]

María Fernández, patóloga del habla, que ha trabajado extensamente con niños, niñas y adultos, ha visto a Luis cientos de veces durante cinco años y lo ha tratado en español y en inglés. Junto con la Dra. Pecoraro de Bella Vista, descartó cualquier ilusión de que los problemas cognitivos de Luis sean el resultado de que el inglés es su segundo idioma, conforme a su evidente y grave lesión cerebral que ha afectado su capacidad para comprender, procesar y comunicar información.

El Dr. Pinzón, con su amplia experiencia como Neuropsicólogo, realizó las pruebas neuropsicológicas más recientes que demuestran la profundidad y amplitud de las afectaciones de las lesiones cerebrales de Luis y los resultados angustiosos que le esperan en su vida: sin empleo real, una vida de dependencia de los demás. Los resultados del Dr. Pinzón son consistentes con los de la Dra. Pecoraro de Bella Vista. La evidencia del Dr. Pinzón es clave en este punto.

Escuchamos del Dr. Rumualdo y el Dr. Pinzón sobre los estudios científicos, así como su propia experiencia extensa que los niños y niñas con lesiones cerebrales severas "crecen" en su discapacidad; que su necesidad de cuidado continúa y aumenta a medida que alcanzan la adolescencia y la adultez y su carencia de independencia se vuelve más y más notable e incapacitante en comparación con sus compañeros. A pesar de sus argumentos anteriores, incluso la Dra. Núñez estuvo de acuerdo en que las pruebas neuropsicológicas de Luis muestran que no está mejorando, en algunas áreas la brecha entre mi cliente y sus compañero/as se está ampliando.

El Dr. Rumualdo y el Dr. Pinzón nos dijeron que las personas como Luis demandan mucha asistencia y que si no la reciben las consecuencias son nefastas, pudiendo terminar aislados socialmente y, tendencias a estar en conflicto con la ley. Es por eso que se necesita asistencia.

También escuchamos una serie de ejemplos que demuestran cuán severas son las deficiencias de Luis. Escuchamos que no puede reaccionar ante una persona en su camino cuando anda en bicicleta. Escuchamos que no pudo reaccionar cuando sus llaves se cayeron del bolsillo, incapaz de resolver el problema simplemente levantándolas del borde de sus pantalones y poniéndolas nuevamente en su bolsillo. Él no sabe cómo distinguir si un comentario se expresa en sentido figurado o literalmente.

Nos enteramos de que Luis no puede iniciar una acción por sí solo, todavía se le debe pedir que se lave los dientes y se le debe decir qué tipo de ropa es apropiada para el tiempo. Sus padres, incluso, tienen que organizar toda su vida social porque, a diferencia de cuando tenía 7 años, carece de la iniciativa para llamar a un/ amigo/a.

Hemos escuchado de todos los que viven o han tratado a Luis sobre el accidente que él no recuerda nada después de ir al camión de venta de helados y pedir uno. Vimos su dibujo sobre eso. También hemos escuchado del Dr. Rumualdo que las lesiones cerebrales se consideran invisibles, que una persona se ve bien "como si lo viera desde un caballo galopando". La profesora Domínguez nos dijo que Luis ha quedado exento de las pruebas provinciales porque sería demasiado estresante para él. También hemos escuchado del Dr. Bonilla y de María Fernández que Luis tiene mucha ansiedad acerca de las evaluaciones y las pruebas.

Escuchamos de Nick, de los padres de Luis, y de la Sra. Fernández, que Luis odia que lo singularicen y sentirse diferente. Odia ser juzgado.

Una de las pérdidas que Luis tiene derecho a compensación es por sus ingresos futuros que ahora no podrá ganar. El Dr. Pinzón describió cómo los niños con lesiones cerebrales traumáticas cuando crecen solo pueden obtener trabajos de baja categoría, a menudo necesitando un empleador benevolente dispuesto a soportar las dificultades y la adaptación. Incluso, el experto de la defensa lo reconoció. El Dr. Pinzón también afirmó enfáticamente que Luis, al igual que otras personas con lesiones cerebrales, no pueden mantener los trabajos. Esa es la evidencia, y dado el alcance de las dificultades del niño, la incapacidad para comunicarse, para comprender de manera efectiva, la incapacidad de hacer las cosas sin pautas constantes, sin indicaciones, su incapacidad para hacer más de una cosa a la vez, para comprender la interacción social, etc. Incluso la misma Dra. Núñez, quien minimizó persistentemente las deficiencias de Luis, no dio evidencia de que podría ser empleado de manera competitiva.

Ahora, la defensa argumenta que sería injusto dar crédito demasiado a las perspectivas originales de Luis, que no habría ido a la Universidad porque sus padres no la terminaron. Pero deberíamos ser igualmente justos con Luis. Según todos los informes, era un chico trabajador y popular que disfrutaba de la escuela. ¿Cómo podemos ignorar sus excelentes notas en primer grado de primaria, o los comentarios de su maestro en Grado 2 en la escuela García Márquez?: "Luis tiene potencial para ser un excelente estudiante en el sistema escolar". [Documento de Prueba 4]

Él era hijo único de sus padres y le dieron todo el apoyo que pudieron, pagando una educación privada que le costó la mitad del salario de su madre. Usted escuchó la evidencia de que el apoyo de los padres es un componente importante en los logros educativos. El Dr. Rumualdo y toda la documentación contenida en los registros del hospital abordan la dedicación y el apoyo de los padres de Luis.

La evidencia de Rene y Elisa es que querían un mejor futuro para Luis. ¿Y no es de sentido común que todos los padres quieren para sus hijos un futuro mejor, con las oportunidades que ellos no tuvieron? Es por eso que Rene y Elisa vivieron para su hijo y lo educaron en una escuela privada. Eso es parte de por qué optaron por la educación en Inglés, y eso es para lo que estaban trabajando. ¿Qué clase de insensibilidad te pediría juzgar los prospectos previos al accidente de Luis mirando solo a los padres ahora, padres que han estado lidiando con las devastadoras lesiones de su hijo, que han sacrificado su propio desarrollo personal por el bien de su hijo discapacitado? ¿Qué insensibilidad justificaría cancelar la vida de Luis al salario mínimo porque no nació con una cuchara de plata en la boca?

La defensa realmente creyó que podrían confundirnos con las calificaciones escolares de Luis después del accidente, con los argumentos de la Dra. Núñez de que el niño estaba "cumpliendo con los estándares provinciales", e ignorando por completo que tiene un plan educativo altamente modificado, y que solo puede cumplir esas expectativas reducidas con mucha asistencia. ¿La defensa realmente pensó que podían convencerlo de que los problemas de Luis se deben a que el inglés es su segundo idioma en comparación con la abrumadora evidencia sobre su lesión cerebral traumática grave?

Para ayudarlo con el tema de los daños económicos, ha tenido la ventaja de escuchar a la economista experta Deborah Carter calcular que la pérdida de ingresos de Luis sería de casi \$ 2 millones de dólares si se decide que mi cliente habría obtenido el título universitario que sus padres se comprometieron a garantizar. [Mostrar la tabla de escenarios de pérdida de ingresos]

Después de enumerar las preguntas que el jurado debe contestar y de presentar la evidencia necesaria para contestar las preguntas el abogado del demandante presenta su respuesta a estas preguntas basándose en la evidencia clave que se presentó en el juicio.

Incluso hasta la Dra. Núñez admitió que Luis probablemente habría ido a la universidad. Pero la evidencia presentada fue que Luis tenía todo el apoyo de sus padres, y que éste es una de las consideraciones clave. Una vez más, te pido que recuerdes la exhibición [4]. La boleta de calificaciones del segundo grado en Canadá: "El apoyo en casa ha sido excelente". El otro factor, es el origen educativo de los padres. La Sra. Barrientos completó un año de la facultad de derecho, y el Sr. Barrientos comenzó pero no completó su curso de técnico en mecánica. Ambos padres tuvieron que interrumpir su educación porque no podían costearse la educación. Pero la evidencia es clara de que estos padres estaban brindando todo el apoyo a Luis para que él tuviera la oportunidad que ellos no tuvieron.

Pero, una vez más, la posición de la defensa es confundir el reclamo de pérdida de ingresos futuros de Luis sugiriendo escenarios que no están respaldados por ninguna evidencia. ¿Qué Luis podría trabajar competitivamente y ganar \$10,000 o \$20,000 menos por año que si no tuviera una lesión cerebral? No hubo evidencia de la defensa en apoyo de ese escenario. Una vez más, no proporcionaron ningún experto que desafiara la evidencia del Dr. Pinzón de que los niños que han sufrido lesiones cerebrales severas no obtienen ni perduran en los trabajos. Que puedan encontrar trabajos menores, con mucha supervisión, pero que no pueden mantenerse en ellos, y después de un tiempo, invariablemente los pierden.

Incluso la misma experta de la defensa dijo que Luis, probablemente, requeriría un empleador benévolo. Esa es la evidencia. Si hubo estudios contradictorios sobre el

empleo competitivo de personas con lesiones cerebrales graves, ¿por qué la defensa no nos contó sobre ellos?

La estrategia de defensa ha sido confundir y negar. Confunde los problemas y niega la responsabilidad. Negar que fue golpeado a 40-42 km/h, y que los frenos solo se aplicaron después del impacto. Confundir el progreso del menor y negar la gravedad de sus heridas. Negar las necesidades importantes que Luis tiene y tendrá para el resto de su vida.

Otorgar suficiente dinero para cubrir esas necesidades es otra cosa que tendrá que decidir. Como sabemos, Luis solo tiene 13 años. Deborah Carter nos dijo que estadísticamente, Luis tiene una buena oportunidad de vivir más allá de los 65 años. Y ha escuchado la evidencia de que necesitará ayuda durante el resto de su vida. Incluso la Dra. Núñez está de acuerdo con eso.

Nótese las múltiples referencias a la evidencia útil de los testigos de la contraparte tanto para neutralizarlos como para utilizar sus admisiones que fortalecen las posiciones del demandante.

En su decisión, usted y solo usted tiene el poder de garantizar que Luis cuente con el respaldo que necesitará durante el resto de su vida. Para que no termine en la calle, para que no termine en la cárcel, para que pueda vivir con dignidad.

Quiero decir una última cosa acerca de la prueba requerida para futuras pérdidas, porque es importante. Su Señoría les explicará que el estándar de juicio para ese tipo de pérdidas es solo que existe una posibilidad sustancial de la pérdida. La posibilidad sustancial es un estándar relajado en comparación con el requisito de la preponderancia de la evidencia que se aplica a todos los demás asuntos. La razón por la cual el estándar es más relajado es que nuestra bola de cristal para mirar hacia el futuro a menudo es un poco nebulosa, la ley permite concesiones.

La siguiente área de daños es el costo de la atención futura de Luis. Elena Sánchez, una experimentada terapeuta ocupacional especializada en los costos futuros de cuidados, que también conoce bien la situación de Luis por más de tres años, que conoció y revisó la documentación de los médicos de Luis, terapeutas, maestros y padres, nos contó sobre el costo de los servicios que el menor requiere para poder vivir con dignidad y satisfacer sus múltiples necesidades.

Hemos escuchado evidencia sobre la asistencia que Luis requerirá toda su vida y la evidencia de que necesitará aún más ayuda durante los períodos de transición. Sus maestros de escuela Alicia Lee, Edith Domínguez, así como la terapeuta ocupacional. Silvia Abarca, asistente, Nelson Lorenzana, la logopeda María Fernández, el experto en rehabilitación de lesiones cerebrales pediátricas Dr. Rumualdo y el Neuropsicólogo Dr. Pinzón y Elena Sánchez coincidieron en que Luis necesitará mucha más ayuda durante la escuela secundaria y otros períodos de transición.

La Sra. Edith Domínguez, maestra de educación especial de Luis, dio evidencia convincente de que el niño requerirá apoyo continuo en la escuela secundaria. La Sra. Barrientos nos dijo que no estaba claro si Luis recibiría apoyo individual de parte de la escuela secundaria.

Todos los testigos médicos enfatizaron las necesidades de apoyo irán en aumento durante las transiciones. Entonces, su presente año escolar representa probablemente el mejor posible, en términos de requerir la menor asistencia. Ha estado en la misma escuela durante cinco años, se siente cómodo allí. Él conoce gente, ha tenido el mismo maestro por dos años. En el Grado 8, él es socialmente, en la cima del montón entre sus compañeros. Pero, todavía se encuentra en el entorno más estructurado de la escuela primaria, donde las expectativas sociales y académicas aún son relativamente bajas. [Tabla de Sánchez]

Tiene sentido, entonces, que este haya sido un momento ideal para tomar un descanso de su psicólogo y un intenso trabajo con la Sra. Fernández. Pero, incluso en este período óptimo, todavía recibe un apoyo significativo. Según la Sra. Domínguez, tiene un trabajador juvenil infantil, un asistente educativo y dos maestros de educación especial que trabajan con él durante el día escolar. Después de la escuela, Nelson Lorenzana ayuda a Luis con su trastorno de comunicación, y la Sra. Fernández ha tenido sesiones con él cada dos meses. Él tiene a la Sra. Greco, la terapeuta ocupacional y su asistente, enseñándole un nuevo software.

Todo esto aumentará a medida que su vida se vuelva más compleja y se adapte a una más rápida, académica, social y emocionalmente complicada. Por un lado, sabemos que en el futuro también necesitará tutoría específica en los temas del curso que está tomando. La terapia ocupacional aumentará y, a medida que se presenten sus dificultades con la transición, también requerirá asistencia psicológica, que incluso la Dra. Núñez reconoce.

Tanto Silvia Abarca como la Dra. Pinzon nos dijeron que creen que las estimaciones de Elena Sánchez en algunas áreas eran, de hecho, conservadoras, es decir, bajas.

El informe de la Sra. Sánchez se basa en las recomendaciones médicas de los médicos que evaluaron a Luis y a los terapeutas que lo tratan y lo han tratado. Sabemos que algunos de los servicios como la psicoterapia no serán necesarios todo el tiempo, que serán especialmente necesarios en tiempos de transición, de los cuales habrá muchos en la vida de Luis. El plan de la Sra. Sánchez tiene eso en cuenta.

Recuerde la evidencia de Nelson Lorenzana, a veces el acoso no era realmente intimidante, pero Luis se sintió realmente herido por los comentarios habituales de niños y niñas de su edad. Mi cliente tomó estos comentarios en serio así que no es irrazonable ver cómo el niño necesitaría asistencia psicológica no solo en tiempos de transición, sino

para enfrentar los desafíos básicos de la vida que se presentan como abrumadores. La necesidad intermitente de algunos servicios se refleja claramente en las tablas de la Sra. Sánchez. Si todos los servicios que se recomendaban fueran continuos y regulares, el costo de la atención de Luis sería muchas veces mayor de lo que es. La defensa tiene problemas con el costo de la atención. Pero incluso la Dra. Núñez, que se negó a considerar que la lesión de Luis fuera una lesión cerebral grave, admitió que necesitará orientación familiar, psicoterapia, terapia del habla, terapia ocupacional, evaluación vocacional y asesoramiento financiero. La defensa tuvo amplias oportunidades de presentar evidencia pericial ante nosotros con respecto a la cuestión de los costos futuros de la atención, pero optó por no hacerlo. ¿Por qué no?

El cuidado futuro que Luis busca es muy razonable. Por ejemplo, no incluye ninguna asignación para gastos futuros si Luis requiere cirugía plástica para sus cicatrices en la parte posterior de la cabeza o los brazos, o si vuelve a caer, o si tiene un accidente que desestabiliza su cuello. Incluso, la Dra. Núñez cree que Luis probablemente no podrá conducir, por lo que tendrá que usar taxis con mucha más frecuencia de la que hemos puesto en las cantidades reclamadas. Hemos escuchado que cualquiera de esas cosas podría suceder, y tiene derecho a compensar a Luis por esas posibilidades si cree que está justificado. Pero le hemos mostrado que no hemos venido aquí para exagerar el caso de Luis. Solo queremos lo que es justo para él. Recuerde que hasta el momento, al otorgar una compensación por sus ingresos perdidos y por su cuidado futuro, no le hemos dado ni un centavo por sí mismo y por su sufrimiento. El ingreso solo proporciona dinero para pagar a otras personas por los servicios de atención médica y reemplaza el dinero que de otro modo hubiera ganado.

¿Y cómo se puede compensar a Luis por sus pérdidas de dolor y sufrimiento? La vida que Luis tenía ya no existe. Se perdió. [Imagen aquí de Luis bailando] Durante años ha vivido con su grave discapacidad, siendo ridiculizado en la escuela, aislado, intimidado, sin poder andar solo, independiente. Piense en la diferencia en la vida de Luis a los 13 años y la de su padre Rene, que cuando era un niño era un nadador competitivo y comenzó a trabajar a los 13 años en el taller de bicicletas hasta la escuela secundaria.

La mañana del día del accidente, la vida se veía realmente bien para Luis. Hubo muchos amigos y amigas en su fiesta de cumpleaños, jugaba con ellos y ellas regularmente, era invitado a pasar la noche en sus casas, con ganas de un gran verano, de salir aún mejor en la escuela, de cumplir con las expectativas de sus padres y su maestra, quien había dicho que Luis tenía el potencial de convertirse en un excelente estudiante en el sistema escolar.

Ustedes han escuchado la evidencia de las muchas dificultades que enfrentan las personas con lesiones cerebrales severas para formar relaciones en el futuro. ¿Podrá Luis

formar una familia? Las pérdidas son profundas. Por esta razón, propongo el rango de \$250,000 a \$ 300,000.

Anoche, seguí pensando en el ruido de la colisión. Y cómo todo terminó para Luis, y lo convirtió en una vida de confusión permanente, una vida de aislamiento, una vida de tristeza.

[Foto de Luis antes del accidente]

Luis hoy no quiere dinero. Si tuviera una opción, y si ustedes tuvieran el poder, les pediría que le devolvieran a sus amigo/as, su independencia, su vida. Si tuviera el poder mágico para hacer eso, no necesitaría un centavo. Pero no hay magia. Solo queda la justicia.

Y, por último, deben evaluar las pérdidas de Elisa y Rene. Cuando lo hagan les pediría que reflexionen sobre los sacrificios que hicieron por su hijo, por su educación, cómo lo acompañaron a la escuela todos los días, cómo nunca abandonaron su lado en el hospital, y de hecho se mudaron a vivir cerca del hospital, y cómo el hijo que esperaban criar ya no existe. El apoyo, los cuidados y lo que podrían haber esperado de su hijo, no va a existir.

Su hogar ahora es un lugar de terapia, donde diferentes personas acuden para ayudar a su hijo. En todo caso, sus vidas giran alrededor de una permanente preocupación por el futuro del niño, al volver a casa para ver a un menor magullado emocionalmente por la intimidación real o imaginada. Pronto, su hija de 4 años, Esther, asumirá el papel de una hermana mayor. Pero, Esther no puede ser compensada porque nació después de la colisión. Como padres, temen que si no hallan suficientes recursos para que él viva, ¿qué pasará cuando los padres ya no estén cerca? ¿Podrán evitar problemas futuros? Luis era su único hijo, y es su único hijo varón. Estos son padres que en ningún momento se alejaron de Luis durante tres duros meses en el hospital. Durmieron allí.

Ustedes han escuchado de la mayoría de los testigos que uno de sus padres siempre lo lleva a citas médicas y se requieren numerosas evaluaciones. Has escuchado del Dr. Bonilla cómo Elisa tiene que recordarle repetidamente a Luis a hacer cosas básicas, hasta el punto en que el niño se siente excesivamente molesto, pero él mismo es incapaz de iniciar estas acciones. Para cada una de las pérdidas de Rene y Elisa, le pediría que considere una cantidad en el rango de \$75,000 a \$100,000.

Una vez que se realiza la revista de la evidencia para respaldar las respuestas deseadas para cada una de las preguntas que se presentan al jurado el abogado procede directamente con la petición específica al jurado:

Permítanme cerrar brindándoles ayuda con las respuestas a las preguntas de este juicio:

Primero, aquí están las respuestas a las preguntas sobre la causa de la colisión y las lesiones graves de Luis que, para ser justos, creo que están respaldadas por la evidencia,

y les pido que den. [Proyectar las respuestas a las preguntas del juez para el jurado a través del retroproyector – *Ver anexo 5 al final del argumento final*]

Nuestro camino termina aquí. Después de cinco años y medio, no podemos caminar más con Luis. Todos estos años de lucha por justicia, terminan hoy. Después de llegar a su veredicto, ustedes volverán a sus vidas y yo volveré a la mía. El juicio habrá terminado, pero para Luis, sus padres y su hermana Esther, su veredicto será parte de sus vidas para siempre.

Anoche mientras preparaba estas palabras pensé en el momento en que conocí a Elisa y a Rene cuando Luis estaba en coma. Ella describió haber visto a su hijo doblado en la calle, inconsciente, sangrando. Me puse nervioso al pensar cómo saldrían mis palabras hoy. Pero ahora, el último paso en el camino de Luis es de ustedes. Sé que harán lo correcto, sé que le darán justicia.

Como podemos ver, el argumento final busca resumir y resaltar de manera contundente y detallada la evidencia que respalda nuestra teoría del caso, al mismo tiempo, desarmando frontalmente la teoría del demandado puntualmente con la evidencia del testimonio de los testigos de ambos lados para hacer eco en la memoria del jurado de esos momentos cruciales durante el juicio. Sin apelar directamente a lo emotivo, vemos que se presentan los argumentos de una manera que evocan al jurado a dar un fallo justo, consistente con la evidencia y nuestra teoría del caso.

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

ENTRE:

**LUIS BARRIENTOS, menor de 18 años, representado por su
Litigio Guardián, Rene Barrientos, ELISA BARRIENTOS Y RENE BARRIENTOS**

Demandantes

- y -

ARTURO PERCIVAL Y HELADOS POLAR

Demandados

PREGUNTAS PARA EL JURADO

1. ¿El Demandado Arturo Percival le ha demostrado que la pérdida o daño no surgió, en todo o en parte, por negligencia o conducta inapropiada de su parte?

Conteste sí o no

2. Si su respuesta a la Pregunta 1 es "No", enumere las acciones negligentes o la conducta impropia de la parte demandada: Arturo Percival que causaron o contribuyeron a la colisión.

3. ¿El demandado Helados Polar le han demostrado que la pérdida o daño no surgió, en todo o en parte, por negligencia o conducta inapropiada de su parte?

Conteste sí o no

4. Si su respuesta a la Pregunta 3 es "No", enumere las acciones negligentes o la conducta impropia del demandado Helados Polar que causaron o contribuyeron a la colisión.

5. ¿Han demostrado los Demandados que Luis Barrientos fue capaz de cometer acciones negligentes o conducta inapropiada?

Contesta sí o no

6. Si la respuesta a la Pregunta 5 es "Sí", ¿le han demostrado los Demandados que la colisión fue causada por Luis Barrientos o contribuyó la víctima a que sucediera el accidente por conducta inapropiada?

Conteste sí o no

7. Si la respuesta a la Pregunta 6 es "Sí", enumere las acciones negligentes o la conducta inapropiada de Luis Barrientos que causaron o contribuyeron a la colisión.

8. ¿Han demostrado los demandados que la colisión fue causada o que ésta sucedió por negligencia parcial o conducta inapropiada por parte de Elisa Barrientos y Rene Barrientos?

Conteste sí o no

9. Si la respuesta a la pregunta 8 es "Sí", enumere las acciones negligentes o la conducta incorrecta por parte de Elisa Barrientos y Rene Barrientos.

10. Indique en porcentajes el grado de culpa o negligencia, si corresponde, atribuible a las siguientes partes:

El demandado Arturo Percival	_____ %
El demandado Helados Polar.	_____ %
El demandante Luis Barrientos	_____ %
Los actores Elisa Barrientos y Rene Barrientos	_____ %
	Total = 100%

11. ¿Qué cantidad le otorga al demandante Luis Barrientos por lo siguiente?

Daño no pecuniario por dolor y sufrimiento y pérdida del disfrute de la vida
\$ _____

b. Pérdida futura de ingresos \$ _____

c. Costo futuro de los gastos médicos y de rehabilitación, incluida la atención a cargo
\$ _____

d. Costo futuro de los gastos de limpieza y mantenimiento del hogar \$

e. Gastos médicos y de rehabilitación pasados \$ _____

12. ¿Qué cantidad le otorga a la demandante, Elisa Barrientos, por lo siguiente?:

a. Pérdida de orientación, cuidado y compañía que, razonablemente, podría haber
esperado recibir de Luis si no hubiera resultado lesionado \$ _____

b. Pérdida de ingresos o el valor de la enfermería, el servicio de limpieza u otros
servicios brindados a Luis. \$ _____

13. ¿Qué monto le otorga al demandante de la Ley de Derecho de Familia, Rene
Barrientos por lo siguiente:

a. Pérdida de orientación, cuidado y compañía que razonablemente podría haber
esperado recibir de Luis si no hubiera resultado lesionado \$ _____

b. Pérdida de ingresos o el valor de la enfermería, el servicio de limpieza u otros
servicios prestados a Luis. \$ _____

Introducción

¿Cuál es la función de un recurso? Y ¿cómo debe realizarse un recurso para garantizar que cumple esta función? Estas son las cuestiones concretas abordadas en este manual, que analiza la práctica de los recursos en Canadá como un modelo para el equilibrio entre la corrección de errores y la certidumbre de los resultados.

El primer capítulo aborda los fundamentos de un recurso y examina la importancia de los tribunales de apelación, en la medida en que supervisan a los tribunales inferiores, corrigen los errores y desarrollan la jurisprudencia. Al mismo tiempo, es vital recordar que un recurso no es un juicio *de novo*. Con este fin, el primer capítulo también considera la importancia de mantener la certidumbre y promover la asignación eficiente de los recursos judiciales. Al dar adecuada importancia a todos estos factores, el recurso promueve más (y no menos) justicia.

El segundo capítulo examina el procedimiento apropiado para un recurso, teniendo en cuenta los fundamentos articulados anteriormente. ¿Quién puede interponer un recurso? ¿Qué se puede discutir? ¿Cuándo se puede admitir? ¿Cómo se lo hace? ¿Qué tribunal debe procesar el recurso? El objetivo de este capítulo es seguir un recurso de principio a fin, desde el aviso de recurso, el intercambio de argumentos escritos, hasta la audiencia y el proceso judicial.

El tercer capítulo estudia en detalle la toma de decisiones en recursos y aborda la difícil cuestión de la deferencia al tribunal de instancia inferior. Este capítulo considera el estándar de revisión apropiado y explica la base sobre la cual los tribunales de apelación identifican el subconjunto de errores que constituyen errores reversibles. Al hacerlo, el capítulo pretende guiar a los litigantes en la elaboración de sus peticiones y a los tribunales de apelación a decidir si deben interferir en la decisión del tribunal de instancia inferior.

Todo este manual se basa en la experiencia canadiense como un cuerpo coherente de procedimientos y jurisprudencia que representa una manera de equilibrar las distintas consideraciones legales inherentes a un recurso. El modelo de recursos canadiense no es perfecto, ni tampoco es el único camino o el mejor para resolver estos temas. Sin embargo, su experiencia tiene mucho que ofrecer como punto de partida para el diseño de un sistema de recursos óptimo.

¹⁶ Socio de la firma de abogados McCarthy Tétrault LLP. Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Toronto.

Me gustaría agradecer la inestimable ayuda de mis colegas y coautores Paul Davis (Capítulo 2), Ljiljana Stanic (Capítulo 3) y Charlotte-Anne Malischewski (Capítulo 1), cuyas contribuciones permitieron que este manual proporcionara una exposición accesible y pragmática de la práctica de los recursos en Canadá hoy. Por supuesto, cualquier error sigue siendo mío.

CAPÍTULO 1: JUSTIFICACIÓN¹⁷

1. **Introducción**

[E]n su nivel más básico, el Estado de Derecho garantiza a los ciudadanos y residentes del país una sociedad estable, predecible y ordenada en la que conducir sus negocios. Él proporciona una protección para los individuos contra acciones estatales arbitrarias¹⁸.

Para que una sociedad sea un Estado de Derecho, debe ser capaz de resolver desacuerdos sobre el significado y la aplicación de sus leyes. Este es el propósito de un sistema de justicia en el que los desacuerdos encuentran solución.

Los juzgados de primera instancia son un guardián importante del Estado de Derecho. Sin embargo, un sistema de decisiones de primera instancia por sí solo no puede garantizar adecuadamente que la ley se aplique de manera coherente, justa y de acuerdo con una política pública sólida. Es por esta razón que existen los recursos.

En pocas palabras, los recursos garantizan que los desacuerdos sobre el significado y la aplicación de la ley se evalúen, resuelvan y apliquen de manera justa y equitativa.

Los tribunales de apelación existen en parte para corregir errores de hecho en los juzgados de primera instancia. Sin embargo, la función de un tribunal de apelación es no volver a procesar los casos. Como lo explican los ministros Iacobucci y Major de la Corte Suprema de Canadá en *Housen v. Nikolaisen*, una de las decisiones fundamentales en los límites de la intervención en un recurso:

[3] Se definió adecuadamente la función del tribunal de apelación en *Underwood v. Ocean City Realty Ltd.* (1987), 12 B.C.L.R. (2d) 199 (C.A.), p. 204, donde se declaró:

¹⁷ Este documento ha sido redactado con lenguaje inclusivo y no sexista en consonancia a la Política de Igualdad de Género de CEJA, aprobada el 15 de diciembre de 2017. Para facilitar la lectura, en algunas ocasiones se utilizará solamente el género masculino (género gramatical no marcado) para referirnos a hombres y mujeres.

¹⁸ *Reference re Secession of Quebec [Referencia re Secession of Quebec]*, [1998] 2 SCR 217, párrafo 70.

El tribunal de apelación no debe volver a procesar un caso y tampoco debe sustituir sus opiniones por las del juez de primera instancia, de acuerdo con lo que el tribunal de apelación considere que las pruebas establecen en su opinión sobre el equilibrio de probabilidades.

[4] Si bien la teoría tiene aceptación, falta coherencia en su aplicación. La base del principio es tan sólida hoy como era hace 100 años. Se basa en la noción de que la resolución o fin es un objetivo importante del proceso. No hay ninguna sugerencia de que los jueces de los tribunales de apelación sean más inteligentes y, por lo tanto, capaces de llegar a mejores decisiones. Su papel no es escribir mejores decisiones, sino revisar las razones a la luz de los argumentos de las partes y las pruebas relevantes, y luego mantener la decisión a menos que el juez de primera instancia haya cometido un error palpable que conduzca a un resultado incorrecto¹⁹.

De hecho, la tarea principal de los tribunales de apelación es la aplicación uniforme de las leyes subyacentes al resultado en primera instancia, así como el desarrollo de esas leyes a través de la interpretación judicial. Es en esta esfera que los tribunales de apelación poseen valiosa experiencia, y el funcionamiento adecuado de un tribunal de apelación requiere que sus esfuerzos se centren dentro de los límites de su jurisdicción.

Por lo general, los recursos se registran en un expediente en papel compuesto por transcripciones de cualquier prueba oral presentada en primera instancia, documentación, la orden o el juicio del juez de grado y sus argumentos²⁰. Estos documentos constituyen el expediente del recurso, y si bien ayudan al tribunal de apelaciones a entender el proceso, son un sustituto imperfecto de los procedimientos desarrollados en primera instancia. El estándar de revisión aplicado por el tribunal de apelación se adapta al rol del recurso y reflejará el nivel de deferencia descrito anteriormente.

Se otorgará mayor deferencia a las conclusiones acerca de los hechos en primera instancia, sobre la base de que un tribunal de apelación no tiene el beneficio de la exposición directa a las pruebas, ni ninguna experiencia especial en la determinación de los hechos. Como regla general, los jueces de apelación considerarán los hechos tal como fueron determinados en primera instancia, a menos que encuentren un error palpable y manifiesto que conduzca a un resultado incorrecto²¹.

¹⁹ *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, párrafos 3-4.

²⁰ En circunstancias excepcionales, los tribunales superiores pueden tener la discreción de permitir la admisión de pruebas nuevas en el recurso. Esto se desarrolla en el Capítulo 2.

²¹ *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33 en el párrafo 4; véase también *St Jean v. Mercier*, 2002 SCC 15, párrafo 42.

Por el contrario, se otorgará una menor deferencia a los hallazgos acerca de la ley, que pueden revisarse según un estándar de corrección, en vista de la especialidad de los tribunales de apelación. Esta norma puede flexibilizarse para permitir la debida deferencia a jueces de primera instancia especializados que interpretan su legislación constitutiva, pero el nivel de deferencia todavía se reduce en comparación con las cuestiones de derecho.

Los límites de la deferencia encuentran su raíz en el respeto mutuo entre las ramas de la judicatura y la comprensión de sus roles. Este equilibrio es la base del funcionamiento eficiente y efectivo del sistema de justicia y asegura que el Estado de Derecho se mantenga de una manera que no subvierta indebidamente la finalidad y aumente el costo de la aplicación de los derechos legales.

2. Las fuentes de la jurisdicción recursal

El derecho de un litigante al recurso no está constitucionalmente garantizado²², ni generalmente lo establece el *common law*²³. Por el contrario, el derecho a presentar recurso es una cuestión de ley. Como tal, debe ser expreso y no implícito²⁴.

Del mismo modo, para que los tribunales de apelación puedan recibir y juzgar un recurso, este poder debe estar explícito en la legislación²⁵. A diferencia de los tribunales superiores provinciales de primera instancia, que son "tribunales de jurisdicción general"²⁶, con alguna jurisdicción inherente²⁷, la jurisdicción de un tribunal de apelación de recibir un recurso no se deriva del hecho de que generalmente supervisa al tribunal u órgano que emitió la decisión en problema²⁸.

²² *Charkaoui v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2007 SCC 9 en el párrafo 136; *Tennina v. Canada (Minister of National Revenue - M.N.R.)*, 2010 FCA 25, párrafo 11.

²³ *Dee v. Canada*, 2008 NBCA 10 en el párrafo 16. Hay jurisprudencia del Tribunal de Apelaciones de la Provincia de Ontario que determina que debe haber un derecho de presentar un recurso en la ausencia de una garantía legal si esta es la decisión de un tribunal superior (tribunales plenarios, o completos, jurisdicción estipulada bajo la Constitución canadiense) y hay un error jurisdiccional en la decisión: *Denison Mines Ltd. v. Ontario Hydro*, [2001] O.J. No. 3870, 56 O.R. (3d) 181 (Ont. C.A.)

²⁴ *Chagnon v. Normand* (1889), 16 S.C.R. 661; *Belliveau v. Royal Bank of Canada*, [1998] N.B.J. No. 411 (NBCA); *Calgary (City) v. Resman Holdings Ltd.*, 2016 ABCA 81, párrafo 30.

²⁵ *Kourtessis v. Canada (Minister of National Revenue M.N.R.)*, [1993] 2 S.C.R. 53 en el párrafo 14; *R. v. W. (G.) [G.W.]*, [1999] 3 S.C.R. 597.

²⁶ *R. v. Thomas Fuller Construction Co.(1958) Ltd.*, [1980] 1 S.C.R. 695.

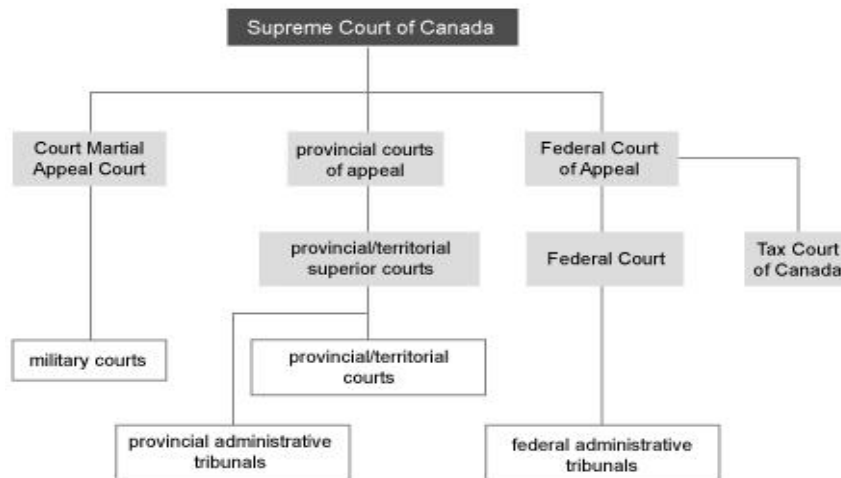
²⁷ *R. v. Imona-Russell*, 2013 SCC 43.

²⁸ Cuando tribunales de apelaciones hacen referencia a su jurisdicción "inherente" o implicada, generalmente hacen referencia a su habilidad de controlar sus mismos procesos, y no su habilidad de determinar cuáles procesos deben recibir y el límite de la revisión. Véase, por ejemplo: *Société des Acadiens du Nouveau-Brunswick Inc. v. New Brunswick Minority Language School Board No. 50*, [1986] 1 S.C.R. 549; *New Brunswick Electric Power Commission v. Maritime Electric Company Limited*, [1985] 2 F.C. 13 (F.C.A.).

Como celebró la Corte Suprema de Canadá ya en 1889, los recursos son únicamente "criaturas[s] de la ley"²⁹. Como tal, "un recurso, que es desconocido por el *common law*, debe ser legislado en un lenguaje tan claro y explícito que el derecho a presentar recurso no puede ponerse en duda"³⁰.

La Constitución canadiense prevé un "Tribunal General de Apelación para Canadá", que es la Corte Suprema de Canadá, y "Tribunales adicionales para la mejor administración de las leyes de Canadá", que son el Tribunal Federal de Apelaciones, el Tribunal Federal y el Tribunal Tributario de Canadá³¹. La Constitución canadiense también prevé la creación de "Tribunales Provinciales, tanto de Jurisdicción Civil como Criminal"³². Cada provincia y territorio en Canadá tiene legislación que proporciona la jurisdicción de un Tribunal de Apelación general, que conoce los recursos de un Tribunal de Instancia Superior³³. Comúnmente también hay tribunales provinciales o territoriales inferiores, desde los cuales se presenta recurso al Tribunal de Instancia Superior. Finalmente, tanto los tribunales federales como provinciales o territoriales supervisan los órganos administrativos. El siguiente diagrama proporciona una descripción general de los tribunales canadienses.

SISTEMA DE TRIBUNALES CANADIENSE



²⁹ *R v. Meltzer*, [1989] 1 S.C.R. 174.

³⁰ *Chagnon v. Normand*, [1989] S.C.J. No. 35, 16 S.C.R. 661, p. 662 (S.C.C.)

³¹ *Acto de Constitución* [Constitution Act], 1867, 30 & 31 Victoria, c. 3 (U.K.), 2. 101.

³² *Acto de Constitución* [Constitution Act], 1867, 30 & 31 Victoria, c. 3 (U.K.), ss. 92(14) and 96.

³³ Véase más detalles en Sopinka, J. et al., *The Conduct of an Appeal*, Markham, Ontario: LexisNexis Canada, 2012, 3rd ed., p. 3.

Corte Suprema de Canadá			
Tribunal Militar de Apelaciones	Tribunal Provincial de Apelaciones	Tribunal Federal de Apelaciones	-
-	Tribunal Superiores Provinciales/Territoriales	Tribunal Federal	Tribunal Fiscal de Canadá
Tribunales Militares	Tribunales Provinciales/Territoriales	-	-
-	Tribunales Administrativos Provinciales	Tribunales Administrativos Federales	-

Las legislaturas a nivel federal, provincial o territorial generalmente retienen la potestad de definir los requisitos o parámetros del derecho al recurso, sea al legislar sobre tales derechos o en relación a una limitación, calificación o prohibición vinculada a derechos existentes³⁴. El alcance de los tribunales de apelaciones también se define por la legislación que les asigna jurisdicción para juzgar temas particulares³⁵.

La libertad de las legislaturas provinciales y territoriales para legislar el derecho al recurso se halla condicionada por dos motivos importantes. Primero, la Constitución canadiense establece que la ley federal prevalecerá en caso de conflicto³⁶. En segundo lugar, como resultado de la Ley de la Corte Suprema³⁷, que es la ley que reglamenta la Corte más alta de Canadá, ninguna provincia o territorio puede legislar para impedir que un recurso sea escuchado por la Corte Suprema de Canadá³⁸.

Las rutas o vías recursivas en litigios civiles se discuten con más detalle en el capítulo 2.

En el contexto del derecho penal, la jurisdicción se determina de forma un poco diferente. La aceptación de recurso depende de la naturaleza del juicio a partir del cual se presenta el recurso.

³⁴ *Luitjens v. Canada (Secretary of State)* (1992), 9 C.R.R. (2d) 149 (F.C.A.); *Alleg v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 FC 348 en el párrafo 14.

³⁵ Véase, por ejemplo, *Ley de Seguridades [Securities Act]*, R.S.B.C., 1996, c. 418, s.167; *Ley Electoral de Canadá [Canada Elections Act]*, S.C. 2000, c. 9, s. 311(b).

³⁶ *Re Solloway Mills & Co.*, [1935] O.R. 37 (Ont. C.A.). Véase P.W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (Scarborough, Ont.: Carswell, loose-leaf) y Brown, Donald J.M., *Civil Appeals*, Toronto, Ontario: Carswell, 2009 – presente, en 2:1110.

³⁷ *Ley de la Corte Suprema [Supreme Court Act]*, R.S.C. 1985, c. S-26, conforme alteración.

³⁸ *Sutherland, Garfield and Waldman v. Halbrick, Johnson and Johnson*, [1982] 3 W.W.R. 238 (Man. C.A.); *Downsview Meadows Ltd. v. WrightWinston Ltd.*, [1965] 2 O.R. 566 (Ont. C.A.).

En otras palabras, depende de la manera en que el Estado decidió proceder, ya sea a modo de acusación o mediante una condena sumaria. No hay recursos para decisiones interlocutorias en procesos penales³⁹. El Código Penal de Canadá establece el alcance de estos recursos, que difieren dependiendo si el recurso es presentado por el Estado o el acusado.

3. Recursos tradicionales

Los recursos generalmente derivan de sentencias o decisiones y no de argumentos u opiniones. Esta presunción significa que, en general, la parte que gana en primera instancia no puede presentar recurso contra la decisión, aunque esa parte no esté de acuerdo con las razones de la sentencia o decisión.

ESTUDIO DE CASO: RECURSO CONTRA LA DECISIÓN, NO LAS RAZONES

En *Lake v. Lake*, un esposo solicitó el divorcio de su esposa, alegando adulterio⁴⁰. En su decisión, la Corte de primera instancia no aceptó la petición. En sus razones, sin embargo, determinó que la esposa había cometido adulterio, pero especificó que el esposo lo había tolerado. La esposa quería presentar recurso contra el hallazgo de adulterio, pero no pudo.

El hallazgo de que ella había cometido adulterio estaba contenido en las razones más que en la "sentencia o decisión". Por lo tanto, el recurso de la esposa fue desestimado por falta de jurisdicción.

Este caso ha sido aplicado por cortes en todo Canadá por el principio subyacente de que un recurso surge de una decisión, no de las razones.

Sin embargo, en circunstancias excepcionales, si se ha abordado una cuestión en los motivos, la misma se debatió en primera instancia y tiene implicaciones futuras para las partes o el público, un tribunal de apelación puede admitir un recurso a partir de las razones en lugar de la decisión. Ella es una facultad discrecional⁴¹.

El hecho de que el recurso generalmente fluye de la sentencia o decisión, en lugar de las razones, no debe disminuir la importancia de las razones. Por el contrario, las razones en general sirven de base para la revisión del recurso. En consecuencia, la Corte Suprema de Canadá ha sostenido que es un error de derecho que un juez de primera instancia llegue a una sentencia sin

³⁹ Sopinka, J. et al., *The Conduct of an Appeal*, Markham, Ontario: LexisNexis Canada, 2012, 3rd ed., p. 132.

⁴⁰ *Lake v. Lake*, [1955] 2 All E.R. 538 (C.A.)

⁴¹ Véase, por ejemplo, *Teva Canada Ltd. v. Canada (Minister of Health)*, 2012 FCA 106 en los párrafos 46-47.

proporcionar razones suficientes⁴². La revisión del recurso se ve obstaculizada por la falta de razones en la sentencia en primera instancia.

(a) **Funciones de los recursos**

La pregunta fundamental en todo recurso es si el juez de primera instancia cometió un error revisable. Al hacer esta pregunta, los tribunales de apelación canadienses realizan tres funciones superpuestas pero distintas:

- i. Corrigen errores sustantivos cometidos por el juez de instancia;
- ii. Supervisan las decisiones de los jueces de primera instancia y otros jueces para garantizar el debido proceso; y
- iii. Contribuyen al desarrollo de la jurisprudencia en sus respectivas jurisdicciones⁴³.

(i) **Función correctiva**

Los tribunales de apelación tienen un rol en la corrección de errores sustantivos cometidos por los jueces y otros tomadores de decisiones, tales como Oficiales de Tribunal y Notarios, en las Cortes de instancia inferior. Este rol se puede extender a algunos tribunales administrativos también. En esta función, los tribunales de apelación deben abordar errores de hecho, de derecho y mixtos (de hecho y derecho).

La adjudicación puede ser entendida como un proceso de tres pasos: la articulación de la legislación aplicable; la identificación de los hechos relevantes; y la aplicación de la ley a los hechos con el fin de decidir las cuestiones en disputa⁴⁴. Los hechos responden a las preguntas quién, qué, cuándo, dónde, por qué y cómo. La ley articula los principios abstractos de la justicia, tal como se particulariza a través del precedente, la analogía y el razonamiento axiomático. La ley se aplica a los hechos para determinar una solución justa en las circunstancias de una controversia en particular. Errores sustantivos se pueden encontrar en cada uno de estos pasos. Cuando un juez yerra en la identificación o interpretación de la ley aplicable, esto se considera un "error de derecho"; cuando un juez yerra en el esclarecimiento de los hechos, esto se

⁴² *R v. Sheppard*, 2002 SCC 26.

⁴³ Brown, Donald J.M., *Civil Appeals*, Toronto, Ontario: Carswell, 2009 – presente, en 1:0210; Brinton, Holly A., *Civil Appeal Handbook*, Vancouver, British Columbia: Continuing Legal Education Society of British Columbia, 2002 – presente.

⁴⁴ *Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 748; *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33.

considera un "error de hecho"; y cuando el juez yerra en la aplicación de la ley a los hechos, esto se considera un "error de hecho y de derecho"⁴⁵.

Al ejercer su función correctiva con respecto a los errores sustantivos, los tribunales de apelación no deben participar en una "búsqueda del tesoro por errores", sino más bien, un proyecto correctivo más sutil⁴⁶. Esto significa revisar juntos la decisión y los motivos y hacer inferencias razonables cuando el tribunal de apelación percibe una brecha en el análisis.

La función correctiva de los tribunales de apelación tampoco es un análisis de "todo o nada". Puede ser que una decisión del órgano inferior contenga una serie de pequeños errores, que en conjunto no constituyen un error revisable que afecte el resultado. También puede ser que existiese un error grave en cuanto a un aspecto de la decisión que se tomó, pero cuando se evalúa de modo global, no afecta la decisión final⁴⁷.

La función correctiva de los tribunales de apelación se discute en mayor detalle en el capítulo 3.

(ii) Función supervisora

Los tribunales de apelación tienen un papel en la supervisión de los jueces de primera instancia para asegurar que cumplan con los requisitos fundamentales del proceso de adjudicación.

Incluso cuando la extensión de un recurso es limitada, los tribunales de apelación lo revisarán para certificar la presencia del debido proceso en la Corte o tribunal administrativo de instancia inferior. Esto garantiza que el procedimiento en primera instancia generalmente se adhiera a la forma esperada. El foco no está en las conclusiones de hecho o de derecho, sino en la manera en que el procedimiento se llevó a cabo.

De manera general, los jueces no deben, por ejemplo, participar en las negociaciones con las partes, ni someterse a la voluntad de la mayoría, ni tampoco hacer determinaciones inquisitoriales. En lugar de ello, los tribunales canadienses emplean en gran medida un sistema judicial a veces llamado de "modelo adversarial", definido por la resolución de disputas en la forma de una decisión razonada de una parte neutral sobre la base de pruebas y argumentos de las partes afectadas⁴⁸.

⁴⁵ *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33.

⁴⁶ *Irving Pulp & Paper Ltd. v. CEP, Local 30*, 2013 SCC 34, en el párrafo 54.

⁴⁷ *Northwest Territories (Attorney General) Association des parents ayants droit de Yellowknife v. Territoires du Nord-Ouest (Procureur general)*, 2015 NWTCA 2 en los párrafos 26, 27.

⁴⁸ Véase, por ejemplo, L.L. Fuller, "The Forms and Limits of Adjudication" (1978), 92 Harv. L. Rev. 353.

Conceptualmente, hay cuatro aspectos de este proceso. En general, las desviaciones en la forma prescrita motivarán un recurso cuando:

1. La decisión de primera instancia debe ser tomada sobre la base de una norma preexistente. Ya sea legal o derivada del *common law*, debe haber algún principio, estándar o norma en el cual el juez pueda confiar para justificar su decisión. En algunos casos, puede haber un precedente vinculante que tiene relación directa con la disputa en cuestión o una ley o regla clara que presuntamente se aplica al caso. En otros casos, puede haber conflicto jurisprudencial o la legislación relevante puede requerir interpretación. En otros, puede que no haya ninguna jurisprudencia o legislación que tenga relación directa con la cuestión del caso, pero puede ser posible hacer analogías a partir de lo que existe o decidir a partir de principios.
2. La decisión de primera instancia debe ser tomada por un juez neutral. Si la decisión es tomada por un juez que prejugó la disputa o está predispuesto en favor de un resultado o, de una parte, la decisión está viciada y no puede ser subsanada para participar en una investigación que se ajuste a los requisitos del debido proceso. El mismo principio se aplica cuando el juez parece razonablemente parcial a un observador objetivo, ya sea que se establezca o no un sesgo real.
3. En primera instancia la decisión debe basarse en las pruebas presentadas y los argumentos expuestos por las partes. A su vez, esto significa que las partes deben ser capaces de presentar pruebas y argumentos. Impedimentos irrazonables en este sentido pueden constituir una denegación del debido proceso.
4. En primera instancia la decisión debe ser comunicada en la forma de una decisión razonada. Esto no significa, en todos los casos, que los motivos de una decisión necesitan ser explicados, si bien es conveniente explicar las razones. Más bien, la decisión debe ser la respuesta a las pruebas presentadas y los argumentos expuestos por las partes, así como a las normas preexistentes invocadas por la disputa.

En la práctica, la protección de estos cuatro aspectos del proceso significa que la intervención en recurso se justifica cuando haya errores en la realización de la prueba, incluyendo los errores con respecto a los requisitos participativos, los errores en el ejercicio de su discreción o errores en el proceso de toma de decisiones.

A. *Errores con respecto a los requisitos participativos*

Errores en el cumplimiento con los requisitos participativos básicos del proceso de adjudicación se manifiestan en dos formas: errores de equidad *per se* y decisiones que resultan en una

denegación sustancial de equidad. La intervención del recurrente debe ser garantizada en cualquier circunstancia.

En primer lugar, hay formas de no-cumplimiento, que atentan contra la significatividad de las partes. Ellas incluyen los errores en la determinación de la carga de la prueba, el derecho de aportar las pruebas pertinentes, el derecho a interrogar a los testigos o el derecho a hacer declaraciones sobre las cuestiones a ser decididas. Por ejemplo, sería un error asignar la carga de la prueba a la parte incorrecta⁴⁹, negar a una parte la posibilidad de aportar las pruebas relevantes⁵⁰ o de interrogar a un testigo⁵¹. Lo que importa en estos casos es la desviación de la norma, que se presume impacta en la equidad del procedimiento.

ESTUDIO DE CASO: ES UN ERROR DECIDIR UN CASO BASADO EN UNA TEORÍA O TESIS QUE NO SE PRESENTÓ EN PRIMERA INSTANCIA

En *Parlee v. McFarlane*, las partes no estuvieron de acuerdo sobre la línea divisoria entre sus propiedades. El juez de primera instancia aplicó la doctrina de la línea limítrofe convencional para juzgar el proceso⁵². Sin embargo, las partes no presentaron ninguna prueba para establecer una línea limítrofe convencional, las partes no plantearon la cuestión durante el transcurso del proceso y el juez de primera instancia no planteó el problema a las partes. Esto significó que las partes no tuvieron la oportunidad de impugnar la aplicación de dicha doctrina al caso. Este fue un error reversible. La decisión fue revisada y se ordenó que el proceso regresara a juicio en primera instancia.

El Ministro Drapeau, del Tribunal de Apelación de la Provincia de New Brunswick Court, explicó la decisión:

[33] Todos saben que el juicio por emboscada no tiene lugar en nuestro sistema moderno de justicia. Las normas de petición enunciadas en la Regla 27 de las *Reglas de la Corte* están diseñadas para garantizar que los problemas relevantes se planteen y que ninguna de las partes sea tomada de sorpresa. La importancia de las pretensiones no puede subestimarse. Ellos definen los problemas, no sólo para las partes, sino también para el juez. De hecho, no puedo imaginar una situación en la que un juez de primera instancia pudiera decidir correctamente el caso planteado, sin basarse en argumentos de las pretensiones o juicio. [...]

⁴⁹ Véase, por ejemplo, *BCFP Coast Sawmills Ltd. v. Tritow Systems Ltd.*, [1989] B.C.J. No. 1473 (BCCA).

⁵⁰ Véase, por ejemplo, *Marshall v. Watson Wyatt & Co.* (2002), 57 O.R. (3d) 813 (Ont. C.A.); *Murji v. Westfair Properties Ltd.*, 2000 ABCA 21.

⁵¹ Véase, por ejemplo, *Kapulica v. Dumancic*, [1968] 2 O.R. 438 (Ont. C.A.).

⁵² *Parlee v. McFarlane*, (1998), 171 D.L.R. (4th) 292 (NBCA).

[37] La imposibilidad de los McFarlanes de invocar la doctrina de las líneas limítrofes convencionales en la forma prescrita por las Reglas de la Corte, y el hecho de que el juez de primera instancia no la haya planteado ante las partes, impidió su aplicación en este caso. [...]

[43] Una vez más, debemos destacar la diferencia fundamental entre la conjetura y la inferencia. La primera no es una herramienta confiable para conclusiones acerca de los hechos por la sencilla razón de que no se basa en una base probatoria convincente. Como tal, no tiene lugar en la tomada de decisiones judiciales. La segunda es producto de un proceso de determinación de hechos consagrado por el tiempo. Este proceso consiste en la extracción de una conclusión lógica de una prueba convincente. Como tal, es indiscutiblemente un arma confiable en el arsenal judicial para hallazgos de hechos.

[44] En mi opinión, el expediente no revela ninguna evidencia para apoyar la inferencia del juez de primera instancia de una línea limítrofe convencional. Con respeto, el hallazgo del juez de primera instancia sobre esta cuestión es completamente especulativo, y lo llevó a una conclusión totalmente arbitraria e infundada con respecto a la ubicación del límite sur del lote de los McFarlane y el límite norte del lote de los Parlee.

En segundo lugar, hay formas de no cumplimiento que no son inherentemente violaciones de los derechos de participación, pero que -en el contexto- impiden que las partes participen de manera significativa en los procedimientos. En estos casos, los tribunales de apelación analizan la medida en que la conducta o decisión difiere de la norma, así como su impacto, para determinar si ha habido una denegación de justicia. Por ejemplo, no hay nada intrínsecamente incorrecto con un juez que limite el interrogatorio. De hecho, al hacerlo, puede ser una manera razonable para asegurarse de que el interrogatorio no sea abusivo o enfocar la vista sobre las cuestiones a ser decididas en aras de la eficiencia. Sin embargo, si esa limitación tiene el efecto de impedir que una parte dirija adecuadamente su caso, esta limitación podría equivaler a una violación del debido proceso que justifica un recurso.

B. Errores en el ejercicio de discreción

La revisión de errores en el ejercicio de la discreción es limitada, debido a que los tribunales de apelación acuerdan diferencias considerables cuando el juez de primera instancia elige entre una amplia gama de resultados procesales generalmente aceptables. Existen una infinidad de situaciones en las cuales se puede exigir de un tribunal que ejercite su discreción para apartarse del procedimiento habitual. Por ejemplo, una parte puede tener motivos para modificar los

alegatos a fin de permitir una nueva defensa⁵³, presentar nuevas pruebas después de que haya expirado el plazo⁵⁴ o para obtener una prórroga⁵⁵. Para justificar un recurso y su suficiencia, la discreción debe ser claramente equivocada o irrazonable de conformidad con las circunstancias del caso.

ESTUDIO DE CASO: EJERCICIO DE DISCRECIÓN INAPROPIADO

En *R v. Howard Stewart*,⁵⁶ una mujer llamada Patricia Scott había presentado una denuncia ante la policía, alegando que su compañero de trabajo la había agredido físicamente. En el juicio, el juez se sorprendió al ver a una mujer llegar a declarar como demandante. El juez señaló que la información (la declaración formal de la acusación penal que inicia el procedimiento), que el oficial de policía había jurado, se refirió a un hombre por el nombre de Pat Scott. El juez aceptó el argumento del acusado de que era demasiado tarde para que el Estado modificara el documento o estableciera una nueva acusación.

En el recurso, el juez McCawley concluyó que el juez en primera instancia no había "ejercitado adecuadamente su discreción" y ordenó un nuevo juicio, diciendo:

En mi opinión, era absolutamente irrazonable la inferencia. Del mismo modo, no fue razonable o se basó en la especulación de que el juez Corrin vio la referencia a "él" en la información para llegar a la conclusión de que la documentación era nula. [...] Creo que está claro que el abogado puede confiar en el hecho de que [el nombre] Pat no es necesariamente de hombre, que probablemente fue un error tipográfico o de supervisión.⁵⁷

C. Errores en el proceso de toma de decisiones

Los errores en la toma de decisiones son distintos de los errores en la sustancia y se relacionan con el proceso por el cual se llega a una decisión. Estos errores incluyen una falta de neutralidad jurídica y razones inadecuadas.

En primer lugar, los tribunales de apelación pueden encontrar un error revisable donde las circunstancias sugieren una falta de neutralidad o, en algunos supuestos, la razonable percepción de una falta de neutralidad sobre una base objetiva. Existen reglas y normas en torno a los

⁵³ Véase, por ejemplo, *Van Halderen v. Campney & Murphy*, [2000] B.C.J. No. 706 (BCCA) en los párrafos 24 to 28.

⁵⁴ Véase, por ejemplo, *Young v. Dawe*, [1998] N.J. No. 28 (Nfld. C.A.).

⁵⁵ Véase, por ejemplo, *Garczynski v. Garczynski*, [1996] O.J. No. 3169 (Ont. C.A.).

⁵⁶ *R v. Howard Stewart*, Man. Q.B., Oral Reasons of McCawley J. delivered September 26, 2017.

⁵⁷ *R v. Howard Stewart*, Man. Q.B., Oral Reasons of McCawley J., delivered September 26, 2017.

conflictos de interés, los prejuicios, la aprehensión de sesgo y la independencia en la adjudicación de la toma de decisiones, que rigen la intervención en estas circunstancias⁵⁸.

Como celebró la mayoría de la Corte Suprema de Canadá en *R. v. S. (R. D.)*:

La equidad y la imparcialidad deben estar subjetivamente presentes y objetivamente demostradas al observador informado y razonable. El juicio se considerará injusto si las palabras o acciones del juez que preside dan lugar a una aprehensión razonable de parcialidad al observador informado y razonable. Los jueces deben ser particularmente sensibles a la necesidad, no solo de ser justos, sino también de parecer justos con todos los canadienses de cualquier raza, religión, nacionalidad y origen étnico.

Si el prejuicio real o aprehendido surge de las palabras o conducta de un juez, entonces el juez ha excedido su jurisdicción. Este exceso de jurisdicción puede ser remediado mediante una solicitud al juez que preside la descalificación si el proceso aún está en curso, o mediante una revisión de la decisión del juez en recurso. Una aprehensión razonable de parcialidad, si surge, da color a todo el proceso de prueba y no puede ser subsanado por la corrección de la decisión posterior. El mero hecho de que el juez haya actuado en forma adecuada en hallazgos relativos a la credibilidad de ciertos problemas o llegado al resultado correcto, no puede aliviar los efectos de un razonable temor de parcialidad derivado de otras palabras o conducta del juez. Sin embargo, si las palabras o conductas del juez, vistas en contexto, no dan lugar a una aprehensión razonable de parcialidad, las conclusiones del juez no se verán afectadas, sin importar cuán problemáticas puedan ser las palabras o acciones impugnadas.

Los intereses básicos de la justicia requieren que los tribunales de apelación, a pesar de su criterio deferente de revisión en el examen de las determinaciones fácticas hechas por los tribunales inferiores, incluidas las conclusiones de credibilidad, conserven cierto alcance para revisar esa determinación dados los asuntos serios y delicados planteados por una alegación de parcialidad.

La imparcialidad puede ser descrita como un estado de la mente en la que el otorgante no tiene interés en el resultado y está abierto a la persuasión por las pruebas y presentaciones. En contraste, la parcialidad denota un estado de la mente que es, en cierta manera, predispuesto a un resultado particular o que es cerrado con respecto a cuestiones particulares. Si una persona que toma decisiones es imparcial, depende de si la conducta impugnada da lugar a una aprehensión razonable de parcialidad. No es necesario establecer un sesgo real porque, por lo general, es imposible determinar si el

⁵⁸ Véase, por ejemplo, *R. v. S. (R.D.)*, [1997] 3 S.C.R. 484; *R. v. Valente*, [1985] 2 S.C.R. 673.

que tomó las decisiones se acercó al asunto con un estado de ánimo verdaderamente parcial.

La aprehensión del prejuicio debe ser razonable en manos de personas razonables y de buen criterio, que se ciñen a la pregunta y obtienen la información requerida. La prueba es lo que una persona informada, al ver el asunto de manera realista y práctica –y después de haber estudiado el asunto– valoraría. Esta prueba contiene un doble elemento objetivo: la persona que considera el supuesto prejuicio debe ser razonable y la aprehensión del sesgo también debe ser razonable en las circunstancias del caso. Además, la persona razonable debe ser una persona informada, con conocimiento de todas las circunstancias relevantes, incluidas las tradiciones de integridad e imparcialidad que forman parte de los precedentes, y también el hecho de que la imparcialidad es uno de los deberes que los jueces juran defender. La persona razonable también debe ser consciente de la realidad social que forma el trasfondo de un caso particular, como la conciencia social y el reconocimiento de la prevalencia del racismo o los prejuicios de género en una comunidad en particular. La jurisprudencia indica que debe demostrarse una probabilidad real o una probabilidad de parcialidad y que una mera sospecha no es suficiente. La existencia de un razonable temor de parcialidad depende totalmente de los hechos. El umbral para tal hallazgo es alto y la carga de demostrar parcialidad recae en la persona que alega su existencia. La prueba se aplica por igual a todos los jueces, independientemente de su origen, sexo, raza, origen étnico o cualquier otra característica.

El requisito de neutralidad no exige que los jueces descarten sus experiencias de vida. Si el uso de referencias al contexto social es apropiado en las circunstancias y, si una aprehensión razonable de parcialidad surge de declaraciones particulares, depende de los hechos. Una diferencia muy significativa existe entre los casos en los que el contexto social se utiliza para asegurar que el derecho evoluciona en consonancia con los cambios en la realidad social y de los casos, como este, donde el contexto social es aparentemente utilizado para ayudar en la determinación de un problema de credibilidad⁵⁹.

En segundo lugar, los tribunales de apelación pueden encontrar un error revisable cuando las razones del juez son inadecuadas. La ley canadiense no requiere razones para la toma de decisiones. Más bien, los requisitos de equidad procesal en este sentido son dependientes del contexto. El recurso es, por tanto, ligado a razones de nivel necesario conteste las circunstancias. En definitiva, las partes tienen derecho a entender las bases o fundamentos de la decisión, de tal manera que un tribunal de apelaciones podría revisarla.

⁵⁹ *R. v. S. (R.D.)*, [1997] 3 S.C.R. 484.

Como explicó el Ministro McLachlin, Presidente de la Suprema Corte de Canadá en *R. v. R.E.M.*:

[16] ... los tribunales de apelación, teniendo en cuenta la suficiencia de las razones, deberían leerlas en su totalidad, en el contexto de las pruebas, los argumentos y el juicio, con una apreciación de los propósitos o funciones para las que se pronunciaron [...]

[17] Estos propósitos se cumplen si las razones, leídas en su contexto, muestran por qué el juez decidió como lo hizo. El objetivo no es mostrar cómo el juez llegó a su conclusión, de una manera a mostrar sus pensamientos. Es más bien para mostrar por qué el juez tomó esa decisión. [...] Lo que se requiere es una conexión lógica entre el "qué" -el veredicto- y el "por qué" -que es el fundamento para el fallo-. Los fundamentos de la decisión del juez deben ser apreciables, cuando se mira en el contexto de las pruebas, las alegaciones de los abogados y de la historia de cómo el juicio se desarrolló⁶⁰.

Por lo general, para que un error en un proceso de toma de decisiones justifique un recurso, la administración de la justicia en sí debe ser afectada. Cuando tal error no impactó o no pudo impactar en el resultado⁶¹, es el resultado de una falla de las partes en vez del juez⁶² o fue consentido por las partes⁶³, generalmente no habrá recurso alguno o no se admitirá.

(iii) Función de desarrollo de la jurisprudencia

Los tribunales de apelación tienen un papel importante en asegurar que la jurisprudencia sea desarrollada de una manera coherente. De hecho, como la Corte Suprema de Canadá celebró en *Housen v. Nikolaisen*, "el papel principal de los tribunales de apelación es delinear y perfeccionar las normas legales y asegurar su aplicación universal"⁶⁴.

En virtud de la doctrina de *stare decisis*, la decisión judicial tiene valor precedencial, y todos los jueces crean la ley⁶⁵. En el juicio, esto es incidental al enfoque principal del tribunal: la resolución inmediata de la controversia entre las partes⁶⁶. Sin embargo, en materia de recursos, los

⁶⁰ *R. v. R.E.M.*, 2008 SCC 51, párrafo 16, 17.

⁶¹ R.P. Kerans and K. Willey, *Standards of Review Employed by Appellate Courts*, 2nd ed. (Edmonton: Juriliber, 2006) p. 251; Brown, Donald J.M., *Civil Appeals*, Toronto, Ontario: Carswell, 2009 – presente, en 1:1332.

⁶² Véase, por ejemplo, *Marshall v. Watson Wyatt & Co.* (2002), 57 O.R. (3d) 813 (Ont. C.A.).

⁶³ Véase, por ejemplo, *Dopf v. Royal Bank of Canada*, [1998] B.C.J. No. 87 (BCCA).

⁶⁴ *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, párrafo 9.

⁶⁵ A. Le Sueur and R. Cornes, "What Do the Top Courts Do?" (2000), 53 *Current Legal Problems* 231.

⁶⁶ *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, párrafo 9.

tribunales "operan a un alto nivel de generalidad"⁶⁷, que les permite "delinear y perfeccionar las reglas " y asegurarse que "las mismas normas legales se aplican en situaciones similares"⁶⁸.

Mientras que los tribunales de juicio contribuyen a la evolución de la jurisprudencia, la tarea de articular y refinar el contenido legal de las proposiciones y la determinación de cuándo y cómo deben ser expresadas es esencialmente una función de los tribunales de apelaciones⁶⁹. En este sentido, los tribunales de apelación son esenciales para mantener la premisa fundamental del Estado de Derecho: que todos sean iguales (o estén *igualmente* sujetos) a la ley.

En el desarrollo de la jurisprudencia, los tribunales de apelación participan en lo que ha sido descrito como "*stare decisis*" horizontal⁷⁰. Si bien estos tribunales no están sujetos a precedentes establecidos en jurisdicciones coordinadas, el principio de cortesía -es decir, la forma de reciprocidad legal cortés que las jurisdicciones se brindan mutuamente- se aplica para crear una forma de determinación de "*stare decisis*" que es horizontal y no vertical. A menos que exista una circunstancia excepcional y, especialmente cuando la ley federal está en cuestión, los tribunales de apelación favorecen la uniformidad en todas las jurisdicciones. Esto crea una cierta predictibilidad de que los casos similares se decidirán de la misma manera, lo que da efecto a las nociones subyacentes de equidad y finalidad que deberían animar la toma de decisiones judiciales de manera más amplia⁷¹.

Respecto a la formalidad, los tribunales de apelación son obligados por las decisiones de los tribunales superiores y tienden a seguir sus propios precedentes, así como las de otros tribunales de apelación. No obstante, hay excepciones. La coherencia jurisprudencial no debe permitirse para perpetuar la injusticia. La experiencia puede demostrar que una decisión previa tuvo consecuencias inesperadas. Las costumbres sociales pueden cambiar. Como Lord Atkin celebró en *United Australia Ltd. v. Barclays Bank Ltd.*, "cuando estos fantasmas del pasado se interponen en el camino de la justicia haciendo sonar sus cadenas medievales, el curso correcto es que el juez los atraviese sin inmutarse"⁷².

Como declaró el juez Slattery del Tribunal de Apelaciones de los Territorios de Northwest:

La ley es, en última instancia, un sistema de honor en el sentido de que su autoridad depende de la integridad y la credibilidad del sistema de justicia y de la autodisciplina de

⁶⁷ *Assn. des Parents ayants droit de Yellowknife c. Territoires du Nord-Ouest (Procureur général)*, 2015 NWTCA 2, 593 A.R. 180 (N.W.T. C.A.), párrafo 23.

⁶⁸ *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, párrafo 9.

⁶⁹ Llewellyn, K.N., *The Common Law Tradition: Deciding Appeals* (Boston: Little, Brown, 1960).

⁷⁰ Véase, por ejemplo, *Allergan Inc. v. Canada (Minister of Health)*, 2012 FCA 308, en el párrafo 43.

⁷¹ *Federation of Law Societies of Canada v. Canada (Attorney General)*, [2001] A.J. No. 1697 (Alta. Q.B.), párrafo 38; J. Rawls, *A Theory of Justice* (Cambridge: Harvard University Press, 1971) p. 237.

⁷² [1941] A.C. 1 p. 29.

cada nivel de las Cortes para mantenerse dentro de su mandato. Un sistema que efectivamente transfiere la función de determinación de hechos del tribunal de primera instancia a un tribunal de apelación, podría esencialmente reducir el tribunal de primera instancia a una decoración costosa. Un sistema que efectivamente ubica conclusiones de hechos o hechos mezclados y leyes por parte del tribunal de primera instancia fuera de revisión, tiene el mismo potencial de daño respecto de la capacidad del tribunal de apelaciones para desempeñar su papel. Se espera que los tribunales de apelaciones operen a un nivel más alto de generalidad legal y, de manera crucial, revisen los resultados en cuanto a legalidad y razonabilidad. Si la Corte de primera instancia se limita ineluctablemente a una estructura de conclusiones, la revisión de la legalidad sería poco o nada "a nivel de generalidad de los tribunales de apelación". La confianza del público en un sistema de justicia con un solo nivel real de autoridad judicial dentro y para cada provincia o territorio pronto se marchitará (...). Los casos similares deben dar resultados similares. El resultado no debe depender de la suerte, donde la casualidad de la identidad del juez de primera instancia desborda el proceso (...). El mandato legítimo de los tribunales de apelación incluye asegurar una amplia consistencia no solo en la ley, sino en los resultados en general⁷³.

En ciertas circunstancias limitadas, los tribunales de apelación rompieron con el precedente establecido por sus propias decisiones sobre la base de que es "incorrecto" o "erróneamente decidido". Es habitual en el Tribunal Federal de Apelaciones y en los Tribunales de Apelación de varias provincias que un panel de cinco jueces, a diferencia de los tres habituales, juzgue recursos donde el apelante solicita al tribunal que se aparte de su propio precedente⁷⁴. El panel más grande, similar a una audiencia *en banc* en los Estados Unidos, está destinado a imbuir a los jueces con mayor autoridad para trazar un rumbo apropiado.

(iv) Función especial de la Corte Suprema de Canadá

La Corte Suprema de Canadá ejerce una función especial como tribunal de última instancia. Si bien desempeña las mismas funciones de supervisión y correctivas que otros tribunales de apelación, se centra en la superintendencia de las leyes de Canadá. Esto significa que define la función revisora ejercida por los tribunales intermedios de apelación y que controla el desarrollo

⁷³ *Assn. des Parents ayants droit de Yellowknife v. Territoires du Nord-Ouest (Procureur général)*, 2015 NWTCA 2 (N.W.T. C.A.), párrafo 23-28

⁷⁴ Brown, Donald J.M., *Civil Appeals*, Toronto, Ontario: Carswell, 2009 – presente, en 1:3240.

de la legislación canadiense al establecer un precedente que es vinculante para la toma de decisiones judiciales y administrativas en todo el país.

Primero, la Corte Suprema de Canadá define la relación entre los tribunales de apelación y los tomadores de decisiones en primera instancia. Los tribunales intermedios de apelación inician el proceso de definición de las normas y estándares a través de una revisión de apelación, pero finalmente es la Corte Suprema la que retiene la última palabra. Los legisladores pueden elaborar las leyes de la región, pero la responsabilidad de su interpretación coherente recae finalmente en la Corte Suprema de Canadá.

De esta manera, la Corte Suprema de Canadá ejerce una función de supervisión sobre los tribunales de apelación intermedios, que es similar al control de éstos respecto de los órganos de primera instancia. Esto asegura que los tribunales intermedios de apelación cumplan con los requisitos fundamentales del proceso adjudicativo y demuestren una deferencia apropiada a los tomadores de decisiones en primera instancia.

En segundo lugar, la Corte Suprema de Canadá es responsable de hacer "cambios incrementales en la ley común cuando corresponda"⁷⁵. Como tribunal de apelación final de Canadá, la Corte Suprema sirve a los canadienses al decidir asuntos legales de importancia pública, contribuyendo así al desarrollo de todas las ramas de la ley aplicables en el Estado.

Como regla general, la Corte Suprema no anula sus propias decisiones. La reforma legal es más propiamente el dominio del Parlamento federal y de las legislaturas provinciales y territoriales⁷⁶. Sin embargo, cuando la Corte está "satisfecha, sobre la base de razones sustanciales, de que el precedente fue erróneamente decidido", la Corte puede verse obligada a anular una decisión anterior.

Para que un caso se decida erróneamente, no es suficiente que un solo juez no esté de acuerdo con el razonamiento de un ex juez. Si eso fuera suficiente, la política o la personalidad podrían influir indebidamente en la jurisprudencia. Por el contrario, para cambiar los precedentes se requieren consideraciones sociales y legales más amplias. Por ejemplo, puede ser apropiado invalidar un precedente que no refleja los valores de la Carta de Derechos y Libertades; que crea incertidumbre indebida; o, que se fundamenta en premisas sociales, políticas o económicas que ya no son válidas⁷⁷.

⁷⁵ *Bhasin v. Hrynew*, 2014 SCC 7, párrafo 34.

⁷⁶ *Ontario (Attorney General) v. Fraser*, 2011 SCC 20, párrafo 59.

⁷⁷ *David Polowin Real Estate Ltd. v. Dominion of Canada General Insurance Co.*, (2005), 76 O.R. (3d) 161 (Ont. C.A.) per Laskin J.A., párrafo 124.

4. Más allá de los recursos tradicionales

(a) Revisión judicial por los Tribunales de Apelación

A algunos tribunales se les concede jurisdicción para conocer solicitudes de origen para la revisión judicial, lo que significa que tienen una competencia limitada para revisar las decisiones de ciertos jueces administrativos.

Por ejemplo, el artículo 28 de la Ley de Tribunales Federales establece que el "Tribunal Federal de Apelaciones tiene jurisdicción para conocer y determinar las solicitudes de revisión judicial formuladas respecto de cualquiera de los siguientes consejos federales", incluida la Comisión Canadiense de Radiodifusión y Telecomunicaciones, el Tribunal Canadiense de Comercio Internacional, el Consejo Nacional de Energía, el Consejo Federal de Relaciones Laborales y Empleo del Sector Público y el Consejo de Derechos de Autor, entre otros⁷⁸.

Cabe señalar, que muchos de estos estatutos también prevén un derecho legal al recurso. Por ejemplo, existe una diferencia entre una revisión judicial de la decisión de la Radiodifusión Televisiva y la Comisión de Telecomunicaciones de Canadá en virtud de la Ley de Tribunales Federales y un recurso legal cuando las decisiones finales sobre el recurso se toman de conformidad con la regla 31 (2) de la Ley de Radiodifusión, que determina los recursos de la Comisión de Radiodifusión y Televisión Canadiense de la siguiente manera:

31(2) Un recurso viene de una sentencia o decisión de la Comisión al Tribunal Federal de Apelaciones sobre una cuestión de derecho o una cuestión de jurisdicción, si se obtiene un permiso de ese Tribunal sobre la solicitud presentada dentro del mes posterior a la adopción del sentencia o decisión solicitada para ser apelada desde o dentro del tiempo adicional que el Tribunal en circunstancias especiales lo permita⁷⁹.

Al igual que los recursos tradicionales, la revisión judicial de la acción administrativa es otra herramienta para impugnar una decisión en primera instancia y, a primera vista, se parecen. Sin embargo, son cualitativamente diferentes entre sí tanto en sustancia como en alcance. En contraste con un recurso tradicional en el que es posible una investigación de los derechos legales de las partes y la base fáctica de la decisión, las solicitudes de revisión judicial se limitan a una investigación sobre el desempeño del tribunal administrativo de su función estatutariamente delegada.

En general, las solicitudes de revisión judicial son apropiadas cuando una parte sostiene que el responsable administrativo no tenía la autoridad para decidir el problema; que el proceso de

⁷⁸ *Federal Courts Act*, R.S.C. 1985, c. F-7, at s. 28.

⁷⁹ *Broadcasting Act*, S.C. 1991, c. 11, s. 31(2).

toma de decisiones era injusto; o, que la decisión no estaba conectada racionalmente o no fluía lógicamente de la evidencia.

En la decisión seminal de *Dunsmuir v. New Brunswick*, La Corte Suprema de Canadá sostuvo que hay dos estándares de control en la revisión judicial: corrección y razonabilidad⁸⁰. La diferencia se puede resumir de la siguiente manera:

Al aplicar el estándar de corrección con respecto a la jurisdicción y algunas otras cuestiones de la ley, un tribunal de revisión no mostrará deferencia al proceso de razonamiento del responsable de la toma de decisiones; más bien emprenderá su propio análisis de la cuestión y decidirá si está de acuerdo con la determinación del responsable de la toma de decisiones; de lo contrario, el tribunal sustituirá su propia opinión y proporcionará la respuesta correcta. Un tribunal que realiza una revisión por razonabilidad indaga sobre las cualidades que hacen que una decisión sea razonable. La razonabilidad se refiere principalmente a la existencia de justificación, transparencia e inteligibilidad dentro del proceso de toma de decisiones y a si la decisión se encuentra dentro de un rango de resultados posibles y aceptables que son defendibles con respecto a los hechos y la ley. Es un estándar respetuoso que requiere consideración por las elecciones legislativas para dejar algunos asuntos en manos de los responsables de la toma de decisiones administrativas, para los procesos y determinaciones que se basan en experiencias y conocimientos particulares, y para las diferentes funciones de los tribunales y órganos administrativos dentro del sistema constitucional canadiense⁸¹.

Cuando el estándar de revisión aplicable es razonable, un tribunal de apelación en revisión judicial se preocupa por "la existencia de justificación, transparencia e inteligibilidad en el proceso de toma de decisiones" y "si la decisión se encuentra dentro de un rango de posibles resultados aceptables que son defendibles con respecto a los hechos y la ley"⁸².

Cuando el estándar de revisión aplicable es la corrección, un tribunal de apelación en revisión judicial no necesita mostrar deferencia al responsable de la toma de decisiones y puede realizar su propio análisis de la cuestión y, cuando llega a una conclusión diferente, la decisión que alcanza debe ser sustituida.⁸³ Muchos asuntos legales atraen un estándar de corrección.⁸⁴

Si la corrección o razonabilidad se aplica o no depende de la presencia o ausencia de una cláusula privativa o una disposición para un recurso; si se espera que el responsable de la toma de

⁸⁰ *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9.

⁸¹ *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, Nota inicial.

⁸² *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, párrafo 47.

⁸³ *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, párrafo 50.

⁸⁴ *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, párrafo 50.

decisiones posea experiencia especializada sobre los temas en cuestión; el propósito del estatuto habilitante; la disposición específica que está siendo revisada; y, si los problemas plantean cuestiones de hecho, de derecho o cuestiones de hecho y de derecho⁸⁵.

Hay cuatro recursos disponibles en las solicitudes de revisión judicial:

1. Una declaración, requerimiento o ambos, en relación con el ejercicio de un poder legal;
2. Una orden de *mandamus*, por la cual el funcionario público u organismo en cuestión se ve obligado a cumplir un deber que fue denegado;
3. Una orden de prohibición, por la cual el funcionario público u organismo en cuestión recibe la orden de no asumir o tratar un asunto en particular por error o por haber excedido su jurisdicción; o,
4. Una orden *certiorari*, mediante la cual el encargado de la toma de decisiones administrativas está obligado a presentar sus registros para que los revise el tribunal, que luego puede ejercer su jurisdicción para cambiar la decisión⁸⁶.

Las solicitudes de revisión judicial pueden utilizarse en ciertos casos en los que también esté disponible un derecho de apelación legal. En ese caso, la elección entre los dos se convierte en una cuestión de estrategia para el apelante.

(b) **Opiniones Consultivas**

(i) **Estableciendo un caso en un Tribunal de Apelación**

En ciertos contextos legislados, los tribunales de apelación pueden tener la tarea de tomar decisiones con respecto a cuestiones legales específicas que se les plantean o "declaran". Esto puede ocurrir cuando surge la pregunta en un caso que aún no se ha decidido o en el que el caso ya se ha decidido. La pregunta puede ser formulada por las partes o por un juez o panel de jueces en la instancia inferior. En general, estos recursos se limitan a las preguntas formuladas, ya sean cuestiones de ley o cuestiones de ley y jurisdicción.

Los tribunales de apelación pueden negarse a escuchar preguntas que estén fuera de estas dos categorías. Esto puede ocurrir cuando la pregunta se considera como un hecho, en lugar de una ley⁸⁷. Sin embargo, los tribunales canadienses están divididos cuando la cuestión es de hechos y

⁸⁵ *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, párrafos 51-56.

⁸⁶ Brown, Donald J.M. et al, *Judicial Review of Administrative Action*, Toronto, Ontario: Carswell, 2013 – presente.

⁸⁷ *Re Butt et al. and Township of Toronto*, [1966] 2 O.R. 499 (Ont. C.A.); *Insurance Corp. of British Columbia v. Heerspink*, [1982] 2 S.C.R. 145

de derecho. Algunas jurisdicciones se han negado a escuchar esas cuestiones⁸⁸, mientras que otras han recibido planteos relacionados con la aplicación de una ley sobre la base de que incluye una cuestión pura de derecho⁸⁹.

(ii) Referencias

La mayoría de las jurisdicciones también prevén un procedimiento similar, abierto a los órganos legislativos y funcionarios gubernamentales, para las preguntas que no surgen de un caso concreto. Son conocidos como referencias.

Por ejemplo, en la provincia de Ontario, en virtud de la Ley de Tribunales de Justicia, "el vicegobernador en el Consejo puede remitir cualquier pregunta al Tribunal de Apelación para su audiencia y consideración"⁹⁰ y, en el plano nacional, en virtud de la Ley de la Corte Suprema que estipula:

53 (1) El Gobernador en Consejo puede remitir al Tribunal para audiencia y consideración cuestiones importantes de hecho o de derecho que tengan relación con

(a) La interpretación de las actas de la Constitución;

(b) La constitucionalidad o interpretación de cualquier legislación federal o provincial;

(c) La jurisdicción de apelación respecto a cuestiones educativas, derivada del acta de la Constitución de 1867, o por cualquier otra acta o ley conferida al Gobernador en Consejo; o,

(d) Las facultades del Parlamento de Canadá; de las legislaturas de las provincias; o, de sus respectivos gobiernos, ya sea que se haya propuesto o se proponga ejercer el poder en cuestión⁹¹.

Dado que las referencias no surgen de los casos, no hay hallazgos de hechos concretos sobre los cuales basarse o alegaciones de error para considerar. Como resultado, las preguntas formuladas

⁸⁸ *O'Connell Holdings Ltd. v. British Columbia (Assessor of Area No. 4- Nanaimo/Cowichan)*, 2003 BCSC 698, en el párrafo 33; *Saskatchewan Municipal Board v. First City Trust Co.*, [1996] S.J. No. 692 (Sask. C.A.); *Amoco Canada Petroleum Co. v. Oakdale No. 320 (Rural Municipality)*, [1992] S.J. No. 262 (Sask. C.A.); *Winkler v. British Columbia (Assessor of Area No. 9 Vancouver)*, [1998] B.C.J. No. 3298 (B.C.S.C.).

⁸⁹ *British Columbia (Assessor of Area No. 6 - Courtenay) v. Crown Isle Development Corp.*, 2008 BCSC 100, en el párrafo 12; *Canadian National Railway Co. v. British Columbia (Assessor of Area No. 09 Vancouver)*, [1990] B.C.J. No. 570 (B.C.C.A.); *Crown Forest Industries Ltd. v. British Columbia (Assessor of Area No. 06 Courtenay)*, [1985] B.C.J. No. 163 (B.C.S.C.); *Archiepiscopal Corp. of Regina v. Regina (City)*, [1996] S.J. No. 52 (Sask. C.A.).

⁹⁰ *Acto de Cortes de Justicia [Courts of Justice Act]*, R.S.O. 1990, c. C. 43, s. 8.

⁹¹ *Supreme Court Act*, R.S.C. 1985 c. S. 26, s. 53.

en este vacío pueden ser difíciles de abordar. Los tribunales de apelación tienen la discreción de negarse a responder una pregunta planteada por referencia si la cuestión (interrogante) no es justiciable⁹².

Por ejemplo, los tribunales de apelación han rechazado referencias en las que la pregunta no tenía una base fáctica⁹³; estaba más allá de la capacidad práctica de la Corte para responder⁹⁴; o, no se basaba en legislación o proyecto de legislación⁹⁵.

(c) *Recursos de Juicio de Novo*

En ciertos marcos claramente legislados, a los tribunales de apelación se les puede otorgar la jurisdicción para volver a intentar el asunto. En estos contextos, el recurso procede como si no hubiera una audiencia o decisión a continuación y se pueden presentar pruebas como si el juez o el panel de recurso fueran los que tomaran las decisiones en primera instancia⁹⁶. Las consideraciones de eficiencia judicial significan que los tribunales no necesariamente volverán a recibir la prueba y que no existe un derecho implícito a una información adicional⁹⁷.

En el contexto del *civil law*, los tribunales son reacios a proceder a realizar un nuevo juzgamiento (juicio *de novo*) a menos que las circunstancias obliguen al tribunal a ejercer su discreción legal para hacerlo. Puede justificarse un recurso *de novo* cuando la falta de razones impida que el tribunal lleve a cabo su función de apelación o cuando un estatuto lo permita expresamente⁹⁸.

En el contexto del derecho penal, los tribunales de apelación tienen facultades discrecionales para decidir si "la justicia se atenderá mejor mediante la audiencia y la determinación del recurso mediante un juicio *de novo*", ya sea por la condición del registro del juicio o por cualquier otro

⁹² *Reference Re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217 en los párrafos 26-7; *Reference Re Canada Assistance Plan (B.C.)*, [1991] 2 S.C.R. 525.

⁹³ Véase, por ejemplo, *Reference Re Railway Act 1952 (Canada)*, [1958] S.C.R. 285, en que la Suprema Corte de Canadá rechazó un caso porque carecía de base fáctica suficiente para tratar con los terrenos adquiridos después de 1919, lo que requería el caso.

⁹⁴ Véase, por ejemplo, *Reference Re: Angliers Railway Crossing*, [1937] S.C.R. 451, en que la Suprema Corte de Canadá rechazó un caso porque habría requerido que resumieran en una regla precisa la práctica de asignar los costos del cruce ferroviario, que aún no se había liquidado y que estaba fuera del alcance de la función del tribunal.

⁹⁵ Véase, por ejemplo, *McEvoy v. A.G. (New Brunswick)*, [1983] 1 S.C.R. 704, en que la Suprema Corte de Canadá rechazó un caso sobre la base de que no se había rechazado ningún proyecto de ley, proyectos de propuestas, material explicativo, notas complementarias o proyecto de informe para dar a la cuestión la especificidad necesaria para permitirle a la Corte opinar.

⁹⁶ *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Thanabalasingham*, 2004 FCA 4, en el párrafo 6; *Ingamo Hall Friendship Centre v. Bergeron*, 2003 NWTSC 44, en el párrafo 15; *Campbell's Plumbing & Heating Ltd. v. 048436 N.B. Ltd.*, 2002 NBQB 260, en el párrafo 1.

⁹⁷ *Atchison v. Manufacturers Life Insurance Co.*, 2003 ABCA 196; *Anderson v. Ben Vanden Brink Professional Corp.* (1990), 107 A.R. 143 (Alta. C.A.).

⁹⁸ Véase, por ejemplo, *Levesque v. Cyr*, [1995] N.B.J. No. 276 (N.B.C.A.), en que exigía un juicio *de novo* en recurso en decisión acerca de impuesto.

motivo o razón. Si bien no hay factores específicos a tener en cuenta, la evidencia de que una de las partes busca aducir nueva evidencia pesará en contra de otorgar un juicio *de novo*⁹⁹, mientras que la evidencia de un defecto en el registro de prueba con respecto a la integridad o inteligibilidad pesará a favor de otorgar uno.

5. Límites a un recurso

En ciertas circunstancias, un tribunal puede negarse a recibir un recurso cuando tenga jurisdicción para hacerlo, ya sea porque los asuntos recurridos son irrelevantes o prematuros o debido a la conducta del apelante.

(a) Irrelevancia

Un tribunal puede negarse a escuchar un recurso por irrelevancia, cuando la decisión del tribunal no resuelva una controversia que afecte los derechos de las partes. Un recurso puede ser irrelevante porque la ley que rige el caso, las relaciones entre las partes o sus circunstancias o los hechos subyacentes a la disputa, han cambiado.

Como explicó el Ministro Sopinka de la Corte Suprema de Canadá:

La doctrina de irrelevancia es una herramienta de política o práctica general que un tribunal puede utilizar para rechazar un caso que plantea simplemente una cuestión hipotética o abstracta. El principio general se aplica cuando la decisión del tribunal no tendrá el efecto de resolver alguna controversia que afecte o pueda afectar los derechos de las partes. Si la decisión del tribunal no tendrá ningún efecto práctico sobre tales derechos, el tribunal declinará decidir el caso. Este ingrediente esencial debe estar presente no solo cuando se inicia la acción o el procedimiento, sino en el momento en que se solicita al tribunal que tome una decisión. En consecuencia, si después del inicio de la acción o procedimiento, ocurren eventos que afectan la relación de las partes, de modo que no existe una controversia actual que afecte derechos, se dice que el caso es irrelevante. La política o práctica general se aplica en casos discutibles a menos que el tribunal ejerza su discreción para apartarse de la misma. Los factores relevantes relacionados con el ejercicio de la discreción del tribunal se discuten a continuación¹⁰⁰.

Entre otros ejemplos de situaciones en las que un cambio en los hechos motivó la prescindencia del asunto, destacamos los casos en que: expiró la sentencia en cuestión¹⁰¹; se construyó la vía

⁹⁹ Véase, por ejemplo, *R v. Winters*, [1981] B.C.J. No. 344 (B.C.C.A.).

¹⁰⁰ *Borowski v. Canada (Attorney General)*, [1989] 1 SCR 342.

¹⁰¹ Véase, por ejemplo *Pinheiro v. Canada (National Parole Board)*, [1994] B.C.J. No. 1991 (B.C.C.A.).

exigida¹⁰²; se realizó el voto en común y se reestructuró la empresa¹⁰³; se emitió la visa solicitada¹⁰⁴; o, una de las partes había sido deportada¹⁰⁵ o murió¹⁰⁶.

Los ejemplos de situaciones en las que un cambio en la ley hizo que el asunto se tornara abstracto, incluyen casos en que: se promulgó un nuevo régimen legal¹⁰⁷; se derogó la legislación cuya constitucionalidad era impugnada¹⁰⁸; o, involucraba una enmienda constitucional que no se ratificó¹⁰⁹.

Al evaluar si la irrelevancia impide un recurso, los jueces ponderan tres consideraciones fundamentales: si existiría una dinámica adversarial adecuada; si decidir la cuestión sería un uso apropiado de los recursos judiciales y el tiempo; y, si asumir la jurisdicción excedería los límites de la autoridad judicial¹¹⁰.

En primer lugar, las apelaciones se basan en una dinámica adversarial, que alimenta el debate activo que ayuda al tribunal a resolver disputas. Los tribunales canadienses no son inquisitoriales. Sin la presentación de puntos de vista opuestos, por lo tanto, existe la preocupación de que los argumentos y hechos relevantes no salgan a la luz porque no existe un defensor o contradictor que los impulse. Esta es una preocupación particular porque las decisiones de recurso no solo están dirigidas a las partes, sino que cumplen la función adicional de desarrollar la jurisprudencia bajo la doctrina de *stare decisis*.

En segundo lugar, la economía judicial es una consideración importante. Sería un uso ineficiente de los recursos judiciales por parte de los tribunales de apelación, emprender el ejercicio de revisión si las partes no tienen responsabilidad en la decisión. Por el contrario, en algunos casos puede ser apropiado que un tribunal de apelación mire más allá de las partes del recurso, cuyos intereses son limitados. Este enfoque puede justificarse cuando la consideración de la apelación conservara a largo plazo los recursos judiciales, al decidir un procedimiento que ya se encuentra

¹⁰² Véase, por ejemplo, *Red Mountain Residents and Property Owners Assn. v. British Columbia (Minister of Forests, British Columbia Forest Service, Arrow Forest District)*, 2003 BCCA 195.

¹⁰³ Véase, por ejemplo, *Sparling v. Northwest Digital Ltd*, (1991), 47 C.P.C. (2d) 124 (B.C.C.A.).

¹⁰⁴ Véase, por ejemplo, *Vaziri v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2007 FCA 150.

¹⁰⁵ Véase, por ejemplo, *Chaudhry v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2000] 1 F.C. 455 (F.C.A.);

¹⁰⁶ Véase, por ejemplo, *Webster v. British Columbia Hydro and Power Authority*, [1994] 3 SCR 549.

¹⁰⁷ Véase, por ejemplo, *Wijngaarden v. Tzialis*, [1997] O.J. No. 2408 (Ont. C.A.) en que la cuestión fue considerada irrelevante, porque el *Health Care Consent Act*, 1996 entró en vigor después del inicio del proceso.

¹⁰⁸ Véase, por ejemplo, *Kennett Estate v. Manitoba (Attorney General)*, [1998] M.J. No. 337 (Man. C.A.) en que el *Child Welfare Act* que era la base para el recurso constitucional fue anulado.

¹⁰⁹ Véase, por ejemplo, *Native Women's Assn. of Canada v. Canada*, [1992] F.C.J. No. 1037 (F.C.A.), en que las enmiendas constitucionales sugeridas por los gobiernos federal y provinciales como partes del Acuerdo Charlottetown no fueron confirmadas en un referéndum público.

¹¹⁰ *Borowski v. Canada (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 342, p. 357.

ante el tribunal. La revisión de un caso discutible puede obviar la necesidad de esperar a que otro caso avance en el juicio en un contexto de incertidumbre.

En tercer lugar, los tribunales de apelación son conscientes de su papel limitado en una democracia constitucional en la que los poderes legislativos dependen en gran medida de los funcionarios electos. Cuando un tribunal de apelación podría dar lugar a una controversia con amplias implicaciones, pero las partes ante el tribunal no tienen un interés continuo en el asunto, los tribunales de apelación deben mostrar moderación. Esto es especialmente cierto cuando las partes intentan desafiar a la autoridad del gobierno, pero no existe un tema que sea un problema justiciable ante el tribunal. Lo que está en juego en estas decisiones es la legitimidad de la rama judicial misma.

En los casos en que la doctrina de lo irrelevante excluye la consideración de un asunto planteado en el recurso, la apelación puede proceder sobre otros asuntos que no sean discutibles. Lo irrelevante de un tema no desbarata la audición de ningún agravio que si lo sea y se mantenga. En su lugar, la Corte de Apelaciones reducirá el recurso a los agravios admitidos y procederá en consecuencia.

En determinadas circunstancias, se puede permitir continuar con un planteo que (en principio) estaría excluido por imprecisión. Este poder discrecional es muy limitado.

ESTUDIO DE CASO: EXCEPCIÓN A LA IRRELEVANCIA

En *McCorkell v. Riverview Hospital*, el demandante era un individuo que había sido involuntariamente institucionalizado en un centro de salud mental provincial en Columbia Británica, con la certificación de médicos que dijeron que mostraba un comportamiento peligrosamente agresivo en la fase maníaca de su trastorno bipolar¹¹¹. Desafió la constitucionalidad de las disposiciones del *Mental Health Act*, R.S.B.C 1979, c. 256 (“El acto”), bajo la cual fue detenido.

El caso del demandante había sido interpuesto por un grupo de defensa que buscaba promover la defensa del interés público. Dado que el demandante ya no estaba detenido, el interrogante era si toda la acción era irrelevante.

Aunque la Corte Suprema de Columbia Británica finalmente desestimó el recurso por sus méritos, decidió que el caso era irrelevante:

1. El demandante arriesgó someterse a las disposiciones impugnadas en el futuro.

¹¹¹ *McCorkell v. Riverview Hospital*, 2005 BCSC 1491.

2. La forma en que se presentó la causa como un caso de prueba significó que hubo prueba adversarial completa del conflicto.
3. El caso se incluyó en la excepción de "economía judicial racional" porque:

"A menos que la Corte se enfrente a un caso de prueba, aunque pueda ser discutible, la constitucionalidad de la Ley nunca podrá ser examinada. Las circunstancias del demandante proporcionan un ejemplo típico de la naturaleza a corto plazo de la detención involuntaria. Dado el tiempo que toma llevar un caso a juicio en este tribunal, es poco probable que una controversia de ese tipo pueda mantenerse para su adjudicación" (párrafo 29).

4. No hubo una intromisión real o percibida en la función legislativa ya que el Fiscal General había solicitado una determinación judicial sobre el punto.

(b) Prematuridad

Un tribunal puede negarse a escuchar un recurso cuando determine que los agravios son prematuros. Esto puede ocurrir porque no se han cumplido las condiciones legales para habilitar la jurisdicción recursiva o porque aún no se ha llegado a una decisión.

La prematuridad constituye un impedimento para interponer un recurso, pero también un mecanismo para promover la economía procesal y garantizar que la práctica de elaborar reglas a través de decisiones se limite a los casos en los que, de hecho, exista una disputa que requiera resolución.

Los casos en los que no ha habido una orden formal para presentar recurso, son un ejemplo de ausencia o falta de cumplimiento de las condiciones legales de la jurisdicción recursiva. De manera similar, un recurso puede ser prematuro cuando el apelante no ha buscado adecuadamente la licencia o perfeccionado su apelación mediante la presentación del registro de recurso necesario. Las apelaciones de esta naturaleza que omitan ello, es probable que sean desestimadas o aplazadas por prematuras¹¹².

En otros casos, una orden o juicio es de naturaleza condicional, y puede ser prematuro que se escuche el recurso antes de que tenga lugar un evento anticipado. Por ejemplo, una orden puede permitir a las partes buscar instrucciones del tribunal con respecto al cumplimiento, pero aún no

¹¹² Véase, por ejemplo, *Regula v. Moose Lake Indian Band*, [1992] M.J. No. 222 (Man. C.A.), en que el recurso fue prorrogado hasta que hubiera una decisión.

se han solicitado dichas instrucciones¹¹³. De manera similar, una orden puede otorgarse sujeta a varianza, pero aún no se ha buscado ninguna variación¹¹⁴.

ESTUDIO DE CASO: LA NECESIDAD DE AGOTAR LOS REMEDIOS ANTES DE UN RECURSO

En *Clarke v. P.F. Collier & Son Ltd.*, un caso en el Tribunal de Demandas de Menores, el demandado no presentó una declaración de defensa dentro del período prescrito por el estatuto y el demandante obtuvo una sentencia en rebeldía¹¹⁵. El acusado había planeado defenderse de la acción y se sorprendió al saber que por parte del Alguacil ya se había emitido sentencia. El acusado, que se representó a sí mismo, apeló la decisión ante la Corte Suprema de la Provincia de Nova Scotia, en lugar de presentar una solicitud ante el Tribunal de Demandas de Menores para anular el fallo por incumplimiento.

El Ministro Haliburton de la Corte Suprema de Nueva Escocia decidió que el recurso era prematuro:

El Tribunal de Demandas de Menores es ahora un tribunal autónomo y legal. La Sección 3 de la Ley del Tribunal de Demandas de Menores lo establece como un "tribunal de justicia y de registro" separado. Como tal, tiene el derecho inherente de controlar sus propios procesos. El tribunal y sus adjudicadores deben cumplir con el espíritu y/o la ley que rige su funcionamiento. Si lo hacen, entonces ningún tribunal superior puede interferir, excepto de conformidad con el proceso de recurso establecido por la Legislatura. El apelante aquí no agotó todos los recursos disponibles en el Tribunal de Demandas de Menores. Por consiguiente, antes de hacerlo, no tiene derecho de recurso.

Más allá de los requisitos legales, existe un principio general de inapelabilidad de las resoluciones que recaigan durante el proceso, las cuales pueden recurrirse una vez que el juicio ha concluido. Puede haber excepciones en circunstancias inusuales, donde los beneficios de un recurso inmediato superan los efectos perjudiciales de interrumpir y retrasar la prueba. Por ejemplo, la

¹¹³ Véase, por ejemplo, *Boe v. U.A., Local 170 Pension Plan (Trustees of)*, [1987] B.C.J. No. 1497 (B.C.C.A.).

¹¹⁴ Véase, por ejemplo, *Calgary North H2S Action Committee v. Alberta (Energy and Utilities Board)*, 1999 ABCA 323 en que se presentó el recurso antes de la emisión de la licencia en cuestión y, antes de la emisión de una licencia, el Energy and Utilities Board podría volver a escuchar y cambiar la decisión en *Clarke v. P.F. Collier & Son Ltd.*, [1993] N.S.J. No. 505 (N.S.S.C.), en que ninguno de los pasos posibles a las partes para tener la decisión de incumplimiento de la corte de reclamos menores en cuestión fue tomado.

¹¹⁵ *Clarke v. P.F. Collier & Son Ltd.*, [1993] N.S.J. No. 505 (N.S.S.C.).

posibilidad de recurrir la admisibilidad de documentos confidenciales en el transcurso de un procedimiento disciplinario¹¹⁶; o, la cuestión de a qué parte corresponde la carga de la prueba¹¹⁷.

(c) Conducta del recurrente

Un tribunal puede negarse a admitir un recurso cuando la conducta del apelante delata el desacato, mala fe o abuso del proceso, por lo que tratar el recurso sería incompatible con el correcto funcionamiento del sistema de justicia. En estos casos, la consideración clave es si escuchar el recurso impediría la actuación o curso de la justicia. Como explicó el juez Goudge del Tribunal de Apelaciones de Ontario:

La doctrina de abuso de proceso compromete el poder inherente de la Corte para evitar el uso indebido de su procedimiento, de una manera que sería manifiestamente injusta para una parte en el litigio ante ella o de alguna otra manera desacreditaría a la administración de justicia. Es una doctrina flexible que no está gravada por los requisitos específicos de conceptos tales como el impedimento de emisión¹¹⁸.

Como señala Donald Lange, el abuso de proceso es una teoría que toma gran parte de su fundamento de la doctrina más estricta de *res judicata* y comparte los mismos argumentos de política que el *estoppel de emisión*:

Los dos motivos de política, a saber, que hay un final para la litigación y que nadie debe ser doblemente molestado por la misma causa, se han citado como directrices en la aplicación del abuso del proceso mediante el (re)enjuiciamiento. También se han esgrimido otros motivos políticos, a saber, preservar los recursos de los tribunales y los litigantes, mantener la integridad del sistema jurídico para evitar resultados inconsistentes y proteger el principio de finalidad tan crucial para la administración adecuada de justicia¹¹⁹.

El desacato puede prohibir un recurso, ya sea que un apelante haya sido o no declarado formalmente en desacato, si el apelante ignora las órdenes o instrucciones de la corte¹²⁰. En tales

¹¹⁶ Véase, por ejemplo, *Dragun v. Law Society of Manitoba*, [1998] M.J. No. 75 (Man. C.A.).

¹¹⁷ Véase, por ejemplo, *Newterm Ltd. v. St. John's (City)*, (1988), 74 Nfld. & P.E.I.R. 328 (Nfld. C.A.), en que el tribunal explicó que el costo considerable de una nueva audiencia sobrepasa cualquier interrupción causada por la disposición inmediata del recurso.

¹¹⁸ *Enterprises Inc. v. Coles* (2000), 51 O.R. (3d) 481 (C.A.), en el párrafo 55, per Goudge J.A., dissenting (dissent aff'd on appeal, 2002 SCC 63).

¹¹⁹ D.J. Lange, *The Doctrine of Res Judicata in Canada* (2000) p. 347-48.

¹²⁰ Véase, por ejemplo, *Jose v. Riz*, 2010 BCCA 385.

casos, los tribunales pueden denegar el recurso¹²¹, suspenderlo hasta que se elimine el desacato¹²² o aplazar formalmente el recurso¹²³.

Actos de mala fe, como mentir sobre hechos materiales, también pueden prohibir un recurso. Por ejemplo, el Tribunal Federal de Apelaciones anuló un recurso en el contexto de la inmigración sobre la base de que la mentira del solicitante de asilo sobre su país de origen era un acto de mala fe y excluía su derecho a un recurso¹²⁴.

Los abusos del proceso del tribunal impedirán una apelación que permita que el proceso recursivo cuestione la integridad de las funciones judiciales de los tribunales¹²⁵. En estos casos, un tribunal de apelación puede negarse a escuchar un recurso¹²⁶, suspender el procedimiento¹²⁷, o incluso atacar las alegaciones de una de las partes¹²⁸. Las apelaciones tácticas destinadas a intentar retrasar o suspender un procedimiento sin la intención de enjuiciar el recurso también pueden constituir un abuso de proceso¹²⁹, al igual que las apelaciones frívolas que obviamente carecen de mérito¹³⁰.

Las renunciaciones y la aquiescencia también pueden impedir un recurso, cuando un apelante abandone intencionalmente su derecho a presentarlo en acuerdo expreso o por una clara

¹²¹ Véase, por ejemplo, *Jose v. Riz*, 2010 BCCA 385, en que el Tribunal de apelación de Columbia Británica anuló un recurso interpuesto por un apelante que había descatado la orden en cuestión que exigía el pago de dineros; *Brophy v. Brophy*, [2004] O.J. No. 17 (Ont. C.A.), en que el Tribunal de Apelaciones de Ontario se negó a escuchar un recurso de una orden que requiere un pago de mantenimiento cuando el apelante se negó intencionalmente a hacer los pagos.

¹²² Véase, por ejemplo, *J.B. v. M.D.R.*, [1995] N.B.J. No. 470 (N.B.C.A.), en que el Tribunal de Apelación de New Brunswick se negó a escuchar un recurso presentado por un apelante que había sido encontrado en desacato hasta que se purgó.

¹²³ Véase, por ejemplo, *Yang v. Ren*, 2012 BCCA 118, en que el Tribunal de Apelación de British Columbia aplazó un recurso por un período de dos semanas para dar al apelante que había sido encontrado en desacato el tiempo para cumplir con una orden de la cual solicitaba un recurso u obtener una suspensión.

¹²⁴ *Abar v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, (1990), 120 N.R. 237 (F.C.A.).

¹²⁵ *Boe v. Boe*, 2014 BCCA 208 paras 33-4; *Skender v. Farley*, 2007 BCCA 629 en el párrafo 29; *W.H. v. H.C.A.* (2006), 272 D.L.R. (4th) 621 (Ont. C.A.) en el párrafo 29.

¹²⁶ Véase, por ejemplo, *Law Society of Manitoba v. Member of Law Society of Manitoba* (1989), 59 Man. R. (2d) 79 (Man. C.A.), en que el Tribunal de Apelación de se negó a escuchar un recurso en el sentido de que el apelante insistió en el anonimato.

¹²⁷ Véase, por ejemplo, *Coote v. Lawyers' Professional Indemnity Co.*, 2013 FCA 143, en que el Tribunal Federal de Apelación quedó consolidado pendiente el resultado de una aplicación de litigante vejatorio.

¹²⁸ Véase, por ejemplo, *National Bank Financial Ltd. v. Potter (appeal by Barthe Estate)*, 2015 NSCA 47 en los párrafos 312-13, en que el Tribunal de Apelación de Nova Scotia Incumplió un alegato de una de las partes sobre la base de que su reiterada y grave conducta indebida, incluidos los esfuerzos por mantener en secreto el contenido de un acuerdo de conciliación, la negociación constituyó un abuso del proceso del Tribunal.

¹²⁹ Véase, por ejemplo, *Frost v. Alberta Assn. of Architects*, [1995] A.J. No. 521 (Alta. C.A.).

¹³⁰ Véase, por ejemplo, *Klymko v. Lem*, [2001] O.J. No. 156 (Ont. Div. Ct.).

demostración de intención¹³¹. La pregunta es si el apelante, mediante palabras o conducta, ha renunciado al derecho al recurso, en cuyo caso, la impugnación será desestimada¹³². Esto puede ocurrir cuando un apelante actúa antes de deducir o completar un recurso interlocutorio¹³³; cuando cumple, acata o procede sobre la decisión que se presenta recurso¹³⁴; o, apelaciones de órdenes de consentimiento¹³⁵.

ESTUDIO DE CASO: RELITIGACIÓN COMO ABUSO DEL PROCESO

En *Toronto (Ciudad) v. C.U.P.E., Local 79*, el apelante había sido condenado penalmente por haber agredido sexualmente a un niño bajo su supervisión mientras era instructor de recreación en la ciudad de Toronto¹³⁶. Lo habían despedido unos días después de su condena. El apelante lamentó su condena y, en ese proceso, el árbitro concluyó que, en las pruebas que tenía ante sí, la agresión sexual no había tenido lugar y que el apelante había sido despedido sin causa justificada.

Al igual que el Tribunal de Apelaciones de Ontario y luego el Tribunal divisional, la Corte Suprema de Canadá concluyó que el árbitro no podía revisar la condena penal y que era un abuso de proceso para el apelante impugnar esta determinación de culpabilidad en un procedimiento relacionado:

[35] Los jueces tienen una discreción inherente y residual para evitar un abuso del proceso del tribunal. Este concepto de abuso de proceso se describió en la ley común como procede: "Injusto hasta el punto de que son contrarios al interés de la justicia" y como "tratamiento opresivo" [se omiten las citas internas]:

. . . el abuso de proceso puede establecerse cuando: (1) los procedimientos son opresivos o vejatorios; y, (2) violar los principios fundamentales de

¹³¹ Véase, por ejemplo, *Canadian Radio-Television & Telecommunications Commission, Re*, [1977] 2 S.C.R. 740, en que una autorización para recurso fue negada o *British Columbia (Public Trustee) v. Brown* (1993), 91 B.C.L.R. (2d) 340 (B.C.C.A.), razones adicionales en (1994), 94 B.C.L.R. (2d) 395 (B.C.C.A.), en que el recurso fue negado.

¹³² Véase, por ejemplo, *Norsask Forest Products Inc. v. Iron*, [1993] S.J. No. 163 (Sask. C.A.), en que el Tribunal de Apelación de Saskatchewan llegó a la conclusión de que el apelante había renunciado a un recurso por derecho solicitando autorización para apelar.

¹³³ Véase, por ejemplo, *Courtney v. Schneider* (1982), 139 D.L.R. (3d) 537 (Ont. H.C.J.), en que la Suprema Corte de Ontario (como lo era entonces) se negó a escuchar un recurso de una orden interlocutoria que obligó al pago de dinero al tribunal sobre la base de que el juicio ya había comenzado en la materia.

¹³⁴ Véase, por ejemplo, *Minielly v. Kristjanson* (1990), 82 Sask. R. 298 (Sask. Q.B.), en que la Corte de la Corona de Saskatchewan se negó a escuchar un recurso sobre la base de que la aceptación incondicional del apelante del pago de la sentencia hizo que el recurso sea irrelevante.

¹³⁵ Véase, por ejemplo, *Sturhahn v. Gatensbury Estates Ltd.*, [1995] B.C.J. No. 2092 (BCCA), en que el Tribunal de Apelaciones de British Columbia presentó un recurso para el fin consentido del recurso, en el que hubo confirmación escrita y oral a la existencia de un acuerdo entre las partes.

¹³⁶ *Toronto (City) v. C.U.P.E., Local 79*, 2003 SCC 63.

justicia que subyacen en el sentido de juego limpio y decencia de la comunidad. Los conceptos de opresión y vejación subrayan el interés del acusado en un juicio justo. Pero la doctrina también evoca el interés público en un proceso de juicio justo y equitativo y la adecuada administración de justicia (...).

[42] La atracción de la doctrina de abuso de proceso es que no está gravada por los requisitos específicos de la *res judicata*, mientras que ofrece la discreción para evitar la (re)litigación, esencialmente con el propósito de preservar la integridad del proceso de la Corte (...)

[44] Doherty J.A. describió bien el proceso adjudicativo y la importancia de preservar su integridad. Él declaró en el párrafo 74:

El proceso adjudicativo en sus diversas manifestaciones se esfuerza por hacer justicia. Por proceso adjudicativo, me refiero a los diversos tribunales y Cortes a los que las personas deben recurrir para resolver disputas legales. Cuando surgen los mismos problemas en varios foros, la calidad de la justicia emitida por el proceso adjudicativo no se mide por el resultado aislado en cada foro, sino por el resultado final producido por los diversos procesos que abordan el problema. Con justicia, me refiero a la equidad procesal, la consecución del resultado correcto en casos individuales y la percepción más amplia de que el proceso en su conjunto logra resultados consistentes, justos y precisos¹³⁷.

¹³⁷ *Toronto (City) v. C.U.P.E., Local 79m* 2003 SCC 63, en los párrafos 35, 42, 44.

CAPÍTULO 2: PROCEDIMIENTO

6. Reglas

Un recurso comienza cuando un litigante no está de acuerdo con el resultado obtenido en primera instancia. Este capítulo describe el procedimiento mediante el cual la parte descontenta inicia y procesa su recurso, así como los posibles resultados.

(a) Un recurso adviene del fallo, pero está formado de las razones del Tribunal

Generalmente, se les exige a los tribunales canadienses que emitan razones para sus decisiones, a menos que el que valore y verifique los hechos sea un jurado popular. Estas razones sirven para explicar a las partes y al público por qué la corte llegó a su decisión y para proporcionar al tribunal de apelación una base sobre la que revisar la decisión¹³⁸. Como ha explicado la Corte Suprema de Canadá, las razones sirven a tres funciones en casos penales -las que también son ampliamente aplicables a otros tipos de casos-:

1. Las razones informan a las partes afectadas acerca de por qué se tomó la decisión. Como observó Lord Denning, acerca de la necesidad de dar razones, “al hacerlo, [el juez] da prueba de que ha oído y considerado las pruebas y argumentos que le han sido presentados de cada lado: y también que no ha tomado en cuenta consideraciones ajenas” (...). No menos importante es la función de explicar al Estado (la Corona) y a las víctimas del delito por qué hubo o no una condena.
2. Las razones proporcionan rendición de cuentas de la decisión judicial; justicia no sólo se hace, sino que se ve que se hace. Así, se ha dicho que el objeto principal de un juicio “no es sólo hacer sino parecer hacer justicia” (...).
3. Las razones permiten una revisión efectiva en grado de recurso. Una articulación clara de los hechos facilita la corrección de errores y les posibilita a los tribunales de apelación discernir entre las inferencias expuestas, mientras impide los tribunales de apelación hacer determinaciones factuales “de la transcripción sin vida de las pruebas, con mayor riesgo de error acerca de los hechos” (...). Asimismo, la revisión recursiva por un error de derecho es más sencilla cuando el juez de primera instancia ha articulado su comprensión de los principios legales que rigen la decisión del caso. Además de esto, partes y abogados

¹³⁸ *R. v. R.E.M.*, 2008 SCC 51; *R. v. Sheppard*, 2002 SCC 26.; *R. v. Vuradin*, 2013 SCC 38.

dependen de las razones para decidir si un recurso es aceptable y, en caso afirmativo, por cuales motivos¹³⁹.

Las razones de y para la decisión del tribunal son, por lo tanto, cruciales para un recurso. Sin embargo, a pesar de su importancia, las razones no sustentan la jurisdicción del tribunal de apelación. Por el contrario, el recurso se toma de la orden formal o sentencia dictada por la corte inferior y no de las razones¹⁴⁰. Así, una parte puede no está de acuerdo con el *razonamiento* aplicado por la corte, pero una apelación existe solamente cuando una parte desea alterar el *resultado*. Las apelaciones cuestionan órdenes.

ESTUDIO DE CASO: EL RESULTADO CORRECTO POR LA RAZÓN EQUIVOCADA

En *R. v. Tse*, los imputados fueron acusados de haber perpetrado un secuestro. Preliminarmente, los imputados impugnaron la constitucionalidad de la regla del *Código Penal* que permitió que la policía llevara a cabo escuchas telefónicas de emergencia sin autorización judicial previa. El juez de primera instancia coincidió con que esta disposición era inconstitucional¹⁴¹. Sin embargo, los imputados finalmente fueron condenados en el juicio¹⁴².

¿Qué podría hacer el Estado? Por un lado, obtuvo una condena, y no puede apelar contra el resultado. Por otro lado, una disposición del *Código Penal* había sido declarada inconstitucional. La respuesta fue una apelación de la orden inicial declarando la disposición impugnada del *Código Penal* como inconstitucional. Esta apelación fue presentada después de la condena de los imputados, y resultó en un recurso directamente a la Corte Suprema de Canadá. La Corte Suprema de Canadá confirmó la inconstitucionalidad, pero restringió la base para su aplicación¹⁴³.

(b) El derecho al recurso

¹³⁹ *R. v. R.E.M.*, 2008 SCC 51 en el para. 11 [citaciones retiradas].

¹⁴⁰ *Canadian Express Ltd. v. Blair*, [1991] O.J. No. 2176 (Gen. Div.); *Denison Mines Ltd. v. Ontario Hydro*, [2001] O.J. No. 3870 (C.A.); *Grand River Enterprises v. Burnham* (2005), 197 O.A.C. 168 (C.A.); *Ashak v. Ontario (Family Responsibility Office)*, 2013 ONCA 375; *Lake v. Lake*, [1955] 2 All E.R. 538 (C.A.); *Canada (Attorney General) v. Clorey*, [1997] 1 P.E.I.R. 81 (P.E.I. S.C. –A.D.); *Huartt v. Specialized Property Evaluation Control Services Ltd.*, 2016 ABCA 142; *Boardwalk General Partnership v. Olson*, 2016 SKCA 135; *D. (B.) v. British Columbia*, [1997] B.C.J. No. 674 (C.A.); *Fountain v. Parsons*, [1994] B.C.J. No. 1338 (C.A.); *Veno v. United General Insurance Corporation*, 2008 NBCA 39; *GKO Engineering v. The Queen*, 2001 FCA 73 (aplicando el mismo principio a pedidos de control de constitucionalidad).

¹⁴¹ *R. v. Tse*, 2008 BCSC 211.

¹⁴² *R. v. Tse*, 2010 BCSC 474.

¹⁴³ *R. v. Tse*, 2012 SCC 16.

El recurso es un derecho positivizado en Canadá. No existe un derecho inherente o de *common law* a un recurso, ya sea en litigios penales o no penales¹⁴⁴. Por consiguiente, para poder apelar una decisión, un litigante debe encontrar una regla positiva para fundamentar su apelación. Este principio se aplica tanto a recursos contra decisiones de los tribunales judiciales como administrativos¹⁴⁵. Esto conduce a un principio básico: la disponibilidad de un recurso es limitada.

En Canadá, la disponibilidad de derechos positivizados al recurso está determinada por la estructura constitucional del país. En función de su Constitución [Constitution Act], el Gobierno Federal tiene autoridad sobre el derecho penal¹⁴⁶. Como consecuencia, los recursos en los procesos penales se rigen por el *Código Penal Federal*¹⁴⁷. Por el contrario, los gobiernos provinciales tienen autoridad sobre “propiedad y derechos civiles” y “la administración de la justicia en la provincia”, incluyendo, entre otras cosas, la organización de los tribunales y el procedimiento civil¹⁴⁸. Por consiguiente, los derechos al recurso en procedimientos civiles se encuentran generalmente en las legislaciones o normas provinciales¹⁴⁹.

La legislación también determina el tribunal al que se deben enviar ciertos tipos de apelación y las restricciones en los recursos que pueden ser interpuestos. Estas restricciones pueden tomar varias formas, pero son comúnmente límites sobre los tipos de decisiones que pueden ser recurridas y los motivos del recurso. Con respecto a estos últimos, por ejemplo, en casos criminales, la Corona puede apelar *solamente* una sentencia absolutoria sobre cuestiones estrictamente de derecho¹⁵⁰, mientras que una persona condenada por un delito punible tiene derecho al recurso sobre cuestiones de ley y, con autorización del tribunal, también puede apelar sobre cuestiones de derecho y hecho o estrictamente de hecho¹⁵¹.

Restringir los derechos de apelación representa una decisión de política pública de preferir la conclusión o fin del litigio a la corrección de errores o, al menos, reducir su posibilidad. Este objetivo de política pública va más allá al limitar el estándar de revisión. Como se explica

¹⁴⁴ *R. v. Meltzer*, [1989] 1 S.C.R. 1764; *H.L. v. Canada (Attorney General)*, 2005 SCC 25. La *Carta Canadiense de Derechos y Libertades* [Canadian Charter of Rights and Freedoms] protege el derecho a “una audiencia pública y justa por un tribunal independiente e imparcial” (s. 11 (d)), pero no incluye un derecho a un recurso aún en las más serias condenas criminales.

¹⁴⁵ Véase, por ejemplo, el *Acto de Consentimiento a la Atención Médica* [Health Care Consent Act], 1996, S.O. 1996, c. 2, Sch. A;

¹⁴⁶ *Acto de Constitución* [Constitution Act], s. 91(27).

¹⁴⁷ Parte XXI del *Código Penal* regula los recursos.

¹⁴⁸ *Acto de Constitución* [Constitution Act], ss. 92(13) y (14). A pesar de esta autoridad, el Gobierno Federal designa y remunera a todos los jueces de los tribunales superiores provinciales: *Acto de Constitución* [Constitution Act], s. 96.

¹⁴⁹ Véase, por ejemplo, el *Acto de Tribunales de Justicia* de Ontario [Ontario’s Courts of Justice Act], R.S.O. 1990, c. C.43; *Acto de la Corte Suprema* de British Columbia [British Columbia’s Supreme Court Act], R.S.B.C. 1985, c. S-26.

¹⁵⁰ *Código Penal*, s. 676(1)(a).

¹⁵¹ *Código Penal*, s. 675.

seguidamente, ello procura garantizar que los tribunales de apelación muestren deferencia, reconociendo que el juez de primera instancia realmente escucha la evidencia y, por lo tanto, que tiene una posición privilegiada. Si los tribunales de apelación tuviesen que volver a procesar cada caso nuevamente, ello daría lugar a una indeseable duplicación de funciones jurisdiccionales. La víctima inmediata sería la previsibilidad, pero una víctima subsidiaria podría ser el acceso a la justicia, en la medida en que el costo del litigio se multiplicaría si las partes fuesen obligadas a volver a procesar el caso en apelación.

(c) **Autorización para recurso**

En algunos casos, no existe un derecho automático a la apelación y puede ser necesario obtener previamente una autorización del tribunal que entenderá en el recurso¹⁵². La autorización puede ser exigida para determinados tipos de recursos, como los adoptados en el *Acta de Bancarrota e Insolvencia* [Bankruptcy and Insolvency Act], R.S.C. 1985, c. B-3. Similarmente, en la provincia de Ontario, hay diferentes vías de apelación dependiendo del tipo de decisión impugnada (final o interlocutoria), exigiéndose autorización para recurrir una resolución interlocutoria¹⁵³.

El uso de diferentes vías recursivas para decisiones finales e interlocutorias en derecho procesal civil, es un ejemplo de cómo establecer un equilibrio entre certeza o conclusión y corrección de errores. En la provincia de Ontario, decisiones finales pueden ser apeladas ante la Corte de Apelación, que es el más alto tribunal de la jurisdicción. Por el contrario, para recurrir una decisión interlocutoria primero es necesario obtener autorización y la apelación se presenta ante la Corte Divisional, una corte inferior de apelaciones¹⁵⁴. Recientemente, la Corte de Apelación de Ontario explicó esta distinción:

Como medida de justicia a las partes, las decisiones de este tribunal sobre la distinción entre final/interlocutoria no han sido ejemplos de claridad. Mucho ya se escribió, y tiempo de la corte y de los abogados se desperdició en la exploración de los matices. Pero el principio basal que todos podemos y aceptamos fue expresado por Middleton J.A en *Hendrickson v. Kallio*, [1932] O.R. 675:

La decisión interlocutoria que no permite recurso es una decisión que no decide la real materia en disputa entre las partes -el tema mismo del litigio-, pero sólo

¹⁵² Por ejemplo, una autorización es exigida para interponer recurso de una decisión en un proceso bajo el *Acto de Bancarrota e Insolvencia* [Bankruptcy and Insolvency Act], R.S.C. 1985, c. B-3.

¹⁵³ *Acto de Tribunales de Justicia* [Courts of Justice Act], R.S.O. 1990, c. C.43, ss. 6 y 18. La ley que define si una decisión es “final” o “interlocutoria” es compleja y, a veces, inconsistente: véase, como ejemplos recientes, *Salewski v. Lalonde*, 2017 ONCA 515; *2441472 Ontario Inc. v. Collicutt Energy Services*, 2017 ONCA 452; *J.K. v. Ontario*, 2017 ONCA 332.

¹⁵⁴ Si la decisión tiene componentes de sentencia final y de decisión interlocutoria, el recurso puede seguir dos caminos a la vez: *Azzeh v. Legendre*, 2017 ONCA 385.

algunos temas colaterales. Puede ser final en el sentido que decide la cuestión planteada por las partes, pero es interlocutoria si el mérito del caso queda por decidirse¹⁵⁵.

Como cuestión de política pública, la corrección de errores está disponible si la decisión acabó por eliminar la materia del litigio. Sin embargo, como una cuestión práctica, sería difícil avanzar en un procedimiento si se admitiese apelar toda decisión interlocutoria. La autorización para cuestionar decisiones de esta naturaleza sólo se concede en pocas circunstancias, donde haya decisiones jurisprudenciales contradictorias o aún buenas razones para dudar de la precisión de la decisión -al menos un “debate muy serio”- y la materia es suficientemente importante que “justifica resolución por un nivel mayor de autoridad judicial”¹⁵⁶. La autorización para apelar “no es concedida fácilmente”, lo que muestra deferencia al juez que decide el conflicto en primera instancia¹⁵⁷.

Este enfoque deja en evidencia una característica fundamental del derecho al recurso y sus limitantes: algunos errores siguen sin correcciones, al menos temporalmente. Por ejemplo, una parte puede divergir con la determinación del juez acerca de una cuestión preliminar -quizás una decisión para que un litigante produzca ciertos documentos para el otro- pero no habrá ningún recurso a menos que se cumplan los criterios para admitir el recurso. Sin embargo, después de la determinación final acerca del mérito del proceso, la precisión de aquella decisión interlocutoria puede ser un fundamento para la apelación. La corrección de errores, por lo tanto, puede existir, pero se difiere para promover la eficiencia.

(d) Plazo para recurso

El plazo y lugar para la interposición de un recurso es determinado por ley. Cada uno de los mecanismos recursivos establecidos por ley en Canadá ofrece plazos para el comienzo del recurso y, una vez comenzado, el término en que deben estar listos para audiencia, incluyendo la presentación de material del tribunal inferior y los argumentos de las partes en el recurso. Normalmente, se exige de la parte que deduzca el recurso dentro de los treinta días a partir de la fecha de la decisión impugnada¹⁵⁸.

¹⁵⁵ *The Catalyst Capital Group Inc. v. Moyse*, 2015 ONCA 784.

¹⁵⁶ *Reglas de Proceso Civil* de Ontario [Ontario Rules of Civil Procedure], Regla 62.02(4); *Brownhall v. Canada*, 2006 CanLII 7505 (ON SC Div. Ct.).

¹⁵⁷ *1554366 Ontario Inc. v. Fryett*, 2015 ONSC 5089 (Div. Ct.).

¹⁵⁸ *Reglas de Proceso Civil* [Rules of Civil Procedure], R.R.O. 1990, Reg. 194.

Sin embargo, la corte de apelaciones podrá ser más flexible con el estricto funcionamiento de un plazo para la interposición de un recurso. Como cuestión de *common law*, está establecido que se ampliará el tiempo para interponer un recurso si se cumplen los siguientes criterios:

- (1) Había una intención de buena fe de apelar antes del plazo para el recurso;
- (2) El demandado fue informado de esta intención de interponer un recurso;
- (3) El demandado no sería indebidamente perjudicado por una extensión del plazo;
- (4) Existe una razón razonablemente discutible para el recurso; y
- (5) Es también interés de la justicia permitir la extensión¹⁵⁹.

Otros tribunales han considerado diversos factores al decidir extender el tiempo de presentación de un aviso de recurso, como el hecho de que el retraso no es excesivo y “circunstancias especiales justifican la demora en presentar el aviso de recurso”, aún si el imputado no fue informado de la intención de apelar¹⁶⁰. En definitiva, al considerar un recurso intempestivo, el tribunal debe ponderar el valor de certeza o seguridad (fin) contra la necesidad de evitar un resultado injusto.

(e) Pedidos presentados antes del recurso

Después de que se inicia un recurso, pero antes de la audiencia, pueden surgir pedidos de decisión de ciertos temas. Por ejemplo, la corte de segunda instancia puede recibir pedidos para admitir pruebas nuevas; prolongar el tiempo para la interposición de un recurso; o, de garantía de los costos del recurso. En el contexto criminal, por ejemplo, una persona condenada puede solicitar libertad bajo fianza antes de la decisión del recurso o la suspensión de la ejecución de una sentencia¹⁶¹. Otros pedidos comunes en los procesos penales incluyen fondos para defensa técnica en el recurso¹⁶², o varias direcciones, incluyendo financiamiento para los costos de las transcripciones del proceso¹⁶³. En los procesos civiles, puede haber pedidos de garantía de los costos del recurso.

En general, los pedidos anteriores a la decisión del recurso son presentados a la corte de apelación, la cual controla su procesamiento. Dependiendo de la naturaleza del pedido, puede haber una audiencia en fecha anterior a la audiencia del recurso o ser discutido en esta última.

¹⁵⁹ *Norton v. Taylor*, 2004 ABCA 274.

¹⁶⁰ *X (Re)*, 2014 FCA 249.

¹⁶¹ *R. v. Oland*, 2017 SCC 17.

¹⁶² *Código Penal*, s. 684; *R. v. Bernardo* (1997), 121 C.C.C. (3d) 123 (Ont. C.A.).

¹⁶³ *R. v. Papadopoulos* (2004), 73 O.R. (3d) 258 (C.A.).

ESTUDIO DE CASO: SUSPENSIÓN ANTES DE LA DECISIÓN DEL RECURSO

Un pedido que a menudo se presenta antes de la audiencia de un recurso, es la solicitud de suspensión de la decisión de primera instancia antes de la resolución de grado por parte del recurrente. En Ontario, condenas de pago de dinero se suspenden automáticamente antes de la resolución del recurso¹⁶⁴. Sin embargo, algunas formas de recursos no generan suspensión automática y la parte recurrente puede solicitar una suspensión de la ejecución a la corte de apelaciones o la corte inferior¹⁶⁵.

Un ejemplo de ese tipo de petición está en *Ontario v. Shehrazad Non Profit Housing Inc.*¹⁶⁶. En este caso, una agencia del gobierno provincial fue exitosa en su pedido para que se nombrara un fiador y un gestor para un proveedor de vivienda social porque el proveedor era insolvente y no podía continuar a administrar sus viviendas en nombre de la provincia. El proveedor de vivienda social interpuso recurso contra el nombramiento del fiador, y solicitó la suspensión de los efectos de la decisión hasta que su recurso fuera juzgado.

La Corte de Apelación de Ontario concedió la suspensión de los efectos de la decisión que nombraba el fiador y el gestor porque el proveedor había establecido que (1) su recurso traía argumentos importantes; (2) sufriría daños irreparables si la suspensión no fuese concedida porque perdería todos sus activos y su razón de ser -efectivamente, el recurso sería inocuo-; y, (3) el juicio de conveniencia favorecía la concesión de la suspensión, porque las pérdidas al proveedor compensaban el daño a la provincia.

También son frecuentes peticiones de autorización para intervenir en el caso. Mientras todo recurso es importante para las partes, algunos casos tratan de temas más amplios que afectan la administración de la justicia o el público en general. Alternativamente, algunos recursos lidian con temas que pueden ser críticos para la resolución de otros casos. Terceros interesados pueden, por lo tanto, tener interés de participar en el recurso con el objetivo de influenciar la decisión de la corte.

Terceros interesados pueden hacer pedidos para intervenir en el recurso. No se les permite a los interesados plantear nuevas cuestiones, pero tampoco pueden duplicar el argumento aducido por cualquiera de las partes, para no resultar redundante su participación. Las cortes de

¹⁶⁴ *Reglas de Proceso Civil* [Rules of Civil Procedure], R.R.O. 1990, Reg. 194, rule 63.

¹⁶⁵ *Ibid* r. 63.02.

¹⁶⁶ 2007 ONCA 267.

apelación generalmente permiten la intervención cuando el tercero establece que tiene un interés en el recurso y, además, que aportará una perspectiva útil distinta de las de las partes¹⁶⁷.

Terceros interesados son frecuentes en los casos que llegan a la Corte Suprema de Canadá porque la disponibilidad de la autorización para recurso se limita generalmente a asuntos de importancia nacional¹⁶⁸. Invariablemente suministran comunicaciones escritas y, en algunos casos, se les permiten 5 minutos para hacer sustentaciones orales ante la corte. Por ejemplo, grupos de defensa de la sociedad civil y las organizaciones religiosas a menudo intervienen en los recursos pertinentes a sus intereses. De esta manera, las intervenciones proporcionan una importante oportunidad para la corte de escuchar grupos que tienen particular conocimiento y pueden aconsejar sobre las consecuencias de una resolución propuesta por una de las partes. Los gobiernos provinciales también son interesados frecuentes y tienen derecho de intervenir en materia constitucional.

ESTUDIO DE CASO: EL PAPEL DE LOS TERCEROS INTERESADOS

La decisión de la Corte Suprema de Canadá en un pedido de revisión constitucional acerca de la validez de la prohibición penal en Canadá de la prostitución muestra el papel de los terceros interesados¹⁶⁹. Además de las partes -una prostituta, el Gobierno de Canadá y el Gobierno de la provincia de Ontario-, los siguientes grupos intervinieron en el recurso:

- Un gobierno provincial de Canadá (Quebec);
- 16 grupos de la sociedad civil con interés en la cuestión, incluyendo la Asociación de Libertades Civiles de British Columbia [*British Columbia Civil Liberties Association*], la Sociedad de Trabajadores del Sexo de Downtown Eastside Unidos contra la Violencia [*Downtown Eastside Sex Workers United Against Violence Society*], la Red Legal de VIH/SIDA Canadiense [*Canadian HIV/AIDS Legal Network*], la Asociación Canadiense de Centros de Agresión Sexual [*Canadian Association of Sexual Assault Centres*], la Asociación de Mujeres Indígenas de Canadá [*Native Women's Association of Canada*] y la Sociedad de Ayuda a Víctimas de Violación de Vancouver [*Vancouver Rape Relief Society*];

¹⁶⁷ Referencia acerca del Acto de Compensación a Trabajadores [Reference re Workers' Compensation Act], 1983, [1989] 2 S.C.R. 335; *Lukas v. Canada (Transportation Agency)*, 2014 FCA 292; *Bedford v. Canada (Attorney General)*, 2009 ONCA 669; *Edmonton (City) v. Edmonton (Subdivision and Development Appeal Board)*, 2014 ABCA 340.

¹⁶⁸ Acto de la Corte Suprema [Supreme Court Act], R.S.C. 1985, c. S-26, s. 40(1); *R. v. Shea*, 2010 SCC 26, [2010] 2 S.C.R. 17.

¹⁶⁹ *Canada (Attorney General) v. Bedford*, 2013 SCC 72.

- Clínicas jurídicas, incluyendo la Clínica Jurídica de HIV y SIDA de Ontario [*HIV & AIDS Legal Clinic Ontario*] y la compañía Servicios Legales Aborígenes de Toronto [*Aboriginal Legal Services of Toronto Inc.*];
- La Secretaría del Programa Conjunto de las Naciones Unidas para el HIV/SIDA; y
- Grupos religiosos, incluyendo la Alianza Evangélica de Canadá [*Evangelical Fellowship of Canada*] y la Alianza Cristiana Legal [*Christian Legal Fellowship*].

Todos estos grupos suministraron comunicaciones escritas y algunas presentaciones orales. La participación de múltiples y diversos interesados aseguró que las deliberaciones de la corte fueran basadas en las realidades de los más amplios problemas sociales que se trajeron mediante el recurso. La Corte examinó las perspectivas de estos grupos, además de los argumentos aducidos por el recurrente y los recurridos, y finalmente decidió que la criminalización de la prostitución era inconstitucional.

(f) [Cómo interponer un recurso](#)

Para ser aceptado en un tribunal de apelación de Canadá, el recurso debe primero ser “perfeccionado”. Ese proceso consiste en presentar todo el material relevante para el recurso. Hay cuatro conjuntos de documentos que se deben presentar para un recurso:

- (1) El Aviso de Recurso o Aviso de Solicitud de Autorización para Recurso;
- (2) Las pruebas que se presentaran en primera instancia;
- (3) Cualquier prueba “nueva” que el recurrente pretenda aportar; y
- (4) El argumento legal escrito -un sumario de las razones de la parte que direcciona y esclarece a la corte de apelaciones sobre las pruebas relevantes y los argumentos jurídicos-.

(i) [Aviso de Recurso](#)

Un “aviso de recurso” se presenta cuando el recurso es posible y una “solicitud de autorización para recurso” cuando el recurso requiere autorización de la corte de apelación. Este documento establece los motivos del recurso que la parte recurrente propone argumentar ante la corte de apelación y desencadena el plazo para el recurso. Al mismo tiempo, establece los parámetros para el recurso de la misma manera que los escritos postulatorios establecen los parámetros de un caso en primera instancia.

El aviso de recurso define el ámbito del recurso¹⁷⁰. Si la parte no presenta aviso de uno de los argumentos del recurso, no será posible utilizar este argumento a menos que obtenga autorización de la Corte. En general, se concede la autorización, a menos que la otra parte pueda demostrar un perjuicio irremediable. En la práctica, el enfoque de un recurso se puede desarrollar conforme los abogados preparan sus argumentos. Por lo tanto, es común presentar un aviso de recurso modificado o complementario, a fin de garantizar que la base o plataforma final del recurso se presente ante la Corte.

Además, la Corte puede suscitar cuestiones de su propia iniciativa, cuando lo requieran los intereses de la justicia. Cuando el tribunal suscita cuestiones, generalmente concederá a todas las partes una oportunidad para examinarlas y contestar. En circunstancias apropiadas, el tribunal postergará la audiencia del recurso para otorgar a las partes una oportunidad de considerar la nueva cuestión, ordenando la presentación de comunicaciones escritas.

(ii) Expediente de pruebas

El recurrente debe exhibir copias de las pruebas presentadas ante el juzgado de primera instancia. El expediente de pruebas proporciona la base factual para el análisis legal de la Corte de apelación. Sin acceso a las pruebas, no sería capaz de determinar si la decisión de primera instancia fue apropiada.

En la práctica, la prueba documental se presenta en la forma en la que apareció o consta en el tribunal inferior, normalmente organizada en un volumen o varios encuadernados, con pestañas. Los testimonios prestados normalmente no se almacenan en forma de audio o video, pero se guarda como transcripción escrita para la revisión por el tribunal de apelación. El contenido del expediente del recurso se determina en las leyes y por las reglas de la Corte. En algunos casos, es necesaria una transcripción de las presentaciones de los abogados en la corte inferior, mientras que en otros bastará con la adjunción de las pruebas existentes.

Como se señala con posterioridad, las cortes de apelación revisan el expediente en desventaja porque no reciben la prueba en vivo como un juez de primero grado o un jurado popular. La corte de apelación no puede hacer sus propias preguntas a los testigos para aclarar cuestiones. Además, las pruebas físicas generalmente se presentarán a la corte de apelación en forma fotográfica, aunque los elementos en cuestión estarán disponibles para la inspección por el propio tribunal de alzada si es necesario¹⁷¹.

¹⁷⁰ *Ezurike v. Ezurike*, 2008 NSCA 31.

¹⁷¹ Véase, por ejemplo, *R. v. Wills*, 2014 ONCA 178, *aff'd* [2014] 3 S.C.R. 612 (la corte de apelación examinó un bastón en que la descripción del arma utilizada en un crimen por varios testigos difería en algunos aspectos del artículo recogido del acusado).

(iii) Prueba nueva

La parte recurrente puede buscar presentar pruebas nuevas en el recurso. En Canadá, hay un estándar claro para las circunstancias excepcionales en las cuales una corte de apelación considerará pruebas nuevas:

- (1) Como regla general, no se admitirá la prueba si, tras debida diligencia, podría haber sido presentada en primera instancia, considerando que este principio general no se aplicará tan estrictamente en una causa penal como en casos civiles (...);
- (2) La prueba debe ser relevante, en el sentido que aporta claridad en un tema decisivo o potencialmente decisivo en el juicio;
- (3) La prueba debe ser verosímil. Es decir, que es cierta, creíble o razonablemente capaz de generar credibilidad; y
- (4) Debe ser tal que, si se la admite, podría razonablemente creerse -considerando las otras pruebas presentadas en el juicio- que influya en el resultado¹⁷².

Normalmente se aborda la posibilidad de recibir y considerar pruebas nuevas en la audiencia de mérito del recurso y no como un pedido preliminar. Como se indica a continuación, el recurrido también puede tratar de aportar pruebas nuevas. Normalmente se presentará ante la corte de apelación en un sobre sellado. El juez o los jueces del recurso considerarán si desean revisar las pruebas nuevas. Para facilitar el trabajo del tribunal de apelación, el pedido para admitir pruebas nuevas generalmente contiene una descripción de las pruebas. El argumento escrito, discutido más adelante, también tratará sobre las pruebas nuevas.

Hay dos áreas del derecho penal en que las pruebas nuevas se convierten con frecuencia en un problema. La primera es al momento de condenar. Se les exige a los jueces de primera instancia que impongan sentencias a los condenados por crímenes, sea el juicio procesado ante un jurado o un único juez. Al condenar a un delincuente, los jueces hacen una evaluación individualizada y discrecional de la naturaleza del delito, de las características personales del infractor y de los principios de condenación establecidos en el Código Penal (denuncia, disuasión, separación del delincuente de la sociedad, rehabilitación y retribución)¹⁷³.

En una audiencia de sentencia, por lo tanto, las circunstancias personales del infractor y los esfuerzos de rehabilitación desde el momento de la infracción serán relevantes. En un recurso

¹⁷² Véase *R. v. Palmer*, [1980] 1 S.C.R. 759. *R. v. Lacasse*, [2015] 3 S.C.R. 1089. Véase también *Re Truscott*, 2007 ONCA 575.

¹⁷³ *R. v. L.M.*, 2008 SCC 31; *Código Penal*, Parte XXIII.

de condena, los infractores ocasionalmente buscan introducir pruebas nuevas para demostrar mayores esfuerzos de rehabilitación. Por ejemplo, la participación en programas o empleos en la prisión si han cumplido sus condenas. Los infractores también pueden intentar confiar en factores pertinentes al delito o al infractor que estaban disponibles al momento de la audiencia pero no se introdujeron, como pruebas de consecuencias inmigratorias asociadas a una determinada sentencia¹⁷⁴. Las cortes canadienses son muy cautelosas al considerar las pruebas de esta naturaleza¹⁷⁵. Reconocen que decisiones estratégicas pueden haber sido tomadas en la elaboración del caso y proceso en la instancia inferior. Además, las pruebas nuevas pueden no haber sido examinadas mediante contrainterrogatorio.

Una segunda área en que las pruebas nuevas se presentan, es cuando una persona condenada por un delito alega en el recurso que su abogado en el juicio de primera instancia no ha podido proteger adecuadamente sus intereses -esto se conoce como una alegación de "asistencia ineficaz del abogado"- . En el contexto de tales alegaciones, los tribunales de apelación generalmente admiten la evidencia "nueva" relativa a las interacciones de la parte recurrente con el abogado, a menudo pruebas de declaración jurada y transcripciones de contrainterrogatorios del abogado en primera instancia y el recurrente. Normalmente se admiten aquellas pruebas para que la corte de apelación pueda valorar la validez de los argumentos de la parte recurrente sobre el juicio en primera instancia¹⁷⁶.

(iv) Argumento escrito

Las partes del recurso envían sus argumentos escritos (*facta*) para la corte de apelación. Los argumentos escritos permiten que los jueces del recurso entiendan el caso antes que las partes se presenten para la discusión oral (si hay tal discusión) para preparar, entender y enfocar la audiencia oral. Después de leer los argumentos escritos, los jueces pueden realizar investigaciones adicionales para prepararse para la audiencia oral y considerar las posibles consecuencias de una decisión.

Los argumentos escritos siguen un formato establecido, que a menudo es determinado por las reglas de la corte. Comienzan declarando los hechos, según lo establecido por las pruebas. La declaración de los hechos debe ser neutral y debe presentar el caso de manera imparcial, haciendo referencia a las pruebas que apoyan cada punto. A continuación, los argumentos escritos enumeran los puntos acerca de los cuales la corte de apelación debe decidir. Estos puntos son propuestos como preguntas, por ejemplo: "El Juez de Primera Instancia se equivocó

¹⁷⁴ *R. v. Edwards*, 2015 ONCA 537.

¹⁷⁵ *R. v. Sipos*, 2014 SCC 47.

¹⁷⁶ *R. v. Joanisse* (1995), 102 C.C.C. (3d) 35 (Ont. C.A.), autorización para recurso, [1996] S.C.C.A. No. 347; *R. v. Archer* (2005), 202 C.C.C. (3d) 60 (Ont. C.A.).

al hacer una inferencia adversa porque no testificó el demandante?” Los argumentos escritos propondrán que los puntos sean decididos de manera afirmativa o negativa. A continuación, presentarán la ley y los argumentos, estableciendo los principios legales aplicables con respecto a los precedentes y luego explicando cómo estas razones condicionan o determinan el resultado en el caso bajo discusión. Por último, se concluye exhortando la decisión que se solicita de la corte de apelación.

La presentación del argumento de recurso es altamente técnica y las cortes canadienses tienden a favorecer la narrativa o prosa fácilmente comprensible. El Dr. John I. Laskin, juez de la Corte de Apelación de Ontario, escribió un influyente artículo intitulado “Forget the Wind-Up and Make the Pitch”, en la que explicó la importancia del argumento escrito:

En nuestra corte los argumentos escritos son a menudo mucho más importante que el argumento oral. Las razones no son difíciles de discernir:

- Nuestra carga de trabajo es pesada; para reducir nuestro inventario, estamos teniendo más casos civiles y penales que una agenda normal permitiría y tenemos rutinariamente 3 o 4 audiencias de recurso por día;
- Tenemos tiempo limitado a los abogados para sustentaciones orales;
- Solo algunos miembros de la corte reciben memorándum antes de la audiencia, así que los argumentos escritos son la única ruta segura al corazón y a la mente del juez antes de la audiencia;
- Decidimos entre 85-90% de nuestros casos justo después de la discusión, por endoso o por una sentencia corta¹⁷⁷.

El juez Laskin comentó que “[s]e puede superar un argumento escrito malo con una buena sustentación oral, pero hacerlo es una lucha cuesta arriba. Si escribe un buen argumento, tiene una gran ventaja y usted mejorará su propia credibilidad ante el tribunal”. Como el juez Laskin confió, “[e]n nuestro tribunal no tenemos una conferencia formal anterior a la audiencia para discutir el próximo recurso. Pero charlas informales son inevitables, por lo que un argumento escrito bueno o malo puede arraigarse aún más firme en los juzgadores”¹⁷⁸.

Según el juez Laskin, el argumento escrito debe tener la siguiente forma:

¹⁷⁷ Laskin, John I., “Forget the Wind-Up and Make the Pitch: Some suggestions for writing more persuasive factums”, *Advocates' Society Journal*, Summer 1999, Court of Appeal for Ontario: <http://www.ontariocourts.ca/coa/en/ps/speeches/forget.htm>.

¹⁷⁸ Laskin, *ibid*.

El argumento debe incluir tres elementos para cada tema: la ley aplicable, los hechos pertinentes y su conclusión. Si usted está actuando para el recurrente, debe indicar dónde el juez de primera instancia se equivocó, por qué decidió mal y el efecto del error, porque no todos los errores son importantes o le ayudarán. Si usted está actuando para el recurrido debe mostrar por qué el juez de primera instancia tenía razón, o, si se equivocó, por qué el error era inofensivo. A veces más vale a los recurridos admitir el error y a continuación mostrar que ello no afectó el resultado¹⁷⁹.

Por fin, el juez Laskin instó a los abogados que se centren en el estándar de revisión, que se discute en el capítulo siguiente:

El estándar de revisión aplicable debe abordarse en la sección acerca de las leyes en un argumento escrito. A menudo ello es ignorado. Y si bien puede aparecer como sólo un punto administrativo, permea todo recurso que se presenta a nuestra corte. Recuérdese de nuestro papel: nosotros no volvemos a procesar casos como en primera instancia; en cambio, buscamos errores ocurridos en ella. Por lo tanto, tiene que ser consciente del estándar de revisión en la sección acerca de las leyes de su argumento escrito y ocuparse de él. Debe ir más allá de identificar dónde el juez de primera instancia decidió o valoró mal o incluso por qué él o ella lo hizo. También debe preguntarse si la Corte de Apelación puede hacer algo al respecto¹⁸⁰.

(v) Materiales del recurrido

Una vez que el recurrente haya perfeccionado el recurso, el recurrido tiene la oportunidad de ofrecer su propio argumento escrito. En él abordará las cuestiones propuestas por el recurrente y podrá proponer temas propios. En su texto *Appellate Advocacy*, el juez Alvin B. Rosenberg -juez de la Corte Superior de Justicia de Ontario- y Marvin J. Huberman, describen la tarea de reformular el recurso a favor del recurrido:

En la sección acerca de las leyes tenga cuidado de no desvincularse de las cuestiones y la forma de la parte recurrente. Plantee cualquier tema relevante adicional no incluido por aquel, y vuelva a definir las cuestiones expuestas por el mismo si no está de acuerdo con la manera en que se las presentaran. Pueden existir circunstancias en las que la especificación de las cuestiones por el recurrente puede permanecer sin cambios.

¹⁷⁹ Laskin, *ibid.*

¹⁸⁰ Laskin, *ibid.*

Responda a los argumentos escritos de la parte apelante que no ha definido nuevamente. Donde ha planteado cuestiones adicionales o definido otra vez los establecidos por el recurrente, trate cada uno de la misma manera que el mismo (...) ¹⁸¹.

Sin embargo, si el recurrido también desea contestar algún aspecto de la orden de la corte de primera instancia, será necesario iniciar un contra-recurso mediante la entrega de aviso. El contra-recurso, como regla general, seguirá el mismo cronograma del recurso y su audiencia se dará con la aquel.

Algunas dificultades pueden surgir si el recurrente impugna un aspecto definitivo de la sentencia, mientras que el contra-recurrido cuestiona un aspecto que es interlocutorio: el recurso quedaría radicado en dos cortes distintas (si el interlocutorio obtiene autorización). El mismo problema puede surgir cuando el recurso haga referencia a una gran suma de dinero y el contra-recurso a una pequeña suma. Si el recurso “está tan entrelazado con el contra-recurso que ambos deban ser oídos juntos”, se celebrará la audiencia ante el tribunal jerárquicamente superior, siempre y cuando el tribunal tenga jurisdicción ¹⁸².

(g) La audiencia del recurso

Una vez que se haya presentado todo el material, los abogados de las partes suelen contar con una audiencia para el recurso. Antes de la audiencia, generalmente el tribunal habrá asignado una cantidad específica de tiempo para que cada parte presente su argumento a la corte. Se limita el tiempo a menos de media hora para un recurso relativamente sencillo, pero puede exceder el día completo para casos particularmente complejos o importantes. La participación de un gran número de interesados ampliará el tiempo asignado a la audiencia oral.

Como se señaló anteriormente, porque mucho del trabajo de la corte de apelación en el análisis de los principios jurídicos aplicables ocurre antes de la audiencia, el argumento escrito es fundamental en el sistema recursivo canadiense. Los tribunales dependen de los abogados para delimitar los principios legales en cuestión en su material escrito e indicar la jurisprudencia pertinente.

La defensa oral ofrece una oportunidad para presentar un resumen conciso de los argumentos de la parte. En su texto “*The Conduct of an Appeal*”, el ministro John Sopinka -de la Corte Suprema de Canadá- y Mark Gellowitz aconsejan a los defensores que limiten sus argumentos orales a sus puntos más persuasivos y confíen en sus argumentos escritos para el resto:

¹⁸¹ Rosenberg, Alvin B. y Huberman, Marvin J., *Appellate Advocacy*, Carswell: Scarborough, Ontario, 1996, p. 32.

¹⁸² *Raso v. Estate of Raso*, 2012 ONSC 230 (Div. Ct.).

La declaración de los puntos en cuestión y los hechos pueden omitirse. Los temas pueden ya estar cubiertos en la apertura o una referencia simple a los argumentos escritos. Los abogados pueden asumir que la corte está completamente familiarizada con los hechos. La Corte es muy consciente de que es injusto imponer límites de tiempo a menos que ella haya hecho sus tareas. Los abogados tienen derecho a jueces que conocen bien el caso. Sin embargo, si hay una prueba que es especialmente importante y no insume mucho tiempo, debe ser mencionada¹⁸³.

A pesar de los mejores planes de los abogados, los argumentos orales deben ser dinámicos. Abogados eficaces contestarán los argumentos planteados por sus oponentes y responderán a los propuestos por los jueces. El tribunal a menudo dirige a los abogados a aspectos específicos del argumento que consideran difíciles, dándoles una oportunidad para dar razones y contestar. El juez Rosenberg y el Sr. Huberman, sobre este punto, dan los siguientes consejos a los abogados:

Proceda, en cuanto sea posible, con un tono conversacional. Lo mejor es hablar con la Corte. Recuerde que usted no está dando una conferencia pública o discurso, sino que está intentando persuadir individuos específicos para decidir el recurso a favor de su cliente. Usted está allí para ayudar a la Corte a tomar una decisión sobre el recurso, no para dar un discurso que ellos vinieron a oír (...).

(...) Usted quiere que los jueces piensen:

Si hay justicia en el mundo, esta parte debe ganar. Ahora veamos si hay alguna ley que me permite decidir de esta manera¹⁸⁴.

Para eso, los abogados se centrarán en las preguntas formuladas por los jueces. Como explican Rosenberg y Huberman, “[c]on frecuencia la Corte hace preguntas que pueden ayudar a los abogados si se manejan correctamente y ello constituye una oportunidad que no debería pasar desapercibida o ser subestimada”¹⁸⁵.

Al final, los abogados deben ser conscientes de su papel: el de ayudar a la corte. Los abogados tienen, por lo tanto, la obligación de presentar la ley a la corte de manera justa y proporcionar argumentos vinculantes al tribunal, incluso cuando esa autoridad sea desfavorable para sí. Como la Corte de Apelaciones del Séptimo Circuito de los EE. UU. ha señalado, la “táctica del avestruz, de fingir que no existen argumentos jurídicos potencialmente aplicables contra el argumento de

¹⁸³ Sopinka, John y Gellowitz, Mark A., *The Conduct of an Appeal*, 3ª ed., Lexis Nexis: Markham, Ontario, 2012, p. 381-82.

¹⁸⁴ *Rosenberg y Huberman, supra*, p. 45-46.

¹⁸⁵ *Rosenberg y Huberman, supra*, p. 63.

un litigante es tan poco profesional como inútil”¹⁸⁶. Como señaló la Corte en una opinión posterior:

Cuando hay antecedente aparentemente aplicable, un recurrente puede instar su *overruling* o *distinguishing* o reservar un desafío para una petición para *certiorari* [para revisión del fallo] pero no puede simplemente ignorarla (...). El avestruz es un animal noble, pero no es un modelo adecuado para un abogado de recursos¹⁸⁷.

Un caso reciente en la Corte de Apelación de Ontario ofrece un ejemplo de este último punto. El recurrente había sido considerado no responsable criminalmente en razón de enfermedad mental y fue enviado a una institución segura. Entonces cuestionó la base para su confinamiento continuo. Después de la audiencia de su recurso, el abogado de la parte recurrente determinó que no se le había proporcionado una copia de la decisión de la corte de primera instancia explicando las razones del aislamiento del recurrente. Al revisar la decisión, el abogado escribió a la Corte:

El abogado del Sr. Wakeling informa que él no obtuvo una copia de estas razones cuando el recurso fue presentado y no eran parte del registro ante la Junta. Reconoció que “la decisión adjunta mina significativamente muchos de los argumentos que presenté [durante el recurso] y algunas de las inferencias fácticas que había planteado, basadas en el registro que yo conocía, entonces eran incorrectos”¹⁸⁸.

En general, el abogado de la parte recurrente comienza por presentar sus argumentos en el sentido de revertir la decisión de la corte de primera instancia. Después de escuchar los argumentos del recurrente, la corte de apelación puede oír al recurrido o decidir el caso contra el recurrente si no se convenció que sean necesarias mayores consideraciones. Si la corte de apelación oye al demandado, la parte recurrente generalmente hablará a la corte otra vez para rebatir los problemas nuevos planteados por el demandando a modo de respuesta. Este derecho es limitado.

La corte de apelación puede dictar su decisión en el día de la audiencia o esgrimir razones "para seguir" en un momento posterior. Puede también escuchar a ambas partes y luego "reservarse" el dictado de la decisión final y sus razones. Las cortes de apelación de Canadá normalmente se esfuerzan en dictar todas las decisiones dentro de los seis meses de la audiencia, mientras

¹⁸⁶ *Mannheim Video, Inc. v. County of Cook*, 884 F.2d 1043, 1047 (7th Cir. 1989), citando *Hill v. Norfolk & Western Railway*, 814 F.2d 1192, 1198 (7th Cir. 1987).

¹⁸⁷ *Gonzalez-Servin v. Ford Motor Co.*, 662 F.3d 931 (7th Cir. 2011)

¹⁸⁸ *Re Wakeling*, 2017 ONCA 537; véase también *Wakeling (Re)*, 2017 ONCA 536.

solamente casos particularmente importantes o complejos toman más tiempo. La gran mayoría de las resoluciones son dictadas dentro de unas semanas después de la audiencia.

(h) [El alcance de la decisión de la corte](#)

El papel de la corte de apelación es fundamental para la realización de la audiencia. Los tribunales de apelación están diseñados para servir a la función de creación legislativa, al estandarizar la ley con la jurisdicción de la corte. Como ha explicado la Corte Suprema de Canadá:

En primer lugar, el principio de universalidad exige cortes de apelación para garantizar que las mismas reglas jurídicas se aplican a situaciones similares. Esta Corte reconoció la importancia de este principio en *Woods Manufacturing Co. v. The King*, [1951] S.C.R. 504, p. 515:

Es fundamental para la debida administración de la justicia que la autoridad de las decisiones sea escrupulosamente respetada por todos los tribunales a los que son vinculantes. Sin esta adhesión uniforme y consistente, la administración de justicia se vuelve desordenada, la ley se convierte en incierta, y se mina la confianza del público en ella. Nada es más importante que la ley tal cual pronunciada (...) debe ser aceptada y aplicada como nuestra tradición requiere; y aun a riesgo de esa falibilidad a que todos los jueces son responsables, debemos mantener la completa integridad de relación entre los tribunales.

Una segunda razón para la aplicación de una norma de corrección para cuestiones de derecho es el reconocido papel legislativo de los tribunales de apelación. Ello es señalado por Kerans, *supra*, p. 5:

El llamado a la universalidad, y el papel de interpretar las leyes que se le impone, determina el rol del tribunal de revisión. Se espera de esa autoridad un grado de conocimientos sobre el arte de la justicia y la práctica de la elaboración de normas, una habilidad que no es tan importante en primera instancia. Los tribunales de apelación, en casos donde la ley exige determinación, no sólo dirimen el conflicto bajo análisis, sino que crean reglas para casos futuros análogos.

Así, mientras que el papel primordial de las cortes de primera instancia es el de resolver los conflictos individuales con base en los hechos presentados y la ley establecida, el rol principal de la alzada es delinear y perfeccionar las normas jurídicas y garantizar su

aplicación universal. Para cumplir con dichas funciones, los tribunales de apelación requieren un amplio ámbito de revisión con respecto a cuestiones de derecho¹⁸⁹.

Como se explica detalladamente en el capítulo siguiente, los tribunales de apelación en Canadá prestan menos atención en corregir errores en el proceso de investigación en primera instancia -a menos que esos errores sean claros y tuvieren un impacto en la decisión de la corte- y se concentran más en si el juez de grado indicó y aplicó correctamente la ley y si se necesitan aclaraciones para garantizar una aplicación coherente dentro de la jurisdicción.

A pesar de su papel en la clarificación de principios generales del derecho, las cortes de apelación canadienses típicamente tratan sólo cuestiones necesarias para solucionar el recurso y no ofrecen orientaciones más amplias. Por ejemplo, en recursos penales, los condenados esgrimen más de una razón o agravio en el recurso en miras a cuestionar la decisión de instancia. Sin embargo, si el tribunal encuentra un error que requiere un nuevo juicio, normalmente no abordará otros motivos del recurso a menos que crea que ello podría proporcionar orientación útil sobre otro punto para el nuevo juicio.

ESTUDIO DE CASO: QUÉ DECIDIR Y QUÉ NO DECIDIR

En una reciente decisión de un recurso contra una condena por asesinato en primer grado, la Corte de Apelación de Ontario encontró que la condena del jurado no era razonable porque las pruebas tomadas en su conjunto eran incapaces de apoyar la tesis que esgrimía la planificación y deliberación por parte del acusado. Con respeto al delito de asesinato en segundo grado, la corte ordenó un nuevo juicio sobre la base que el juez de primera instancia se había equivocado acerca de la dirección adecuada del jurado. En particular, acerca del uso permitido de la conducta del acusado después de la infracción.

Aunque el acusado haya planteado otros argumentos en el recurso, la corte de apelación abordó solamente los relativos a las declaraciones de ciertos testigos, que servirían para guiar al juez la próxima audiencia. La corte de apelación declinó específicamente abordar los otros puntos, ya que el expediente en el nuevo juicio podía ser diferente y no era necesario aclarar las cuestiones en función de la decisión adoptada. Como la corte explicó:

Algunos de los otros argumentos del recurrente se relacionan a temas que pueden surgir en el nuevo juicio (o no). Incluso si llegan a acontecer, el expediente en el nuevo juicio no será necesariamente el mismo del registro del primero. Ninguna

¹⁸⁹ *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33 en el para. 9.

de las cuestiones planteadas es contenciosa jurisprudencialmente. Veo poco sentido en examinar los restantes motivos del recurso en tratamiento¹⁹⁰.

(i) Alternativas en el recurso

Las alternativas disponibles en recurso están establecidas por la jurisdicción inherente del tribunal y limitadas por ley. Un tribunal de apelación puede rechazar o admitir el recurso. Si se admite el recurso, el tribunal puede sustituir la decisión, lo que puede implicar una nueva evaluación de las pruebas¹⁹¹ y/o la admisión de otras nuevas¹⁹². Por otra parte, la corte de apelación puede devolver el caso al tribunal de primera instancia para reconsideración de algunos o todos los puntos planteados, con indicaciones en cuanto a los principios aplicables para un nuevo fallo.

La elección de la alternativa dependerá de las pruebas existentes y de la posibilidad de la corte de apelación de sacar o extraer de ellas las conclusiones necesarias para resolver el caso¹⁹³. Cuando sea necesario ampliar la instrucción probatoria sobre un tema aislado, por ejemplo, se puede devolver la causa al mismo juez de instancia para corregir la omisión. Sin embargo, en general, es preferible devolver el caso a un nuevo juez y dirigir un procedimiento limitado¹⁹⁴. Un procedimiento limitado también puede permitir a las partes presentar nuevos elementos de prueba admitidos en el recurso. Cuando no se pueda separar el error de los resultados, el caso se puede devolver a un nuevo juez de la misma corte para un juicio *de novo* en todas las cuestiones.

La determinación de la alternativa o curso de acción apropiado, requiere que la corte de apelación equilibre equidad procesal, seguridad, certeza y economía procesal (conservación de los fondos judiciales). Debido al costo de un nuevo juicio y el tiempo que insume, los tribunales evitan ordenarlos a menos que decidir el caso con el caudal probatorio disponible constituya un error sustancial o mala aplicación de la justicia¹⁹⁵. La Corte de Apelación de Ontario delineó este principio en *Arland and Arland v. Taylor*:

Aunque una falla del abogado en la objeción al jurado en primera instancia no siempre impide que esgrima en el recurso dicha objeción, debe estar claro que esa omisión no debe ser considerada superficialmente. Al contrario, cuando sea planteada, la concesión

¹⁹⁰ *R. v. Robinson*, 2017 ONCA 645 en el para. 70.

¹⁹¹ *Hollis v. Dow Corning Corp.*, [1995] 4 S.C.R. 634.

¹⁹² *Earnshaw v. Despins*, 1990 CanLII 596 (BC CA).

¹⁹³ *Earnshaw v. Despins*, 1990 CanLII 596 (BC CA).

¹⁹⁴ *Eastern Power Ltd. V. Ontario Electricity Financing Corp.*, 2010 ONCA 467.

¹⁹⁵ *Hayes v. Thompson*, 1985 CanLII 151 (BC CA). Véase también el *Acto de Cortes de Justicia de Ontario* [Ontario Courts of Justice Act], R.S.O. 1990, c. 43 s. 134, lo cual determina este resultado por ley.

de un nuevo juicio no puede ser automática, como una cuestión de mera discreción. No se debe conceder la posibilidad de un nuevo juicio a menos que la Corte esté totalmente de acuerdo de que es necesaria en el interés de la justicia¹⁹⁶.

Al decidir si debe ordenar un nuevo juicio, la corte de apelación también podrá considerar la voluntad de las partes. Por ejemplo, como Thackray J.A. de la Corte de Apelación de British Columbia sostuvo, discordando en este punto en *Giang v. Clayton, Liang y Zheng*, señaló que sería preferible devolver el caso para reconsideración por un jurado donde las partes habían inicialmente elegido juicio por jurado:

Los abogados de los recurrentes manifestaron la opinión de que, si se admite el recurso, el caso debería volver a la corte de primera instancia para un nuevo juicio. El Sr. Berger se negó a emitir una opinión. Tengo una preferencia general por devolver casos como este a la corte de primera instancia para nuevo juicio. Especialmente, en los casos ante jurado, para que las partes puedan tener un juicio por el foro de su elección. En el presente caso, ambas partes solicitaron juicio por jurado. Como dije en *White v. Gait*:

Generalmente, sugiero que es una mejor práctica de esta Corte, donde no se confirma una decisión, devolver el caso al tribunal de primera instancia para nuevo juicio. Esto evita cambiar el foro, es decir, juicio por jurado, a juicio por jueces solamente. Al mismo tiempo, deja a las partes elegir otra vez su foro. Esto también disminuye el concepto de que fallos diversos y no realmente comparables tienen una elevada importancia en comparación a los casos decididos por jurados.

Además de los límites impuestos por el estado de las pruebas, las alternativas disponibles en la resolución del recurso pueden ser limitadas por la ley. La ley puede expresamente dirigir el umbral para atenuar la discreción de la elección, prefiriendo así la seguridad o certeza (fin) a menos que haya habido una aplicación inadecuada de la justicia.

ESTUDIO DE CASO: UNA MATRIZ DE DECISIÓN ALTAMENTE DETALLADA

El Código Penal de Canadá aporta un ejemplo instructivo del nivel de detalle que puede utilizarse para especificar los motivos que debe observar la corte de apelación al admitir y resolver un recurso:

686. (1) En la audiencia de un recurso contra una condena o contra una sentencia en que el recurrente es incapaz o no penalmente responsable en razón de trastorno mental, la corte de apelación

¹⁹⁶ *Arland and Arland v. Taylor*, 1955 CanLII 145 (ON CA).

(a) Puede permitir el recurso cuando sea de la opinión que

(i) La sentencia debe ser desconsiderada porque es irrazonable o no puede ser apoyada por la evidencia,

(ii) La sentencia de la corte de primera instancia debe ser desconsiderada porque es una decisión incorrecta en cuanto al derecho, o,

(iii) Por cualquier razón hubo una inadecuación a la justicia;

(b) Puede no admitir el recurso cuando

(i) El tribunal sea de la opinión de que el recurrente, aunque no fue declarado culpable de una parte de la acusación, fue debidamente condenado en otra parte de la misma,

(ii) El recurso no se decida a favor de la parte recurrente bajo cualquier motivo mencionado en el párrafo (a),

(iii) Aunque la corte sea de la opinión de que por cualquier motivo mencionado en el subpárrafo (a)(ii) el recurso puede ser decidido a favor de la parte recurrente, entienda que no se ha producido ningún error sustancial o aplicación inadecuada de la justicia, o

(iv) A pesar de cualquier irregularidad procesal en juicio, el tribunal tenga jurisdicción sobre la clase de delito de los que fue condenado el recurrente y la corte de apelación sea de la opinión de que el recurrente no ha sufrido ningún perjuicio;

(c) Puede no admitir el recurso cuando sea de la opinión de que la corte de primera instancia llegó a una conclusión equivocada sobre el efecto de un veredicto especial, puede ordenar que se registre la conclusión que el tribunal considere que requiere el veredicto y puede dictar una sentencia que está justificada por la ley en sustitución de la sentencia dictada por la corte de primera instancia; o,

(d) Puede rechazar una condena y considerar al recurrente incapaz de ir a juicio o penalmente irresponsable en razón del trastorno mental, pudiendo ejercer cualquiera de los poderes de la corte de primera instancia conferidos o

mencionados en la sección 672.45 de cualquier manera que la corte de apelación considere correcto de conformidad con las circunstancias.

Debemos tener en cuenta que las alternativas disponibles se especifican en la ley. Ello implica que no sólo no pueden ser creadas, sino que deberán ser esgrimidas y acreditadas. Por ejemplo, s. 686(1)(a)(ii) del Código Penal establece que una corte de apelación puede admitir un recurso "bajo el argumento de una decisión incorrecta sobre una cuestión de derecho". Sin embargo, s. 686(1)(b)(iii) limita la absolución en recurso dirigiendo la corte de apelación a negar el recurso donde "el recurrente no haya sufrido ningún perjuicio". Por lo tanto, la ley niega jurisdicción a la corte de apelación cuando pretenda admitir un recurso donde el error en el tribunal de primera instancia era inofensivo.

En un punto relacionado, s. 686(2) establece las alternativas que estarán disponibles en caso de que un recurso sea admitido o no:

(2) Cuando una corte de apelación permite un recurso bajo el párrafo (1)(a), deberá anular la condena y

(a) Dirigir un juicio o veredicto de absolución a introducirse; o

(b) Ordenar un nuevo juicio.

(3) Cuando una corte de apelación no admite un recurso bajo el subpárrafo (1)(b)(i), puede sustituir la sentencia que en su opinión debería haber sido dictada y

(a) Confirmar la sentencia dictada por la corte de primera instancia; o

(b) Imponer una sentencia que esté justificada en la ley o devolver el caso a la corte de primera instancia y dirigirla a imponer una sentencia que esté justificada en la ley.

CAPÍTULO 3: ESTÁNDARES DE REVISIÓN DE RECURSOS

7. Resumen

Como se discutió en los capítulos anteriores, los tribunales de primera instancia y de apelación tienen diferentes funciones en el sistema judicial canadiense. Como sostuvo la Corte Suprema de

Canadá en el caso seminal *Housen v. Nikolaisen*, “si bien la función principal de las cortes de primera instancia es resolver disputas individuales sobre la base de los hechos que tienen ante sí y de las leyes, la función principal de los tribunales de apelación es delinear y refinar las reglas legales y garantizar su aplicación universal”¹⁹⁷.

Más específicamente, como se planteó en el capítulo 1, los tribunales de apelación ejercen su poder de revisión para asegurar que la ley esté definida claramente, que se aplique de manera consistente en situaciones similares, que los errores sustantivos se corrijan y que el proceso inicial de toma de decisiones concuerde con los principios fundamentales de la justicia.

En consecuencia, los recursos generalmente no funcionan como juicios *de novo* y no son una oportunidad para que las partes vuelvan a discutir su caso ante más jueces. Además, como principio general, en el recurso las partes no pueden plantear cuestiones nuevas que no hayan sido esgrimidas en el juicio de primera instancia¹⁹⁸.

Por las razones explicitadas en el capítulo 1, el alcance de un recurso es generalmente limitado y el enfoque analítico está expresado en el concepto de deferencia. Dicho esto, la falibilidad del juez de primera instancia es la razón misma para el derecho al recurso. Los tribunales de apelación no pueden permitir que la deferencia proteja una injusticia que aparezca patente en la causa que tienen ante sí. El equilibrio entre el fin del litigio (seguro o certeza) y la corrección de errores se ve condicionado por el estándar de revisión, que se adapta a las fortalezas y debilidades de un tribunal de apelación.

En general, hay menos escrutinio acerca de los hechos y más escrutinio acerca del derecho. Sin embargo, el equilibrio adecuado requiere una calibración cuidadosa. Este equilibrio es el tema de este capítulo.

8. Deferencia del Tribunal de Apelación a las Cortes de Primera Instancia

En el proceso de revisión, los tribunales de apelación son deferentes a las conclusiones de los juzgados de primera instancia acerca de los hechos. Esta deferencia opera para garantizar que los mismos puedan cumplir con su función principal de evaluar los hechos del caso y juzgarlos mediante la aplicación de la ley a esos hechos. Más específicamente, las razones para la deferencia incluyen:

1. En general, el tribunal de primera instancia es el primer en oír pruebas de manera inmediata (personal), en el contexto del nexa fáctico

¹⁹⁷ *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, párrafo 9 [*Housen*].

¹⁹⁸ *Kaiman v. Graham*, 2009 ONCA 77, párrafo 18, BOA, citando *Ross v. Ross*, 1999 NSCA 162 en el párrafo 34, per Cromwell J.A.; *767269 Ontario Ltd. v. Ontario Energy Savings L.P.*, 2008 ONCA 350, párrafo 3.

completo del caso. Está en mejores condiciones para realizar evaluaciones de credibilidad de testigos y determinaciones fácticas con referencia al contexto completo del caso¹⁹⁹. Incluso cuando se lleva a cabo un juicio sobre la base de un expediente escrito, el tribunal de primera instancia “vive” el juicio mientras que el tribunal de apelación revisa el expediente centrándose en los asuntos planteados en el recurso, a menudo con exclusión de muchas de las cuestiones que fueron discutidas en primera instancia²⁰⁰.

2. No hay ninguna razón para creer que los tribunales de apelación son más perceptivos o están en mejores condiciones de hacer determinaciones acerca de los hechos que los tribunales de primera instancia²⁰¹. Por lo tanto, no hay razón para confiar en el juicio de un tribunal de apelación sobre el de uno de primera instancia, a menos que exista una prueba de error muy clara. En ausencia de tal prueba, una conclusión acerca de los hechos en recurso es, en el mejor de los casos, simplemente otra conclusión acerca de los hechos y no necesariamente una conclusión mejor.
3. La deferencia a los tribunales de primera instancia promueve su autonomía e integridad y reconoce la competencia de los mismos en el ejercicio de sus funciones. Al hacerlo, preserva la confianza de los litigantes en el procedimiento en primera instancia. Además, promueve la resolución más rápida y eficiente de los casos evitando la duplicación innecesaria y sirve al importante objetivo de la finalidad²⁰².
4. Las partes deben presentar su caso de la mejor manera posible en primera instancia y no tienen derecho a un segundo intento. No es apropiado permitir que un litigante intente una estrategia en primera instancia y, al considerar los resultados, intente otra en el recurso. El juicio en primera instancia no debe ser un ensayo, sino el evento principal²⁰³.

¹⁹⁹ *Schwartz v. Canada*, [1996] 1 SCR 254 en el párrafo 32.

²⁰⁰ *Prudential Securities Credit Corp., LLC v. Cobrand Foods Ltd.*, 2007 ONCA 425 en el párrafo 46; *Housen*, *supra* nota 197 en el párrafo 25.

²⁰¹ *Housen*, *supra* nota 197 en el párrafo 11.

²⁰² *Housen*, *supra* nota 197 en los párrafos 12, 17.

²⁰³ *Housen*, *supra* nota 197 en el párrafo 13, citando *Anderson v. Bessemer City*, 470 U.S. 564 (1985).

9. Estándares de Revisión de Decisiones Judiciales

Como se señaló anteriormente, en virtud de sus funciones en el sistema judicial canadiense, los tribunales de primera instancia están en mejores condiciones para hacer determinaciones acerca de los hechos. Los tribunales de apelación, debido a su rol en la clarificación y estandarización de las leyes, detentan mayores condiciones para hacer declaraciones generalizadas acerca del derecho. Los tribunales de apelación ejercen su poder de revisión para corregir ciertos errores en las decisiones de tribunales de primera instancia y garantizar que la ley se aplique de manera coherente. En reconocimiento de sus diferentes áreas de ventaja y especialidad, los tribunales de apelación aplican disímiles estándares de revisión a las decisiones de los tribunales de primera instancia dependiendo de la naturaleza del caso.

En la jurisprudencia canadiense, las cuestiones planteadas en recurso tras un juicio de primera instancia generalmente se clasifican en tres categorías: (1) cuestiones de derecho; (2) cuestiones de hecho; y (3) cuestiones de hecho y de derecho²⁰⁴.

(a) Cuestiones de derecho (corrección)

Las cuestiones de derecho son aspectos relacionados con la interpretación o la declaración de la ley por parte del tribunal de primera instancia en un caso particular y pueden tomar diferentes formas. Por ejemplo, la construcción de un estatuto u otra ley, incluida la interpretación de su ámbito y aplicación, son cuestiones de derecho. La interpretación de la ley común es similarmente una cuestión de derecho. La determinación de los elementos de una ofensa o de un agravio también son cuestiones de derecho, ya que establecen lo que la fiscalía o el demandante debe probar ante la ley para poder presentar el caso contra el acusado. Del mismo modo, la cuestión del examen apropiado para aplicar a un determinado conjunto de circunstancias fácticas es una cuestión de derecho.

Cabe señalar que las cuestiones de derecho en general no implican la aplicación *real* de la ley a un conjunto específico de hechos (tales cuestiones se consideran cuestiones de hecho y de derecho). Sin embargo, las cuestiones de derecho *pueden* implicar una determinación de qué hechos deben considerarse adecuadamente.

Dejar de considerar hechos estimados relevantes por la ley (hechos que la ley requiere que el juez de primera instancia tome en consideración) o considerar hechos estimados irrelevantes por la ley (hechos que la ley prohíbe que juez de primera instancia tome en consideración) son cuestiones de derecho. Al considerar los hechos que deben ignorarse, o al ignorar los hechos que deben considerarse, el tribunal de primera instancia aplica un examen legal diferente e incorrecto

²⁰⁴ *Housen*, *supra* nota 197 en el párrafo 7.

(aunque haya articulado el análisis legal correcto anteriormente). El escrutinio correcto debe aplicarse, y no hacerlo crea una cuestión de derecho. Como señaló la Corte Suprema de Canadá en *Canada v. Southam*:

Después de todo, si un juez dice que el examen correcto le requiere que considere A, B, C y D, pero de hecho el juez considera solo A, B y C, entonces el resultado es como si él o ella hubiera aplicado una ley que requería consideración solamente de A, B y C. Si el examen correcto requiere que él o ella también tome en cuenta D, entonces el juez responsable de haber aplicado la ley equivocada, cometiendo un error de ley²⁰⁵.

Como se estableció anteriormente, el tribunal de apelación tiene la responsabilidad de delinear y aclarar la ley. Puede revisar las decisiones de los diferentes tribunales de primera instancia con respecto a la misma cuestión de derecho, con el fin de formular y expresar una declaración coherente de esa ley. Los juzgados de primera instancia no tienen ninguna ventaja sobre los tribunales de apelación para determinar la ley aplicable.

En consecuencia, los tribunales de apelación no defieren a las decisiones judiciales de primera instancia sobre cuestiones de derecho. Por el contrario, revisan las cuestiones de derecho sobre el estándar de corrección: a menos que la decisión del tribunal de instancia esté correcta acerca de la ley, no será confirmada. Como explicó la Corte Suprema de Canadá en decisión de la mayoría en *Housen*:

Hay al menos dos razones subyacentes para emplear un estándar de corrección en cuestiones de derecho. En primer lugar, el principio de universalidad exige que los tribunales de apelación garanticen que se apliquen las mismas normas jurídicas en situaciones similares. La importancia de este principio fue reconocida por este Tribunal en *Woods Manufacturing Co. v. The King*:

Es fundamental para la debida administración de justicia que la autoridad de las decisiones sea respetada escrupulosamente por todas las cortes a los que son vinculantes. Sin esta adhesión uniforme y consistente, la administración de justicia se desordena, la ley se vuelve incierta y la confianza del público en ella se debilita. Nada es más importante que la ley tal cual pronunciada (...) debe ser aceptada y aplicada como lo requiere nuestra tradición; e incluso a riesgo de esa falibilidad de la que todos los jueces son

²⁰⁵ *Canada (Director of Investigation and Research, Competition Act) v. Southam Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 748 en el párrafo 39.

responsables, debemos mantener la integridad completa de la relación entre los tribunales.

Una segunda razón, también relacionada, para aplicar un estándar de corrección a cuestiones de derecho es el rol reconocido de los tribunales de apelación en la creación de leyes, que *Kerans* señala:

El llamado a la universalidad, y el rol de creación de leyes que impone, genera una demanda considerable sobre un tribunal de revisión. Se espera de esa autoridad una medida de experiencia sobre el arte de elaboración de reglas justas y prácticas, una experiencia que no es tan crítica para el tribunal de primera instancia. Los órganos de revisión, en los casos en que la ley exige una decisión, establecen la ley para los casos futuros, así como para el caso que se revisa²⁰⁶.

(b) Cuestiones de hecho (Error palpable y anulador)

Las cuestiones de hecho, como su nombre lo indica, son cuestiones sobre lo que ocurrió entre las partes en relación con los problemas del caso. En otras palabras, son cuestiones sobre lo que realmente sucedió.

Las conclusiones del juez o jueza de primera instancia acerca de los hechos pueden diferenciarse en dos categorías: conclusiones directas de hechos e inferencias a partir de hechos establecidos. Las conclusiones directas de hechos son hallazgos de hecho basados en la evaluación de las pruebas realizada por el tribunal de primera instancia, y cuando sea necesario resolver las pruebas contradictorias, las conclusiones acerca de los hechos pueden basarse en evaluaciones de la credibilidad. Las inferencias a partir de hechos establecidos, por otro lado, son inferencias basadas en hechos o evidencia en relación a los cuales no hay conflicto o controversia.

Históricamente, los tribunales de apelación otorgaron una mayor deferencia a las conclusiones directas acerca de los hechos que a las inferencias a partir de hechos establecidos, sobre la base de que, si bien los tribunales de primera instancia estaban en mejores condiciones para evaluar pruebas contradictorias y la credibilidad, los tribunales de apelación estaban igualmente capacitados a hacer inferencias a partir de hechos no controvertidos en el expediente porque el

²⁰⁶ *Housen*, *supra* nota 197 en el párrafo 9.

proceso de razonamiento inferencial se realizaría con la misma prueba que se presentara ante el tribunal de grado²⁰⁷.

La jurisprudencia canadiense, sin embargo, ha reconocido que los jueces de primera instancia están en mejores condiciones que los tribunales de apelación para tomar todas las determinaciones acerca de los hechos, independientemente de su naturaleza. Como la Corte Suprema de Canadá explica más completamente en decisión de la mayoría en *Housen*:

Aunque el juez de primera instancia siempre esté en una posición claramente privilegiada cuando se trata de evaluar la credibilidad de los testigos, esta no es la única situación donde tiene una ventaja sobre los jueces de instancia superior. Las ventajas del juez de primera instancia con respecto a las inferencias a partir de hechos incluyen la experiencia relativa del juez de primera instancia con respecto a la ponderación y evaluación de la prueba, y la inimitable familiaridad del mismo con las comúnmente vastas cantidades de pruebas. Esta amplia exposición a todo el nexo fáctico de un caso será de gran ayuda cuando se trata de sacar conclusiones acerca de los hechos. Además, las preocupaciones con respecto al costo, la cantidad y la duración de los recursos se aplican igualmente a las inferencias a partir de hechos y las conclusiones de hechos, y respaldan un enfoque deferente hacia ambos. [...] Consideramos que el juez de primera instancia goza de numerosas ventajas sobre los jueces de instancia superior que se basan en todas las conclusiones acerca de los hechos, e incluso en ausencia de estas ventajas, hay otras razones legales convincentes que respaldan un enfoque deferente para inferencias a partir de hechos. Concluimos, por lo tanto, enfatizando que hay uno, y solo un, estándar de revisión aplicable a todas las conclusiones acerca de los hechos a que llega el juez de primera instancia: el de error palpable y anulador²⁰⁸.

Como resultado, la ley canadiense ahora aplica un único estándar de revisión a las conclusiones acerca de los hechos por los tribunales de primera instancia. Ya sea directa o por inferencia, todas las conclusiones acerca de los hechos son tratados con el mismo grado de deferencia por los tribunales de apelación canadienses. Las conclusiones acerca de los hechos en el juicio de primera instancia solo pueden ser desplazadas cuando el juez de grado ha cometido un “error palpable y anulador”²⁰⁹.

²⁰⁷ Véase, por ejemplo, casos antiguos como *Lessard v. Paquin*, [1975] S.C.R. 665; *Sherman v. Monarch Chrome Furniture Ltd.*, [1958] O.J. No. 225 (C.A.).

²⁰⁸ *Housen*, *supra* nota 197, párrafo 25 [énfasis en el original].

²⁰⁹ *Housen*, *supra* nota 197, párrafo 1; *Ingles v. Tutkaluk Construction Ltd.*, 2000 SCC 12, en el párrafo 42; *Stein v. The Ship “Kathy K”*, [1976] 2 S.C.R. 802, p. 808.

El estándar de error “palpable y anulador” se ha expresado de forma diversa como aplicable cuando una conclusión acerca de los hechos es “claramente incorrecta”, “irrazonable”, “no respaldada por prueba”²¹⁰ y el error es “tan obvio que se puede ver o conocer fácilmente”²¹¹ y ha desacreditado la decisión. Según lo expresó Fish J. en nombre de la mayoría de la Corte Suprema de Canadá, para que un error sea palpable y anulador “uno debe ser capaz de ‘apuntar’ el problema, falacia o error crucial” que afectó la determinación del caso²¹².

En otras palabras, para ser “palpable y anulador”, el error de la corte de primera instancia debe ser obvio o claro, en el sentido de que es fácilmente aparente, y material, y de que “alteró el resultado o bien pudo haber alterado el resultado”²¹³ del caso.

Como se mencionó, se concede un alto nivel de deferencia a las conclusiones acerca de los hechos en primera instancia. Ello aún en los casos en que el tribunal de apelación, al revisar las pruebas, pueda hacer una inferencia más persuasiva o plausible de la evidencia. Siempre que haya alguna prueba sobre la cual el tribunal de primera instancia haya podido confiar para llegar a su conclusión, la misma no debe ser modificada. Solo cuando el juzgado de primera instancia esté “claramente equivocado” el tribunal de apelación podrá desestimar sus conclusiones acerca de los hechos. Como explicó la Suprema Corte de Canadá:

No es infrecuente que razonablemente se puedan hacer inferencias diferentes de los hechos que el juez de primera instancia considera que se demostraron directamente. El escrutinio en recurso determina si las inferencias realizadas por el juez están “razonablemente respaldadas por las pruebas”. Si lo son, el tribunal de revisión no puede volver a sopesar las pruebas sustituyendo la inferencia razonable preferida por el juez de primera instancia, una inferencia tan – o incluso más – persuasiva²¹⁴.

De hecho, cuando se demuestra que se ha cometido un error “palpable y anulador” en primera instancia, los tribunales de apelación no solo *pueden*, sino que *deben* anular la conclusión irrazonable y errónea acerca de los hechos²¹⁵.

Los tribunales de primera instancia asignan recursos sustanciales a una audiencia que trate todas las cuestiones, lo que permite una evaluación rigurosa de los hechos. El alto nivel de deferencia otorgado a las conclusiones del juez o jueza de grado acerca de los hechos mejora la autonomía

²¹⁰ *H.L. v. Canada (Attorney General)*, 2005 SCC 25 en los párrafos 55-56 [énfasis en el original] [*H.L.v. Canada*]

²¹¹ *Housen*, *supra* nota 197, párrafo 5.

²¹² *H.L. v. Canada*, *supra* nota 210 en el párrafo 70.

²¹³ *Benhaim v. St. Germain*, 2016 en el para 38, citando con aprobación *Stratas JA* en *South Yukon Forest Corporation v. Canada*, 2012 FCA en el párrafo 46.

²¹⁴ *H.L. v. Canada*, *supra* nota 210, párrafo 74 [énfasis en el original].

²¹⁵ *H.L. v. Canada*, *supra* nota 210, párrafo 75.

y la integridad del juicio en primera instancia al tiempo que garantiza que la función de corrección de errores de los tribunales de apelación se ejerza para evitar errores judiciales.

(c) Cuestiones de hecho y de derecho (error palpable y anulador)

Las cuestiones de hecho y de derecho son asuntos que involucran la aplicación de principios de derecho a un conjunto de hechos para llegar a una inferencia legal²¹⁶. Como implican la aplicación de la ley en el contexto de un nexo fáctico particular, a las decisiones de los tribunales de primera instancia sobre cuestiones de hecho y de derecho se conceden deferencia y, así como con las decisiones sobre cuestiones de hecho, solo se anulan en casos de error palpable y anulador²¹⁷.

Cuestiones de hecho y de derecho comparten similitudes tanto con las cuestiones de hecho como con las cuestiones de derecho. Son similares a las cuestiones de hecho en la medida en que implican hacer inferencias a partir de las pruebas disponibles (aunque las inferencias hechas son de naturaleza legal más que factual), y son similares a las cuestiones de derecho en la medida en que se relacionan con la aplicación de la ley (aunque tengan relación con una situación de hecho particular).

Iacobucci J., juzgando para la Corte Suprema de Canadá en *Southam*, resumió las distinciones entre cuestiones de derecho, cuestiones de hecho y cuestiones de hecho y de derecho de la siguiente manera:

En pocas palabras, las cuestiones sobre la ley son cuestiones sobre cuál es el examen legal correcto; las cuestiones de hecho son asuntos sobre lo que realmente sucedió entre las partes; y las cuestiones de hecho y de derecho son aspectos sobre si los hechos satisfacen los exámenes legales. Un ejemplo simple ilustrará estos conceptos. En la ley de responsabilidad extracontractual, la cuestión de qué significa “negligencia” es una cuestión de derecho. La cuestión de si el acusado hizo esto o aquello es una cuestión de hecho. Y, una vez que se haya decidido que el estándar aplicable tiene que ver con la negligencia, la cuestión de si el demandado cumplió con el estándar de atención apropiado es una cuestión de hecho y de derecho²¹⁸.

Iacobucci J. reconoció, sin embargo, la dificultad de distinguir las cuestiones de derecho, las cuestiones de hecho y las cuestiones de hecho y de derecho, considerando el nivel de generalidad o especificidad en cuestión como la principal característica diferenciadora:

²¹⁶ *Southam*, supra nota 205 en el párrafo 35; *Housen*, supra nota 197 en el párrafo 26.

²¹⁷ *Southam*, supra nota 205 en el párrafo 45; *Housen*, supra nota 197 en el párrafo 36.

²¹⁸ *Southam*, supra nota 205, párrafo 35.

La distinción entre [cuestiones de] derecho por un lado y [cuestiones de] hecho y de derecho por otro es difícil. En ocasiones, lo que parece ser [una cuestión de] hecho y de derecho resulta ser de derecho, o viceversa. [...] En resumen, a medida que el nivel de generalidad de la proposición cuestionada se acerca a la particularidad absoluta, el asunto es más cercano a la aplicación pura, y por lo tanto se vincula más a una cuestión no calificada de hecho y de derecho. [...] Por supuesto, no es fácil decir con precisión dónde debe trazarse la línea; aunque en la mayoría de los casos debería ser lo suficientemente claro *si la causa es sobre una proposición general que podría calificarse como un principio de derecho o sobre un conjunto muy particular de circunstancias que no será de mucho interés para jueces y abogados en el futuro*²¹⁹.

En consecuencia, la determinación de si una cuestión de derecho puede ser “extraída” de una cuestión de hecho y de derecho, se basa en el análisis del tribunal sobre si el principio de derecho en cuestión en el litigio es de una generalidad tal que sea ampliamente aplicable a casos futuros, o si se trata de uno realmente limitado al caso:

Las cuestiones de hecho y de derecho se encuentran en niveles. Cuando, por ejemplo, un error con respecto a un hallazgo de negligencia puede atribuirse a la aplicación de un estándar incorrecto, no considerar un elemento requerido de un examen legal, o un error similar en principio, dicho error puede caracterizarse como un error de derecho, sujeto a un estándar de corrección. Sin embargo, los tribunales de apelación deben ser cautelosos al considerar que un juez de primera instancia cometió un error de derecho en su determinación de negligencia, ya que a menudo es difícil sacar las cuestiones legales de los hechos. Es por esta razón que estos asuntos se denominan cuestiones “de hecho y de derecho”. Donde el principio legal no es fácilmente extraíble, entonces la cuestión es de hecho y de derecho” y está sujeta a un estándar más estricto. La regla general [...] es que, cuando la cuestión en el recurso involucra la interpretación de la prueba como un todo por el juez de primera instancia, ella no debe ser revocada sin un error palpable y anulador²²⁰.

La comprensión de una cuestión de derecho, en otras palabras, es un ejercicio judicial con miras a la ley y los hechos ante la corte en un caso particular. Considera cuán probable es que los patrones similares de leyes y hechos se repitan y potencialmente vuelvan a presentarse ante las cortes. En la base, se le pide al tribunal de apelación que distinga entre la articulación del principio

²¹⁹ *Southam*, *supra* nota 205, párrafo 37 [énfasis añadido].

²²⁰ *Housen*, *supra* nota 197 en el párrafo 36.

y la aplicación de ese principio a los hechos del caso. Esta distinción puede cambiar con el tiempo a medida que se desarrolla la jurisprudencia.

ESTUDIO DE CASO: *SATTVA CAPITAL CORP. V. CRESTON MOLY CORP.*²²¹

En *Sattva*, la Corte Suprema de Canadá consideró si la interpretación contractual aborda cuestiones de derecho, como se había pensado durante mucho tiempo, o cuestiones de hecho y de derecho, como lo sugiere una nueva tendencia en la jurisprudencia. Tradicionalmente, las cuestiones de interpretación de los contratos escritos se habían basado únicamente en el texto del documento escrito para determinar la naturaleza del acuerdo entre las partes. Además, la interpretación del contrato escrito se consideraba una cuestión de derecho, ya que solo los jueces podían leer y escribir de forma fiable. Este análisis se ha mantenido en el Reino Unido, a pesar de la alfabetización generalizada y la admisibilidad de pruebas sobre las circunstancias de la formación del contrato. En Canadá, la interpretación de los contratos se movió hacia un enfoque práctico que toma en cuenta la matriz fáctica de la formación del contrato en lugar de basarse estrictamente en la construcción técnica del texto.

En *Sattva*, la Corte Suprema de Canadá comenzó revisando su jurisprudencia anterior en *Housen* y *Southam* para determinar el estándar de revisión de recurso más apropiado. La Corte rechazó la opinión tradicional y concluyó que las cuestiones de interpretación contractual son cuestiones de hecho y de derecho porque se trata principalmente de cuestiones sobre la naturaleza del acuerdo entre las partes, tal como se considera a través del marco contractual:

Las cuestiones de derecho “son cuestiones sobre cuál es el examen legal correcto”. Sin embargo, en la interpretación contractual, el objetivo del examen es determinar la intención objetiva de las partes -un objetivo específico acerca de los hechos- a través de la aplicación de los principios legales de interpretación. Esto parece más cercano a una cuestión de hecho y de derecho, definida en *Housen* como “la aplicación de un estándar legal a un conjunto de hechos”. Sin embargo, algunos tribunales han cuestionado si esta definición, que se desarrolló en el contexto de una acción de negligencia, puede aplicarse fácilmente a cuestiones de interpretación contractual, y sugieren que la interpretación contractual es principalmente una cuestión de derecho.

²²¹ 2014 SCC 53 [*Sattva*]. Compare el estudio de caso de *Ledcor Construction Ltd. v. Northbridge Indemnity Insurance Co.*, 2016 SCC 37, abajo.

Con respecto a la tesis contraria, soy de la opinión de que el enfoque histórico debe abandonarse. La interpretación contractual implica cuestiones de hecho y de derecho, ya que es un ejercicio en el que los principios de interpretación contractual se aplican a las palabras del contrato escrito, que se consideran a la luz de la matriz fáctica.

El propósito de la distinción entre cuestiones de hecho y de derecho respalda esta conclusión. Un propósito central de establecer una distinción entre las cuestiones de derecho y las de hecho y de derecho es limitar la intervención de los tribunales de apelación en los casos en que se puede esperar que los resultados tengan un impacto más allá de las partes en la disputa. Refleja el rol de los tribunales de apelación para garantizar la coherencia de la ley, en lugar de proporcionar un nuevo foro para que las partes continúen sus litigios privados. Por esta razón, *Southam* identificó el grado de generalidad (o “valor de precedente”) como la diferencia clave entre una cuestión de derecho y una cuestión de hecho y de derecho. Cuanto más específica sea la regla, menos útil será la intervención del tribunal de apelación. [...]

De manera similar, esta Corte en *Housen* descubrió que la deferencia a los juzgados de primera instancia promovió los objetivos de limitar el número, la duración y el costo de los recursos, y de promover la autonomía y la integridad de los procesos en primera instancia. Estos principios también pesan a favor de la deferencia a los jueces de primera instancia sobre los puntos de interpretación contractual. Las obligaciones legales derivadas de un contrato están, en la mayoría de los casos, limitadas al interés de las partes. Dado que nuestro sistema legal deja amplio margen a los tribunales de primera instancia para resolver cuestiones de aplicación limitada, esto respalda el tratamiento de la interpretación contractual como una cuestión de hecho y de derecho²²².

(d) **Determinando el estándar de revisión apropiado**

Como se discutió anteriormente, a menudo es más difícil de lo que parece, en el contexto de cuestiones de hecho y de derecho, determinar la naturaleza del problema en el recurso y el estándar de revisión apropiado.

En Canadá, algunas leyes establecen expresamente la naturaleza de la cuestión para algunos problemas que de otro modo podrían ser ambiguos. Por ejemplo, la sección s. 601(6) del Código

²²² *Sattva, supra* nota 221 en los párrafos 49-52 [citaciones omitidas].

Penal establece que la cuestión de si una orden para enmendar una acusación debe ser otorgada o rechazada es una cuestión de derecho:

601 (6) La cuestión de si una orden para enmendar una acusación debe ser otorgada o rechazada es una cuestión de derecho.²²³

Del mismo modo, la sección 232(3) del Código Penal establece que la determinación de si un acto ilegal o insulto particular constituyó una provocación y si el acusado se vio privado del poder de autocontrol mediante la provocación son cuestiones de hecho:

232 (1) El homicidio culposo que de otro modo sería un asesinato puede reducirse a homicidio involuntario si la persona que lo cometió lo hizo en respuesta a una provocación repentina.

(2) La conducta de la víctima que constituiría un delito procesable en virtud de esta Ley que se castiga con cinco o más años de prisión y que es de tal naturaleza que es suficiente para privar a una persona común del poder de autocontrol se considera una provocación para los propósitos de esta sección, si el acusado actuó de forma repentina y antes de que hubiera tiempo para calmarse.

(3) A los fines de esta sección, las cuestiones de

(a) Si la conducta de la víctima fue provocación bajo la subsección (2), y

(b) Si el acusado fue privado del poder de autocontrol por la provocación que, según alega, recibió;

son cuestiones de hecho, pero no se considerará que nadie haya provocado a otro haciendo algo que él tenía derecho legal a hacer, o haciendo cualquier cosa que el acusado lo incitó a hacer para proporcionar al acusado una excusa para causar la muerte o daño corporal a cualquier ser humano.

Algunas legislaciones civiles también informan sobre la naturaleza del asunto en cuestión. Las leyes provinciales acerca de la negligencia, por ejemplo, generalmente estipulan que el grado de culpa o negligencia de las partes es una cuestión de hecho. Por ejemplo, la *Ley de Negligencia de Ontario*²²⁴ determina:

²²³ R.S.C., 1985, c. C-46, s. 601(6).

²²⁴ R.S.O. 1990, c. N.1 [*Ley de Negligencia*].

En cualquier proceso juzgado por jurado, el grado de culpa o negligencia de las partes es una cuestión de hecho para el jurado²²⁵.

Sin embargo, en la mayoría de los casos, ningún estándar de revisión aplicable se articula claramente en la legislación. Los tribunales de apelación por lo tanto deben examinar la jurisprudencia para determinar si se ha decidido el estándar de revisión para el tema particular. De lo contrario, el tribunal de apelación debe realizar su propia investigación, aplicando los criterios establecidos anteriormente. El estándar de revisión correcto a menudo será una cuestión de argumentación en el recurso, y puede tener un efecto material en el resultado.

En particular, la determinación de si una cuestión de derecho es extraíble de una cuestión presunta de hecho y de derecho, y por lo tanto si debe aplicarse el estándar de corrección estricta o el estándar más deferente de error palpable y anulador, es una evaluación que debe considerar el nexo fáctico particular y las cuestiones jurídicas en cuestión. La “posibilidad de extraerse” en cualquier caso dado es una cuestión de caracterización en relación con el grado en que el tribunal de apelación considera un principio general de derecho, que se beneficia de una formulación y análisis claro y estandarizado, que está en cuestión. Al considerar que ciertos asuntos son cuestiones de hecho y de derecho, los tribunales pueden optar por extraer ciertas cuestiones más específicas y aplicar el estándar de corrección cuando hacerlo avanzaría sobre la consistencia de la ley como un todo.

ESTUDIO DE CASO: LEDCOR CONSTRUCTION LTD. V. NORTHBRIDGE INDEMNITY INSURANCE CO.²²⁶

En *Ledcor*, la Corte Suprema de Canadá decidió si la interpretación de los contratos de formulario era propiamente una cuestión de derecho o una cuestión de hecho y de derecho. Los tribunales de apelación habían experimentado una dificultad significativa para determinar el estándar de revisión apropiado y no estaban de acuerdo entre ellos si los contratos de formulario deberían revisarse con un estándar deferencial de error palpable y anulador o un estándar estricto de corrección.

De acuerdo a la reciente decisión de la Corte Suprema de Canadá en *Sattva*, mencionada anteriormente, muchos tribunales consideraron que los contratos de formulario eran contratos comerciales ordinarios y su interpretación era una cuestión de hecho y de derecho. Sin embargo, otros tribunales de apelación habían tratado la interpretación de

²²⁵ *Ley de Negligencia, supra* ¡Error! Marcador no definido., s 6.

²²⁶ 2016 SCC 37 [*Ledcor*]. Compare el estudio de caso de *Sattva*, *supra* nota 221.

los contratos de formulario como una cuestión de derecho porque los contratos eran genéricos y de producción masiva, y darían lugar a principios ampliamente aplicables.

La Corte Suprema de Canadá llegó a la conclusión de que los contratos de formulario, generalmente contratos de adhesión, eran significativamente diferentes de los contratos comerciales ordinarios, y su amplia difusión podría dar lugar a cuestiones de derecho:

[...] Los contratos de formulario son “contratos altamente especializados que se venden ampliamente a clientes sin negociación de términos”. En algunos casos, una sola compañía, como un banco o un proveedor de servicios telefónicos, puede usar su propio contrato de formulario con todos sus clientes. En otros, un acuerdo de formulario puede ser común en toda una industria. De cualquier manera, la interpretación del contrato de formulario podría afectar a muchas personas, porque “el precedente tiene más probabilidades de ser controlador” en la interpretación de dichos contratos. No sería deseable que los tribunales interpretasen disposiciones de formularios estándar idénticos o muy similares de forma inconsistente, sin una buena razón. El mandato de los tribunales de apelación -de “garantizar la coherencia de la ley”- se adelanta al permitir que los tribunales de apelación revisen la interpretación de los contratos de formulario para verificar que sean apropiados. [...]

La definición de cuestiones de derecho -“cuestiones sobre cuál es el examen legal correcto”- no excluye la clasificación de algunas cuestiones de interpretación contractual como cuestiones de derecho. No existe una distinción clara entre las cuestiones de derecho y las de hecho y derecho. Más bien, “el grado de generalidad (o ‘valor de precedente’)” es la diferencia clave entre los dos tipos de cuestiones²²⁷.

10. Tribunales Administrativos

Los tribunales administrativos especializados son órganos de toma de decisiones establecidos de conformidad con las leyes aprobadas por las legislaturas federales o provinciales. Si bien en general estas leyes se establezcan en términos generales, a menudo delegan la autoridad específica de juzgamiento a los tribunales especializados que crean, para una aplicación más matizada del esquema legal.

²²⁷ *Ledcor*, párrafos 39-41, citas omitidas.

Los tribunales administrativos solo tienen los poderes conferidos por las leyes locales y pueden actuar dentro del límite de su autoridad legal. No tienen una fuente de jurisdicción inherente la cual puedan utilizar.

(a) **Recurso y revisión judicial**

Las decisiones de los tribunales administrativos pueden ser revisadas por medio de un recurso, siempre que esté previsto por ley, o por revisión judicial por un tribunal con jurisdicción inherente, o una corte legalmente autorizada para realizar dicha revisión.

Al igual que con las decisiones de un tribunal de primera instancia, no existe un derecho intrínseco al recurso de la decisión de un tribunal administrativo. Por el contrario, los derechos de recurso solo existen según lo previsto, y limitado, en las leyes de estos tribunales. Si no se establece un derecho al recurso en la ley, no se puede recurrir la decisión del tribunal administrativo. Del mismo modo, si esta ley limita las razones para los recursos, la decisión del tribunal solo puede recurrirse con basamento en ellas (admisibilidad).

ESTUDIO DE CASO: LEY DEL PROGRAMA DE APOYO A LA DISCAPACIDAD DE ONTARIO, 1997 (“ODSPA”)²²⁸

La provincia canadiense de Ontario proporciona pagos de apoyo a personas con discapacidades, según lo define la ODSPA y las reglamentaciones a las mismas. La ODSPA proporciona un derecho legal al recurso ante el Tribunal de Beneficios Sociales (establecido por legislación complementaria, la *Ley de Obras de Ontario, 1997*²²⁹) para ciertas decisiones tomadas con respecto a los beneficios, mientras se niega expresamente el derecho de recurso para otras decisiones. Estos se establecen expresamente en la sección 21 de la ley, “Decisiones que toleran o aceptan recursos”:

Decisiones que admiten recursos

21 (1) Cualquier decisión del Director que afecte la elegibilidad o el valor del apoyo, asistencia bajo la sección 49 o beneficios de salud extendidos según la sección 49.1, que no sea una decisión mencionada en la subsección (2), acepta recurso ante el Tribunal.

Excepciones

(2) No se aceptan recursos al Tribunal los siguientes asuntos:

²²⁸ S.O. 1997, c 25, Sch B.

²²⁹ S.O. 1997, c 25, Sch A.

1. Una decisión sobre el apoyo discrecional.
2. Una decisión del Teniente Gobernador en el Consejo respecto al apoyo en circunstancias excepcionales.
3. Una decisión de proporcionar una parte del apoyo directamente a un tercero.
4. Una variación, rechazo o cancelación del apoyo causada por una enmienda a esta Ley o las reglamentaciones.
5. Una decisión prescrita.

Apoyo empleo, sin recurso

(3) No se aceptan recursos al Tribunal con respecto a una decisión adoptada en virtud de la Parte III de esta Ley.²³⁰

Sin embargo, todas las decisiones finales de un tribunal pueden ser revisadas judicialmente. Bajo el sistema legal canadiense, los tribunales superiores tienen la jurisdicción “inherente”, que no puede ser derogada por la legislatura, para supervisar y revisar las decisiones administrativas para garantizar que estén en consonancia con el Estado de Derecho. Como la Corte Suprema expuso en el caso fundacional de *Dunsmuir v. New Brunswick*:

Como cuestión de derecho constitucional, la revisión judicial está íntimamente relacionada con la preservación del Estado de Derecho. Es esencialmente esa base constitucional la que explica el propósito de la revisión judicial y guía su función y funcionamiento. La revisión judicial busca abordar una tensión subyacente entre el Estado de Derecho y el principio democrático fundacional, que encuentra una expresión en las iniciativas del Parlamento y las legislaturas para crear diversos cuerpos administrativos y dotarlos de amplios poderes. **Los tribunales, al ejercer sus funciones constitucionales de revisión judicial, deben ser sensibles no solo a la necesidad de respetar el Estado de Derecho, sino también a la necesidad de evitar una injerencia indebida en el desempeño de las funciones administrativas con respecto a las cuestiones delegadas en los órganos administrativos por el Parlamento y las legislaturas.**

En virtud del principio del Estado de Derecho, todos los ejercicios de la autoridad pública deben encontrar su origen en la ley. Todos los poderes de toma de

²³⁰ S.O. 1997, c 25, Sch B, s. 21

decisiones tienen límites legales, derivados del propio estatuto habilitante, la ley común o civil o la Constitución. La revisión judicial es el medio por el cual los tribunales supervisan a quienes ejercen facultades legales para garantizar que no sobrepasen su autoridad legal. La función de revisión judicial es, por lo tanto, garantizar la legalidad, la razonabilidad y la imparcialidad del proceso administrativo y sus resultados²³¹.

Como se discutió anteriormente, además de un derecho de revisión judicial de derecho común, las partes en las decisiones de los tribunales administrativos (así como aquellos afectados por esas decisiones) también pueden tener derechos legales de revisión adicionales, como se establece en la legislación que rige los tribunales o los tribunales administrativos relevantes.

(b) Estándares de revisión por los Tribunales

Cuando una decisión de un tribunal administrativo es revisada por una Corte, ya sea por medio de un recurso legal o revisión judicial, el estándar de revisión se determina sobre la base de los principios del derecho administrativo²³². Existen diferencias importantes entre las cortes (tribunales judiciales) y los tribunales administrativos. Por un lado, el que juzga en un tribunal administrativo no es un juez, y el tribunal administrativo no es una corte. Por otro lado, el que juzga en un tribunal administrativo puede tener una gran experiencia en el tratamiento de ciertos asuntos que tienen relación directa con el mandato del tribunal administrativo y que la legislatura optó por no dejar a cargo de los tribunales judiciales. En vista de estas diferentes consideraciones, los estándares de revisión aplicados por los tribunales de apelación al revisar las decisiones de las cortes de primera instancia no se aplican a los recursos legales de las decisiones del tribunal administrativo.

La Corte Suprema de Canadá ha articulado dos estándares de revisión para las decisiones de tribunales administrativos: razonabilidad y corrección.

(i) Razonabilidad

La razonabilidad es un estándar de revisión de deferencia que reconoce la decisión de la legislatura de otorgar discrecionalidad al tribunal administrativo en el ejercicio de sus funciones:

La deferencia importa el respeto por el proceso de toma de decisiones de los órganos resolutivos con respecto tanto a los hechos como a la ley. La noción de deferencia “tiene sus raíces en parte en el respeto a las decisiones gubernamentales de crear cuerpos administrativos con poderes delegados”. [...]

²³¹ *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9 en los párrafos 27-28 [*Dunsmuir*] [énfasis añadido].

²³² *Mouvement laïque québécois v. Saguenay (City)*, 2015 SCC 16 en el párrafo 38.

En resumen, la deferencia requiere respeto por las elecciones legislativas para dejar algunos asuntos en manos de los jueces administrativos, para los procesos y determinaciones que se basan en experiencia y conocimientos particulares, y para los diferentes roles de los tribunales y los órganos administrativos dentro del sistema constitucional canadiense²³³.

Para usar una analogía del béisbol, los jueces administrativos generalmente reciben una zona de ataque más amplia que los tribunales inferiores, en reconocimiento de la decisión legislativa de eliminar ciertos sujetos de la jurisdicción de primera instancia de las cortes. Mientras que todas las cuestiones de derecho serían revisadas con un estándar estricto de corrección en el recurso ante un tribunal, por ejemplo, las cuestiones de derecho que surgen de la interpretación de la ley que da origen a un tribunal administrativo pueden revisarse con un criterio deferente de razonabilidad. Al revisar una decisión por razonabilidad, los tribunales de revisión se preocupan por la transparencia y la inteligibilidad en el proceso de toma de decisiones, y también porque la decisión se encuentra dentro de un rango de resultados posibles y aceptables²³⁴.

(ii) *Corrección*

La corrección es un estándar excepcional de revisión para una decisión de un tribunal administrativo. En general, se aplica a cuestiones de derecho fuera de la ley de origen y del área de especialización del juez administrativo. Más específicamente, según lo establecido por la Corte Suprema de Canadá, hay cuatro categorías de cuestiones que requieren revisión sobre el estándar de corrección²³⁵:

1. Cuestiones constitucionales sobre la división de poderes entre los gobiernos federal y provincial;
2. Cuestiones de importancia central para el sistema legal en su conjunto y fuera del área de experiencia especializada del juez administrativo;
3. Cuestiones “reales” de jurisdicción o vires (poderes); y,
4. Cuestiones sobre las líneas jurisdiccionales entre tribunales especializados que emiten órdenes contradictorias.

²³³ *Dunsmuir, supra* 231, párrafos 48-49.

²³⁴ *Dunsmuir, supra* 231, párrafo 47.

²³⁵ *Dunsmuir, supra* 231 en los párrafos 58-61; *Edmonton (City) v. Edmonton East (Capilano) Shopping Centres Ltd.*, 2016 SCC 47 en el párrafo 24.

Las cuestiones constitucionales son asuntos claros de derecho sujetos a revisión de corrección²³⁶. De manera similar, las cuestiones de importancia central para el sistema legal como un todo y fuera del área de especialización del tribunal deben decidirse por un estándar de corrección ya que requieren respuestas uniformes y consistentes debido a su impacto en la administración de justicia en su conjunto²³⁷.

Las cuestiones reales de jurisdicción son muy raras y surgen solo en los casos en que el tribunal administrativo debe determinar explícitamente si su concesión legal de poder le otorga la autoridad para decidir un asunto en particular²³⁸. El tribunal administrativo debe interpretar su ley de habilitación correctamente, o arriesgarse a que las decisiones queden fuera del alcance de su autoridad o a que procesen asuntos que se encuentren dentro de su jurisdicción. Las cuestiones relativas a las líneas jurisdiccionales entre los tribunales que emiten órdenes contradictorias se deben decidir de manera similar al estándar de corrección para que el tribunal pueda resolver el conflicto y establecer la prioridad y precedencia de las órdenes.

(iii) *Determinando el estándar de revisión*

No siempre es necesario determinar el estándar de revisión de nuevo en cada caso²³⁹. El estándar de la revisión judicial de la decisión de un tribunal administrativo puede establecerse en la legislación que da origen a dicho tribunal. La *Ley de Tribunales Administrativos* de la provincia de British Columbia²⁴⁰, por ejemplo, establece una descripción detallada con referencia al estándar de revisión que se aplicará en diversas circunstancias:

58 (1) Si la Ley bajo la cual surge la solicitud contiene o incorpora una cláusula privativa, en relación con las cortes, el tribunal administrativo debe ser considerado como un tribunal especializado en relación con todos los asuntos sobre los que tiene jurisdicción exclusiva.

(2) En un proceso de revisión judicial relacionado con tribunales especializados bajo la subsección (1)

(a) Una determinación de hecho o de derecho o un ejercicio de discreción por parte del tribunal con respecto a un asunto sobre el cual tiene jurisdicción exclusiva bajo una cláusula privativa no debe ser interferida a menos que sea evidentemente irrazonable,

²³⁶ *Dunsmuir, supra* 231, párrafo 58.

²³⁷ *Dunsmuir, supra* 231, párrafo 60.

²³⁸ *Dunsmuir, supra* 231, párrafo 59.

²³⁹ *Dunsmuir, supra* 231, párrafos 57, 62.

²⁴⁰ S.B.C. 2004, c. 45.

(b) Las cuestiones sobre la aplicación de las reglas de derecho común de la justicia natural y la equidad procesal deben decidirse teniendo en cuenta si, en todas las circunstancias, el tribunal administrativo actuó de manera justa, y

(c) Para todas las cuestiones que no sean las identificadas en los párrafos (a) y (b), la norma de revisión que se aplicará a la decisión del tribunal es la corrección.

(3) A los efectos de la subsección (2) (a), una decisión discrecional es evidentemente irrazonable si la discreción

(a) Se ejerce arbitrariamente o de mala fe,

(b) Se ejerce con un propósito incorrecto,

(c) Se basa entera o predominantemente en factores irrelevantes,
o

(d) No tiene en cuenta los requisitos legales.

59 (1) En un procedimiento de revisión judicial, el estándar de revisión que se aplicará a una decisión del tribunal administrativo es correcto para todas las cuestiones, excepto aquellas que respeten el ejercicio de la discrecionalidad, las determinaciones de los hechos y la aplicación de las normas de justicia natural y equidad procesal.

(2) Una corte no debe anular una determinación de hecho por el tribunal administrativo a menos que no haya pruebas para apoyarlo o si, a la luz de todas las pruebas, la conclusión no es razonable.

(3) Una corte no debe anular una decisión discrecional del tribunal administrativo a menos que sea evidentemente irrazonable.

(4) A los efectos de la subsección (3), una decisión discrecional es evidentemente irrazonable si la discreción

(a) Se ejerce arbitrariamente o de mala fe,

(b) Se ejerce con un propósito incorrecto,

(c) Se basa total o predominantemente en factores irrelevantes, o

(d) No tiene en cuenta los requisitos legales.

(5) Las cuestiones sobre la aplicación de las normas de derecho común de la justicia natural y la equidad procesal deben decidirse teniendo en cuenta si, en todas las circunstancias, el tribunal administrativo actuó de manera justa²⁴¹.

El estándar de revisión apropiado también puede haber sido determinado por una decisión previa de las cortes. Sin embargo, si el estándar de revisión de una decisión del tribunal aún no se ha determinado, el tribunal de revisión debe realizar su propio análisis con referencia a los siguientes cuatro factores:

1. La presencia o ausencia de una cláusula privativa;
2. El propósito del tribunal según lo determinado por la interpretación de la legislación que le da origen;
3. La naturaleza de la cuestión; y
4. La especialidad del tribunal²⁴².

En muchos casos, no será necesario considerar todos los factores, ya que algunos de ellos pueden ser determinantes en la aplicación del estándar adecuado. En la medida en que se consideren múltiples factores, el análisis para determinar el estándar de revisión apropiado debe ser holístico e integral, en lugar de segmentado o particularizado.

A. Cláusulas Privativas

Una cláusula privativa es una cláusula que pretende desbancar el poder de revisión de la corte y sirve como un marcador de intención legislativa para proteger la decisión del tribunal administrativo de la revisión de las cortes. Como se discutió anteriormente, las cortes superiores de Canadá tienen jurisdicción inherente para revisar las decisiones de los tribunales administrativos para garantizar que estén en consonancia con la equidad procesal y el Estado de Derecho. En consecuencia, las cláusulas privativas no pueden operar para impedir la revisión judicial, pero sin embargo proporcionarán una indicación de la deferencia debida al responsable administrativo.

²⁴¹ S.B.C. 2004, c. 45, ss. 58-59.

²⁴² *Dunsmuir*, *supra* 231 en el párrafo 64.

ESTUDIO DE CASO: CLÁUSULAS PRIVATIVAS

Las cláusulas privativas en la legislación específica pueden variar en fuerza de las declaraciones de que la decisión del juez administrativo es “definitiva y concluyente” para aquellos que declaran que ninguna decisión “será cuestionada o revisada”. La fuerza de la cláusula privativa indica el grado de deferencia al tribunal administrativo, como un reflejo del grado de independencia pretendido por la legislatura.

Cláusula de Privacidad Más Débil/Menor grado de deferencia: La decisión del Asesor sobre cualquier recurso bajo esta parte es final y concluyente y, a excepción de una revisión judicial bajo la Ley de Tribunales Federales, no está sujeta a apelación o revisión por parte de ningún tribunal²⁴³.

Cláusula de Privacidad Más Fuerte/Mayor grado de deferencia: “Ninguna decisión, orden, dirección, declaración o decisión del Consejo será cuestionada o revisada en ninguna corte, ni se dictará orden, ni se dictará proceso, ni se tomarán medidas en ningún tribunal, ya sea a través de una medida cautelar, sentencia declaratoria, *certiorari*, *mandamus*, prohibición, *quo warranto*, o, de lo contrario, cuestionar, revisar, prohibir o restringir al Consejo o cualquiera de sus procedimientos”²⁴⁴.

B. Propósito del Tribunal

El propósito del tribunal administrativo es relevante para la cuestión del estándar de revisión apropiado en la medida en que él mostrará menos deferencia a los tribunales que ejerzan funciones de juzgamiento que son el ámbito general de las cortes. Cuando el tribunal administrativo utiliza un alto grado de conocimiento especial y experiencia, o cuando considera problemas "policéntricos" y se le exige que equilibre intereses, políticas o consideraciones múltiples, es probable que el tribunal demuestre mayor deferencia²⁴⁵.

C. La naturaleza de la cuestión que se plantea

²⁴³ *Emergencies Act*, R.S.C., 1985, c. 22 (4th Supp.), s. 52(3).

²⁴⁴ *Labour Relations Act*, 1995, S.O. 1995, c. 1, Sched. A en s. 116.

²⁴⁵ *Dr. Q. v. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, 2003 SCC 19 en los párrafos 30-31; *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 S.C.R. 982 en el párrafo 36.

Como se estableció con antelación²⁴⁶, ciertas cuestiones, a saber, las relacionadas con la división de poderes en la Constitución, las relativas a cuestiones de importancia central para el sistema jurídico en su conjunto y fuera del ámbito especializado de la autoridad adjudicadora, y las relativas a cuestiones verdaderas de la jurisdicción de los tribunales administrativos o de las líneas jurisdiccionales entre los tribunales administrativos, generalmente se revisan con base en el estándar de corrección.

D. El nivel de especialidad del Tribunal

El nivel de especialidad del tribunal administrativo y de la corte con respecto al asunto en cuestión también afectará el grado de deferencia otorgada a la decisión de la corte: las cortes sólo deben acatar las decisiones tomadas por tribunales administrativos que tengan mayor nivel de especialidad en el tema. Cláusulas privativas y amplias concesiones de poder son indicadores de especialidad, en la medida en que reflejan la intención legislativa de que se otorgue deferencia a las decisiones de la corte. El desarrollo de una jurisprudencia es también una indicación de que una corte es especialista con respecto a un tema específico²⁴⁷. Otros indicadores incluyen, pero no se limitan a, participación en el desarrollo de políticas o la existencia de un requisito legal de que los miembros de la corte tengan conocimientos especiales en el área relevante²⁴⁸.

(c) Revisión por Jueces Administrativos

Cuando una decisión del tribunal administrativo es revisada por otro juez administrativo, se requiere un menor grado de deferencia. Los tribunales aplican un estándar de revisión deferente a las decisiones del tribunal en reconocimiento de los mandatos y facultades delegadas en dichos tribunales por la legislatura, mientras aseguran que las acciones de esos tribunales estén de acuerdo con su autoridad legal y con el Estado de Derecho de manera más amplia.

Los tribunales estatutarios que revisan las decisiones de otros jueces no deben tal deferencia automática, ya que son entidades legales y delegados de poderes legislativos. Por el contrario, en el cumplimiento de sus mandatos, los tribunales estatutarios que realizan revisiones deben tener en cuenta los estándares de revisión establecidos por su legislación vigente. Según lo explicado por el Tribunal Federal de Apelaciones:

Los principios que guiaron y configuraron el rol de las cortes en la revisión judicial de las decisiones tomadas por los jueces administrativos (como se establece en *Dunsmuir*) no tienen aplicación aquí. De hecho, el papel y la organización de los distintos niveles de jueces administrativos no ponen en juego la tensión entre la

²⁴⁶ Vea 4(b)(ii) *Corrección* en la p.14.

²⁴⁷ *Canada (Attorney General) v. Mossop*, [1993] S.C.J. No. 20 en el párrafo 81.

²⁴⁸ *Monsanto Canada Inc. v. Ontario (Superintendent of Financial Services)*, 2004 SCC 54 en los párrafos 10-11.

intención legislativa de conferir jurisdicción a los jueces administrativos y el imperativo constitucional de preservar el Estado de Derecho.

Con todo el debido respeto a la opinión contraria, también sería inapropiado importar las consideraciones expuestas en *Housen*, ya que la adopción del alto nivel de deferencia otorgado por los tribunales de apelación para rebajar los tribunales de justicia sobre cuestiones de hecho y de derecho fue guiada principalmente por la política judicial.

Cuando el legislador diseña un marco administrativo multinivel, corresponde al legislador tomar en cuenta consideraciones tales como la mejor manera de usar los recursos del Ejecutivo y si es necesario limitar el número, la duración y el costo de los recursos administrativos²⁴⁹.

Ocasionalmente, los estándares de revisión estipulados por el esquema legislativo están en consonancia con los aplicados por las cortes a la revisión judicial de la acción de las cortes. Sin embargo, con mayor frecuencia, un derecho legal de recurso ante un cuerpo administrativo le permite a ese organismo realizar una revisión y una audiencia más amplia que dentro de la jurisdicción, sin deferencia al juzgado original.

11. Suficiencia de Razones

En la medida en que se apelan contra el juicio formal, decisiones u órdenes de un tribunal²⁵⁰, la insuficiencia o inadecuación de razones no comprende en sí misma un motivo independiente para recurso. Según lo sostenido por la Corte Suprema de Canadá, el propósito de las razones, cuando se requieren, es demostrar "justificación, transparencia e inteligibilidad"²⁵¹.

En consecuencia, no existe un requisito absoluto en virtud de la legislación canadiense de que se proporcionen razones para una decisión judicial o administrativa, siempre que el hallazgo sea en sí mismo razonable y de otro modo compatible con las pruebas o aparente a partir de las circunstancias²⁵². En otras palabras, el tribunal de revisión debe ser capaz de entender las razones y por qué se tomó la decisión, y si esa decisión se considera como un resultado aceptable.

²⁴⁹ *Canada (Citizenship and Immigration) v. Huruglica*, 2016 FCA 93 en los párrafos 47 to 49 [citas omitidas].

²⁵⁰ Véase la discusión en el Capítulo Chapter 1, *supra*.

²⁵¹ *Newfoundland and Labrador Nurses' Union v. Newfoundland and Labrador (Treasury Board)*, 2011 SCC 62 en el párrafo 1; *Dunsmuir*, *supra* 231 en el párrafo 47 [*Newfoundland Nurses*].

²⁵² *R. v. Barrett*, [1995] 1 S.C.R. 752, [1995] S.C.J. No. 19, párrafo 1.

En general, sin embargo, la equidad procesal requiere la presentación de los motivos cuando la decisión tiene una importancia importante para la persona o cuando se dispone de un derecho legal al recurso²⁵³.

La ausencia o insuficiencia de las razones de la decisión puede hacer que el tribunal de apelación no pueda ejercer adecuadamente sus funciones de revisión. Cuando estas deficiencias impiden efectivamente la revisión del recurso, constituyen un error de derecho que permite la revisión basado en un estándar de corrección²⁵⁴.

ESTUDIO DE CASO: R. v. SHEPPARD

En *Sheppard*, la Corte Suprema de Canadá aplicó el principio de que la falta de razones adecuadas es un error de derecho reversible que prohíbe una evaluación de la corrección de la decisión en primera instancia. Por lo tanto, el Tribunal Supremo confirmó la decisión de anular una condena presentada en el juicio a pesar de que a un tribunal de apelación “no le sea dado el poder de intervenir simplemente porque cree que la corte de primera instancia hizo un mal trabajo para expresarse”:

En este caso, el Tribunal de Apelaciones de la provincia de Newfoundland anuló la condena del demandado porque el juez de primera instancia no dio razones en circunstancias que “pedían un análisis explicativo”. Dicho de otra manera, se puede decir que el juez de primera instancia cometió un error de derecho al no proporcionar una explicación de su decisión que fuera lo suficientemente inteligible como para permitir la revisión en apelación. Estoy de acuerdo con esta conclusión y, por lo tanto, rechazaría el recurso de la Corona.

Colin Sheppard, de veinticuatro años, un carpintero desempleado de Spaniard's Bay, Newfoundland y Labrador, fue acusado de posesión de propiedad robada, dos ventanas abatibles por un valor de \$429. No se encontraron ventanas robadas en su poder. El caso contra el Sr. Sheppard descansaba enteramente en una acusación de su novia que llevó su historia a la policía dos días después de la conclusión de su relación tempestuosa diciendo que “ella lo atraparía”. Él testificó en su propia defensa. Fue condenado por un juez de la corte provincial después de un juicio sumario y se le impuso una multa de \$1,000 y se le ordenó que

²⁵³ *Baker v. Canada* (Minister of Citizenship and Immigration), [1999] 2 S.C.R. 817, párrafo 43.

²⁵⁴ *Newfoundland Nurses*, *supra* 251, párrafo 16.

“volviera a pagar” el costo de dos ventanas al depósito de un constructor local. Él todavía no entiende la base de su convicción y nosotros tampoco. La suma total de las razones del juez de primera instancia consiste en la siguiente declaración:

Habiendo considerado todos los testimonios en este caso, y recordándome la carga en la Corona y la credibilidad de los testigos, y cómo se va a evaluar esto, considero culpable al acusado.

[...]

No es necesario ni apropiado limitar las circunstancias en las que un tribunal de apelación puede considerarse incapaz de ejercer un examen de apelación de manera significativa. El mandato del tribunal de apelación es determinar la exactitud de la decisión del juicio, y una prueba funcional requiere que los motivos del juez de primera instancia sean suficientes para tal fin. El tribunal de apelación en sí está en la mejor posición para tomar esa determinación. El umbral se alcanza claramente, como aquí, donde el tribunal de apelación considera que no puede determinar si la decisión está viciada por error. Los factores relevantes en este caso son que (i) existen inconsistencias o conflictos significativos en la evidencia que no se abordan en las razones para el juicio, (ii) la prueba confusa y contradictoria se relaciona con un tema clave en el recurso, y (iii) el expediente no explica de otro modo la decisión del juez de primera instancia de manera satisfactoria. Otros casos, por supuesto, presentarán diferentes factores. La regla subyacente simple es que si, en opinión del tribunal de apelación, las deficiencias en las razones previenen una revisión significativa en apelación de la corrección de la decisión, entonces se ha cometido un error de derecho.

12. Estándares especiales de revisión

(a) Hallazgos del Jurado

Los jurados funcionan como intermediarios o determinadores de hechos y los tribunales de apelación otorgan gran deferencia a los hallazgos de hecho del jurado. Este estándar de revisión generalmente se expresa más enérgicamente en relación con los jurados que la declaración habitual de “error palpable y anulador”.

Está bien establecido que el veredicto de un jurado civil se mantendrá normalmente a menos que el veredicto sea “tan irrazonable e injusto como para satisfacer la apelación que ningún jurado que revise las pruebas en su conjunto y actuando judicialmente podría haberla alcanzado”²⁵⁵. No se ordenará un nuevo juicio a menos que se haya producido “algún error sustancial o error judicial”²⁵⁶. Esto se describe como un estándar de revisión “muy alto”²⁵⁷.

En circunstancias excepcionalmente raras que involucran una mala dirección que constituye un claro error en la ley, un veredicto de jurado razonable puede ser anulado. Por ejemplo, tal remedio puede estar disponible cuando el cargo del jurado caracterizó erróneamente la carga de la prueba²⁵⁸, o los requisitos de una defensa²⁵⁹, o cuando los acusados no pudieron avanzar una defensa en un nuevo juicio que su propio recurso había sido responsable de desarrollar²⁶⁰.

(b) Daños

La evaluación de la corte de primera instancia de los daños, en ausencia de un claro error de derecho, está sujeta a deferencia en la apelación. Siguiendo a *Housen*, las evaluaciones de daños no se pueden descartar sin un error palpable y anulador²⁶¹.

(c) Costos

Cuando la parte vencida está obligada a indemnizar a la parte vencedora por una parte de sus costas legales al concluir el procedimiento, la determinación del tribunal de primera instancia de la cantidad apropiada de costos tiene derecho a deferencia sustancial en el recurso. En reconocimiento de la importante discreción otorgada al juez de primera instancia para fijar los costos, se permitirá un recurso acerca de la determinación los costos “solo si el juez de primera instancia haya cometido un error de principio o si la determinación de los costos esté claramente incorrecta”²⁶².

²⁵⁵ *McCannell v. McLean*, [1937] S.C.R. 341 p. 343, citado con aprobación en *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 30 en el párrafo 30, *Lazare v. Harvey*, 2008 ONCA 171 en el párrafo 24, autorización para recurso negada, [2008] S.C.C.A. No. 320.

²⁵⁶ Ley de las Cortes de Justicia, R.S.O. 1990, c. C.43, s. 6.

²⁵⁷ *Lazare v. Harvey*, 2008 ONCA 171 en el párrafo 24, autorización para apelar negada, [2008] S.C.C.A. No. 320.

²⁵⁸ *Senger v. Lachman*, 2008 ONCA 323, párrafos 11-15.

²⁵⁹ *Pereira v. Hamilton Township Farmers' Mutual Fire Insurance Co.*, [2006] O.J. No. 1508 (C.A.).

²⁶⁰ *Quan v. Cusson*, 2009 SCC 62, párrafos 33-44.

²⁶¹ *K.L.B. v. British Columbia*, 2003 SCC 51 en el párrafo 62; *M.B. v. British Columbia*, 2003 SCC 53, párrafo 54.

²⁶² *Hamilton v. Open Window Bakery Ltd.*, [2004] 1 S.C.R. 303, párrafo 27.