

MANUAL DE

LITIGACIÓN

DE AUDIENCIAS ORALES EN
LA NUEVA JUSTICIA CIVIL DE
COSTA RICA

Editor/a:

MARCO FANDIÑO CASTRO
LORENA ESPINOSA OLGUÍN

Autor:

FELIPE MARÍN



Global Affairs
Canada

Affaires mondiales
Canada



Centro de Estudios de Justicia de las Américas

MANUAL DE LITIGACIÓN DE AUDIENCIAS ORALES EN LA NUEVA JUSTICIA CIVIL DE COSTA RICA

Felipe Marín



Global Affairs
Canada

Affaires mondiales
Canada



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

Edición

Lorena Espinosa Olgún
Ananías Reyes

Nombres de autores o autoras que están en el libro

© Felipe Marín

Manual de Litigación de Audiencias Orales en la Nueva Justicia
Civil de Costa Rica
Registro Propiedad Intelectual: A-294196
ISBN: 978-956-8491-52-9

Diseño Portada

Claudia Durán

Diseño e Impresión

Gráfica LOM

Distribución gratuita

TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN	15
1. La magnitud del desafío del cambio de código.....	15
2. Normas versus habilidades.....	16
3. Cómo leer este manual	17
CAPÍTULO I. REGLAS DE LA PRUEBA	19
1. Introducción	19
2. Valores como guía.....	20
3. Forma de practicar los medios de prueba en general	20
4. Forma de la declaración de las personas en la audiencia de juicio.....	21
4.1. Los valores involucrados	22
4.1.1. Oralidad e intermediación	23
4.1.2. Igualdad procesal	24
4.1.3. Publicidad	24
4.2. Declaraciones prestadas fuera de juicio: prohibición de sustitución.....	25
4.3. Uso permitido de las declaraciones prestadas fuera de juicio.....	26
4.4. Declaraciones prestadas fuera de juicio versus otros medios de prueba	30
4.4.1. Espíritu y finalidad.....	31
4.4.2. Criterios para distinguir	31
a) Momento.....	31
b) Finalidad	32
c) Afirmaciones exculpatórias o inculpatórias de las partes	32
4.5. Examen directo de los declarantes	33

4.6. Contraexamen de los declarantes.....	34
4.6.1. Primer fundamento: prohibir las preguntas sugestivas en el contraexamen no cumple ningún objetivo.....	36
4.6.2. Segundo fundamento: prohibir las preguntas sugestivas en el contraexamen afecta severamente las posibilidades de realizarlo de manera efectiva.....	38
4.7. Declaración voluntaria de las partes como testigos.....	38
5. Prueba material.....	40
5.1. Deficiencias de la prueba material.....	40
5.1.1. Inmediación.....	41
5.1.2. Contradicción.....	41
5.2. Autenticación.....	42
5.3 Regulación en el Código Procesal Civil.....	43
5.4. Confianza versus desconfianza.....	43
5.5. Prueba en la impugnación y autenticación.....	44
5.6. Forma de practicar la prueba material.....	44
6. Orden de presentación de la prueba.....	46
CAPÍTULO II. NOCIONES PRELIMINARES PARA UNA LITIGACIÓN EFECTIVA.....	49
1. Introducción.....	49
2. La audiencia de juicio y la investigación de los hechos.....	49
3. Hacer hablar la prueba.....	50
CAPÍTULO III: MÉTODO PARA LA CONSTRUCCIÓN DE CASOS.....	53
1. Introducción.....	53
2. Teorías legales.....	53
3. Propositiones fácticas.....	54
3.1. Elemento de la teoría legal: acción.....	56
4. Propositiones fácticas y prueba.....	58
4.1. Prueba directa y prueba indirecta.....	59
4.2. Prueba sobre el fondo y prueba sobre prueba.....	59

5. Teorías legales, proposiciones fácticas y prueba.....	60
6. Momento para la construcción del caso	61
CAPÍTULO IV: TEORÍA DEL CASO.....	63
1. ¿Qué es la teoría del caso?	63
2. Características de la teoría del caso	64
2.1. Sencilla, clara y breve.....	64
2.2. Coherente.....	65
2.3. Única	66
2.4. Verosímil	67
3. Preparación de la teoría del caso.....	67
CAPÍTULO V. EXAMEN DIRECTO	69
1. Introducción.....	69
2. Objetivos del examen directo.....	69
2.1. Acreditación del declarante	69
2.2. Probar nuestras proposiciones fácticas.....	75
2.3. Reforzar la fuerza de nuestra prueba material.....	76
2.4. Obtener información relevante para el análisis de otras de nuestras pruebas.....	77
3. Orden de presentación de nuestra prueba	77
4. Forma de preguntar	79
Modelo 1:.....	79
Modelo 2:.....	79
5. Tipos de preguntas.....	80
5.1. Preguntas abiertas y cerradas	80
5.2. Preguntas sugestivas.....	83
5.3. Excepciones a la prohibición de preguntas sugestivas en el examen directo	84
6. Algunas buenas prácticas para el examen directo.....	86

6.1. No escribir las preguntas.....	86
6.2. Escuchar al declarante	87
6.3. Adelantarse a la contraparte.....	87
6.3. No usar terminología legal ni abstracciones.....	91
6.4. No basta con tocar un punto para darlo por trabajado	92
7. Selección de nuestros declarantes	92
CAPÍTULO VI: CONTRAEXAMEN.....	95
1. Solo cuando hay algo que hacer.....	95
2. Control sobre el declarante.....	97
3. El contraexamen no es un fin en sí mismo	98
4. Salir a pescar	103
5. El lugar seguro.....	103
6. Objetivos del contraexamen	105
6.1. Desacreditar al declarante	105
6.2. Desacreditar el testimonio	109
6.3. Acreditar nuestras proposiciones fácticas y nuestra prueba material	110
6.4. Obtener inconsistencias entre pruebas de la contraparte.....	110
7. Orden del contraexamen.....	111
8. Tipos de preguntas.....	113
8.1. Preguntas sugestivas.....	113
8.2. Preguntas abiertas y cerradas	115
8.3. Preguntas de transición	115
8.4. Embudo	116
CAPÍTULO VII. USO DE DECLARACIONES PRESTADAS FUERA DE JUICIO	119
1. Formas de uso	119
1.1. Ayudar a la memoria del declarante.....	119
1.2. Pasos propuestos para ayudar a la memoria	121

1.3. Mostrar contradicciones.....	123
1.4. Pasos propuestos para mostrar contradicciones	125
CAPÍTULO VIII. OBJECIONES A LAS PREGUNTAS.....	131
1. Proteger la calidad de la información	131
1.1. Preguntas confusas.....	131
1.1.1. Preguntas compuestas	132
1.2. Preguntas capciosas	133
1.2.1. Pregunta que tergiversa la prueba	133
1.2.2. Pregunta repetitiva.....	135
1.3. Preguntas sugestivas en el examen directo	137
1.4. Preguntas ofensivas y vejatorias	137
2. Proteger el uso racional de los recursos del sistema judicial	138
2.1. Preguntas sobre hechos evidentes, notorios o admitidos	138
2.2. Preguntas impertinentes	138
2.3. Preguntas por opiniones.....	139
2.4. Argumentativas	141
3. No solo preguntas, cualquier acción	142
4. Procedimiento.....	142
5. Es una decisión estratégica	143
CAPÍTULO IX. PRUEBA MATERIAL.....	145
1. Introducción.....	145
2. Agregando valor	145
CAPÍTULO X. ALEGATOS	149
1. Alegato de apertura y alegato final.....	149
2. Alegatos de apertura	149
2.1. Contenidos del alegato de apertura	149

2.1.1. La teoría del caso	149
2.1.2. El mapa de ruta	151
2.1.3. Introducción de los personajes	152
2.1.4. Bases legales para la sentencia	153
3. Algunas consideraciones adicionales.....	153
3.1. Promesa.....	153
3.2. Sin conclusiones.....	153
3.3. Anticipar las debilidades.....	154
3.4. Duración del alegato	154
4. Alegato de cierre	154
4.1. Momento para sacar conclusiones	155
4.1.1. Pruebas de buena calidad.....	156
4.1.2. Han probado tales afirmaciones	159
4.1.3. Que satisfacen tales elementos de la ley	159
4.2. Estructura.....	160
4.2.1. Temático.....	160
4.2.2. Cronológico	162
4.2.3. Probatorio	162
CAPÍTULO XI. EXAMEN DIRECTO Y CONTRAEXAMEN DE PERITOS.....	163
1. Introducción.....	163
2. Ámbito de la declaración	163
3. Desafíos en el examen directo.....	163
4. Desafíos en el contraexamen.....	164
5. Uso del informe pericial	165
CAPÍTULO XII. AUDIENCIA PRELIMINAR	167
1. Introducción.....	167
2. Objetivos de la audiencia preliminar.....	167
2.1. Conocimiento y depuración del conflicto.	168
2.2. Conclusión temprana del conflicto	168

3. Determinación de la prueba	169
3.1. Pertinencia.....	169
3.2. Exclusión	171

PALABRAS DEL DIRECTOR

Desde su creación en el año 1999, el Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA) ha acumulado una vasta experiencia en reformas a los sistemas de justicia. Durante estos años el organismo ha constatado que llevar a cabo una reforma al sistema de justicia debe siempre realizarse desde una perspectiva de política pública integral. Esto quiere decir que junto a los cambios normativos, la transformación del sistema de justicia debe contemplar, desde su diseño y hasta su implementación, cambios a niveles orgánicos, institucionales y culturales, junto a recursos físicos, tecnológicos y financieros.

Hemos identificado que uno de los grandes desafíos que presentan este tipo de procesos es la demanda de cambios en las personas que se desenvuelven en el sistema, las que deben adaptar sus prácticas laborales, metodologías de trabajo y mentalidad a la nueva organización que sirve al nuevo modelo de gestión y procesal. Por ello venimos trabajando para que los países de nuestra región tomen conciencia de que el éxito de una reforma tiene una variable directamente dependiente de la cultura y de las prácticas judiciales. Y por dicho motivo, se hace necesario considerar y ejecutar procesos de capacitación que puedan entregar a quienes trabajan o se relacionan cotidianamente con el sistema, los conocimientos, herramientas y destrezas que les permita adecuarse exitosamente al nuevo modelo.

El 1 de diciembre del año 2015, la Asamblea Legislativa de Costa Rica aprobó un nuevo Código Procesal Civil, cuya entrada en vigencia está programada para octubre de 2018. Dicho código consagra un sistema de justicia civil oral por audiencias, que requiere precisamente una nueva forma de trabajar de jueces, juezas, abogados y abogadas.

Para contribuir a lograr dicho objetivo, CEJA ha apoyado al Poder Judicial de Costa Rica con la elaboración de dos manuales prácticos que tienen por finalidad orientar a todos y todas quienes participan del sistema, a modificar sus prácticas y adaptarlas a lo que exige un sistema oral por audiencias. Se trata de un **Manual de Litigación para abogados y abogadas**, y un **Manual de Dirección de Audiencias para jueces y juezas**, que permitirá que puedan realizar su trabajo ya no en la lógica de los expedientes, sino en función de la producción de información de alta ca-

lidad en las audiencias, para permitir a juezas y jueces tomar decisiones de calidad frente a los conflictos. Ambos manuales han sido elaborados teniendo en cuenta la nueva normativa procesal costarricense.

El **Manual de Litigación** permitirá a profesionales de la abogacía abordar los casos de manera técnica, estratégica y eficiente. Se presenta la Teoría del Caso como herramienta principal de litigio, la teoría y técnica para la preparación y ejecución de un examen directo y contra examen. Se precisa cómo construir un alegato de apertura y un alegato de clausura, junto con cómo litigar con la prueba en este nuevo sistema.

Por su parte, el **Manual de Dirección de Audiencias Civiles** está diseñado especialmente para que jueces y juezas puedan llevar adelante una de las tareas más importantes del nuevo sistema: **ejecutar, dirigir adecuadamente, y obtener información de alta calidad en una audiencia oral**. El Manual propone una metodología práctica y concreta para conducir una audiencia oral, la cual contempla un estudio y preparación temprana del caso, identificación de escenarios para conciliar, profundizar y ordenar el debate, entre otras cosas.

Una litigación correcta y estratégica, y una adecuada dirección de las audiencias, son sin lugar a dudas, elementos fundamentales en el desarrollo y consagración de la oralidad como metodología de trabajo, y en el respeto del debido proceso como estándar de garantía para las personas que concurren a tribunales.

Ponemos a disposición de ustedes estos dos Manuales, los que han sido un esfuerzo conjunto entre el Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA) y el Poder Judicial de Costa Rica, con el apoyo financiero de Global Affairs Canada (GAC).

Confiamos que serán una herramienta para contribuir a una resolución de conflictos de mayor calidad y de modo más eficiente, lo que será finalmente responsabilidad de las y los operadores del nuevo sistema.

JAIME ARELLANO QUINTANA
Director Ejecutivo
Centro de Estudios de Justicia de las Américas

INTRODUCCIÓN

1. La magnitud del desafío del cambio de código

Cuando cambia la ley, los abogados debemos volver a estudiar. Y esto es especialmente cierto cuando lo que cambia es todo un código. En estos casos, es común que la nueva normativa esté construida sobre un paradigma distinto. No se trata entonces solo de un cambio de normas, sino que de sistemas: valores y principios diferentes. Este es un desafío de proporciones para quienes trabajamos con la ley. Debemos ser capaces de *resetearnos*, volviendo a cero, para que nuestro conocimiento y experiencia, en lugar de ser una ventaja, no se transforme en un obstáculo para entender la nueva. Habrá nuevas normas, nuevas lógicas, nuevas relaciones entre ellas. A veces hasta habrá nuevas instituciones. Pero cuando el cambio es a un código procesal, jueces, juezas, abogados y abogadas deberemos aprender a *hacer* las cosas de una manera diferente a la que estábamos acostumbrados. El desafío es monumental. Este es el desafío que nos plantea el nuevo Código Procesal Civil.

Para aprender a *hacer* las cosas de la manera que propone el nuevo código, no nos bastará con estudiar y comprender sus normas. Por supuesto, será necesario conocerlas y comprenderlas a profundidad. El punto es que esto no será suficiente para saber litigar de una manera efectiva en el nuevo sistema. Y la razón es muy sencilla: conocer y comprender las normas no nos ayudará a saber *cómo* se hace. ¿Cómo se pregunta a un testigo? ¿Cómo se pregunta a un testigo hostil? ¿Cómo se puede utilizar de manera efectiva en el juicio lo que una persona declaró antes del juicio? ¿Cómo se construye una estrategia para practicar el conjunto de la prueba de una manera persuasiva? Las normas del código no nos sirven para contestar a estas preguntas, de la misma manera que leernos el manual de un automóvil no nos sirve para aprender a manejar.

Este es un manual de litigación hecho para que los abogados litigantes comencemos a contestarnos esas preguntas. Lo que pretende es introducir al conocimiento sobre las técnicas que es necesario desarrollar para litigar profesionalmente en un sistema por audiencias. Aquí podrán encontrar lo que podemos llamar el “marco conceptual” de la litigación.

Leer este manual ayudará, por lo tanto, a comprender mejor cómo litigar eficazmente. Sin embargo, leer este manual no ayudará a nadie a mejorar la calidad de su litigación actual. Un abogado podrá conocer y comprender las normas del código, podrá ahora conocer y comprender las reglas de la litigación, pero cuando tenga que contraexaminar a un testigo, estará tan perdido como si nunca hubiese sabido nada de esto. Para poder hacerlo bien, no hay otro camino que entrenar. Una y otra vez. Esta es la única forma de desarrollar las habilidades necesarias para trasladar ese conocimiento a la práctica. Y es por eso que hoy los abogados nos damos cuenta de la necesidad de tener nuestros propios gimnasios: cursos de litigación que nos permiten entrenar nuestras habilidades en un escenario dispuesto especialmente para eso, donde los errores no se pagan caros, sino que, por el contrario, son bienvenidos para detectar falencias, integrarlas, repetir y mejorar.

2. Normas versus habilidades

Es necesario conocer las normas del Código Procesal Civil para saber cuáles son las reglas del juego al litigar. Pero solo es posible comprender el sentido y alcance de esas reglas del juego si se sabe en qué consiste litigar y cuáles son sus dificultades y límites. Ambas son las dos caras de la misma moneda. Si las normas del código son interpretadas a través de un ejercicio meramente intelectual, el peligro de que sean comprendidas con significados que no se compadezcan con la realidad son muy altos. ¿Podemos hacer preguntas sugestivas en el contraexamen? Esta pregunta, como muchas otras, puede ser contestada tomando en consideración solo el texto del nuevo código. Y, tal vez, teniendo solo el texto como referencia, la respuesta sería negativa. Sin embargo, cualquiera que haya tenido la experiencia de interrogar a un testigo hostil, sabe que no hay posibilidades de defenderse si no se puede hacer preguntas sugestivas. Desde la lectura meramente intelectual de las normas, se nos podrá decir que se respetó nuestro derecho a defendernos, pues tuvimos las armas para hacerlo: nos dieron la oportunidad para interrogar al testigo de la contraria. Pero desde la realidad de la litigación sabremos que, si se en ese interrogatorio solo se nos dejó hacer preguntas abiertas, solo se nos dio una oportunidad formal de defendernos: éramos perros sin dientes. Y si desde la lectura intelectual de las normas se nos contesta que se respetó la igualdad procesal al impedirnos hacer preguntas sugestivas, pues esta restricción fue impuesta a ambas partes, desde la litigación sabremos que eso no hace más que agravar el asunto porque significa que se vulneró el derecho a defenderse de ambos.

La necesidad de conocer la litigación es fundamental para llenar de contenido las reglas procesales. Por esto es usual que en sistemas proce-

sales con mayor tradición en litigación en audiencias se exija que los jueces hayan tenido primero una trayectoria destacada como abogados litigantes o, en su defecto, que se sometan a un fuerte entrenamiento en habilidades de litigación. Solo esta experiencia les permitirá llenar de contenido correctamente las nuevas normas. Por lo anterior, aunque este es un manual destinado principalmente para los abogados litigantes, es también para los jueces.

Por la misma razón anterior, este manual contiene un capítulo destinado a explicar el significado de muchas normas que tienen impacto directo en la litigación y que pretende ofrecer una interpretación coherente, tanto con los valores y principios del nuevo sistema, como con la experiencia de la litigación en sistemas por audiencias.

3. Cómo leer este manual

El orden en que están tratadas las materias en este manual puede sorprender a algunos. Veremos primero las habilidades necesarias para litigar en la audiencia de juicio y luego revisaremos la audiencia preliminar. ¿Por qué ver la audiencia preliminar después si ocurre primero? La razón es muy sencilla: para comprender de mejor manera lo que debemos hacer en la audiencia preliminar, cuyo objetivo principal es preparar la audiencia de juicio, tenemos que comprender primero lo que esperamos poder hacer en esa audiencia de juicio. Prepararse para algo conocido es mucho más productivo que hacerlo para lo desconocido. Entender primero la audiencia de juicio nos permitirá entender mejor la audiencia preliminar y lo que debemos hacer en ella.

Estudiar primero la audiencia de juicio también se explica en que, estratégicamente, los abogados litigantes siempre debemos trabajar pensando en la audiencia de juicio. Es cierto, no todos los casos llegan hasta esa etapa. Por el contrario, la minoría de los casos llegarán a la audiencia de juicio. Pero siempre es una posibilidad. El resultado que podríamos obtener en la audiencia de juicio es el criterio que marca nuestro estándar. Lo usamos para comparar las demás posibilidades. ¿Es conveniente aceptar el acuerdo que ofrece la contraparte? Esta pregunta la responderemos siempre teniendo a la vista el resultado que podríamos obtener si fuésemos a juicio. Las bondades de una propuesta de acuerdo no se evalúan en abstracto, sino que se contrastan con las posibilidades reales de nuestro caso.

Por último, es importante explicar por qué este manual no contiene citas. Como ya señalamos, este es un manual de litigación hecho para los abogados litigantes. No pretende ser un texto científico. Su contenido no

es más que sentido común explicado y ordenado. Proviene de años de experiencia enseñando litigación y litigando en audiencias. Por supuesto, esto no significa que su contenido sea original. La rueda ya se inventó hace mucho tiempo. Por lo mismo, para cualquiera que quiera profundizar en la materia y conocerla desde otros puntos de vista, se acompaña al final del manual una lista de bibliografía recomendada.

Felipe Marín Verdugo

CAPÍTULO I.

REGLAS DE LA PRUEBA

1. Introducción

El sistema por audiencias civil y sus valores fundamentales son nuevos entre nosotros. Por eso no es extraño que nuestra comprensión del significado de las normas que intentan pormenorizar estos valores sea todavía incipiente, más aún cuando inevitablemente tendemos a seguir leyéndolas desde la “cultura” del sistema anterior. Debido a esto hemos considerado necesario destinar este capítulo a explicar algunas de las normas del nuevo código que consideramos fundamentales. La comprensión de sus alcances facilitará el correcto funcionamiento del nuevo sistema procesal civil y, con ello, el trabajo que esperamos puedan desempeñar nuestros jueces, juezas, abogados y abogadas.

Las cuestiones normativas que revisaremos estarán limitadas a aquellas que tienen impacto directo en la litigación, que es la materia de este manual. Dentro del concepto “litigación” es posible incluir dos funciones distintas de los abogados dentro del proceso judicial: negociar y probar. Respecto de la primera, las normas establecidas en el código son simples. Si la negociación presenta alguna dificultad, se encuentra más bien en el desarrollo de las habilidades necesarias para desarrollarla eficazmente, pero no en las normas que la regulan. Respecto de la segunda, en cambio, el sistema normativo es novedoso y más complejo. Por lo mismo, nos concentraremos en la explicación de estas normas.

Antes de comenzar nuestra revisión normativa de las normas relacionadas a la función de probar, es necesario aclarar el uso de dos conceptos que utilizaremos en este capítulo y a lo largo de todo este manual. En primer lugar, al conjunto de normas que regulan la actividad de probar lo denominaremos “reglas de la prueba”. Este conjunto de reglas agrupa a normas muy diversas, pero que tienen en común la determinación de qué, cómo, cuándo y dónde se prueba. En segundo lugar, usaremos también un término común para identificar la audiencia en que debe realizarse la práctica de la prueba. Como el código usa distintos nombres para esta audiencia dependiendo del procedimiento aplicable (ordinario, sumario, etc.), pero todas ellas comparten la misma función (probar los

hechos de fondo del caso), las llamaremos “audiencia de juicio”. Consideramos que esta denominación manifiesta de la mejor manera posible su naturaleza: es el momento en que, conociendo los medios de prueba, el juez o el tribunal se forma su *juicio* sobre los hechos.

2. Valores como guía

Toda norma de cualquier ordenamiento jurídico está ahí para cautelar ciertos valores que como sociedad hemos decidido son dignos de protección y fomento. En algunas oportunidades, el mismo sistema legal se encarga de explicitarlos. En nuestro caso, el Código Procesal Civil enuncia varios de ellos en su artículo 2: igualdad procesal, instrumentalidad, buena fe procesal, dispositivo, impulso procesal, inmediatez, oralidad, concentración, preclusión y publicidad.

Las normas jurídicas específicas que luego usa el código para dar una forma más precisa al proceso civil, no son más que un intento por pormenorizar estos valores y así hacerlos operativos. Este intento, al tratarse de uno realizado por seres humanos, siempre será imperfecto. Habrá contradicciones, vacíos y ambigüedades. Esto nos obligará a interpretar e integrar. Cada vez que esto ocurra, no debemos olvidar que son los valores que la norma intenta proteger los que realmente importan, y que toda interpretación o integración debe estar dirigida a protegerlos.

Respecto de las reglas de la prueba, los valores que cobran mayor relevancia para comprenderlas son la igualdad procesal (debido proceso), la inmediatez, la oralidad y la publicidad. Serán estos valores los que una y otra vez usaremos para comprender el sentido y alcance de estas reglas.

3. Forma de practicar los medios de prueba en general

Respecto de los medios de prueba, es posible distinguir al menos tres momentos relevantes para la litigación: (1) la admisión, (2) la práctica y (3) la apreciación de la prueba. Cada uno de estos momentos tiene sus propios objetivos y, por ende, sus propias reglas, pero es posible identificar un factor común para las que regulan la admisión y la apreciación de la prueba y que la diferencian de las que regulan su práctica: para las dos primeras el código dispone sistemas de libertad. Así, frente a la pregunta *¿qué* tipos de medios de prueba pueden ser usados (admitidos) para probar los hechos en la audiencia de juicio?, la respuesta del código es: “Cualquiera que no esté prohibido” (artículo 41.2). Y frente a la pregunta *¿cómo* deben ser apreciados los medios de prueba practicados en la audiencia de juicio?, el código dispone que puede hacerse con libertad y respetando la lógica, la experiencia, la ciencia y el correcto entendi-

miento humano (artículo 41.5). Ambos sistemas de libertad se alejan del sistema de prueba tasada, el que determinaba que ciertos hechos solo podían ser probados a través de determinados medios de prueba y qué valor debía dársele en general a los medios de prueba.

El código, sin embargo, no responde dando libertad cuando se pregunta *¿cómo* deben ser practicados los medios de prueba en la audiencia de juicio? A esta pregunta, el código contesta “solo de la manera establecida en la ley”. Esto lo hace al regular expresamente la *forma* específica en que cada medio de prueba debe ser *practicado* en la audiencia de juicio. En definitiva, existe libertad para usar cualquier medio de prueba para probar un hecho y existe libertad para apreciarlos, pero cada medio de prueba deberá ser *practicado* en la audiencia de juicio de la *forma* que la ley dispone, y solo de la forma que la ley dispone. No hay libertad para hacerlo de otra manera, ni para las partes ni para el juez, salvo que la misma ley reconozca una excepción. Como quedará en evidencia en lo que sigue, la ausencia de libertad para practicar los medios de prueba no se debe a un exceso de rigidez ni formalismo del legislador, sino que a una medida básica de protección para garantizar mínimamente que los valores del código no se queden solo en palabras cuando se trata de la prueba.

4. Forma de la declaración de las personas en la audiencia de juicio

De acuerdo al Código Procesal Civil, la regla general para practicar la declaración de los testigos, peritos y partes es la misma en lo fundamental: deben presentarse a declarar personalmente en la audiencia de juicio. Así lo señala expresamente en el artículo 42.1 para la declaración de parte al disponer que “La declaración de las personas físicas será *personal*”. Lo mismo hace el artículo 44.4 al disponer que los peritos “deberán *comparecer* a la audiencia”. Respecto de los testigos, si bien el código no contiene una norma que lo señale expresamente, esta se encuentra implícita en un sinnúmero de disposiciones que la suponen. Solo a modo de ejemplo, el artículo 41.4 N°1 sobre el deber de cooperación, dispone que las partes podrán “solicitar la cooperación de los tribunales para ... *citar* testigos y peritos u ordenar su *comparecencia* por cualquier medio disponible” y lo dispone así justamente porque esta es la manera de poder recibir sus declaraciones personalmente en la audiencia de juicio. Luego, por la misma razón, agrega que “Los tribunales requerirán su *asistencia a las audiencias* por cualquier medio, incluso con el auxilio de la Fuerza Pública, si fuera necesario”. El mismo artículo, en su N°3, dispone que “La prueba se practicará en una sola audiencia... Las partes podrán disponer *el orden de la declaración* de sus testigos”, lo que también supone que los testigos están en el tribunal para prestar su declaración personalmen-

te, pues solo así tiene sentido permitir que la parte elija el orden en que será recibido el testimonio de cada uno. En su N°5, sobre la forma del interrogatorio, dispone que “El interrogatorio será *oral y directo*” y que “La parte formulará las preguntas al declarante sin intermediación del tribunal”, lo que supone que el declarante está en la sala de audiencias frente a las partes y el juez al mismo tiempo para prestar su declaración personalmente. También dispone que “Si deben declarar dos o más personas sobre los mismos hechos, se tomarán las medidas necesarias para evitar la comunicación entre ellas durante el transcurso de la audiencia”, lo que supone nuevamente que los declarantes están todos en el tribunal para prestar su declaración porque deben declarar personalmente. Por su parte, el artículo 43.4 sobre la práctica de la prueba testimonial, dispone que “Al inicio de la declaración, el tribunal juramentará al testigo y le preguntará sobre...”, lo que también asume que el testigo está en la sala de audiencia frente al juez declarando personalmente. Las mismas excepciones a la declaración personal dispuestas en los artículos 41.5 N° 5 y N°6 y 44.4, entre otras, confirman que la declaración personal es la regla general. En fin, las normas que demuestran que los testigos, partes y peritos deben declarar personalmente son abundantes y se repiten a través de todo el código.

Esta regla de declaración personal en la audiencia de juicio significa, en palabras simples, que todo quien tenga algo que decir vinculado a los hechos debatidos, debe concurrir personalmente a la sala de audiencias y contestar a las preguntas que se le formulen. Y solo puede recibirse la información que posee de esta manera.

4.1. Los valores involucrados

Pero ¿por qué el código exige esto? ¿Por qué si alguien tiene algo que decir respecto de los hechos solo puede hacerlo concurriendo a prestar su declaración personalmente a la audiencia de juicio? ¿Por qué imponer una carga tan pesada a los litigantes y al sistema judicial? ¿Por qué no permitir una forma más fácil y económica? Porque para el código, tanto la igualdad procesal (debido proceso) como la oralidad, la inmediación y la publicidad, son valores importantes.

¿Y cómo se relacionan estos valores con la exigencia de que la práctica de la declaración de las personas sea solo de forma personal en la audiencia de juicio? Su relación está en que, como veremos, esta es la forma más efectiva, y tal vez la única que conocemos hasta ahora, para garantizar que la igualdad procesal, la oralidad, la inmediación y la publicidad se cumplan al practicar este tipo de pruebas.

Para comprenderlo, veamos este ejemplo: imaginemos que el abogado de la parte demandada quiere usar un video en el que aparece el lugar donde se produjo el accidente que se debate en el juicio. Además del lugar, en las imágenes aparecía una persona, con el uniforme de la empresa del demandado, que explicaba lo que iba mostrándose: *“Y aquí puede verse la entrada, y allá a la derecha está la máquina”, “aquí es donde ocurrieron los hechos”, “la máquina se enciende presionando este botón de aquí y, como se puede ver, al accionarlo comienzan a rotar las aspas...”, “las aspas no pueden rotar si primero no se acciona este botón...”, “el botón no puede accionarse casualmente porque está protegido por esta cubierta de aquí...”*. La parte contraria se opone al uso de este video y el juez decide permitirlo, pero parcialmente: solo podrán verse las imágenes, suprimiendo el sonido.

¿Tiene sentido esta decisión? Dentro de la clasificación de los medios de prueba que dispone el código, ¿qué medio de prueba sería este? A primera vista, este video parece tratarse de un “medio tecnológico” expresamente reconocido como medio de prueba en el artículo 41.2 N°6. Por su parte, el artículo 48 prescribe que los filmes deben ser practicados en el juicio mediante su reproducción. Entonces, ¿no debiera el juez haber permitido su reproducción íntegra? No. Este juez pudo identificar que el abogado del demandado estaba intentando cometer un fraude a las reglas de la prueba: respecto de la parte en que aparecían las imágenes, efectivamente había un “medio tecnológico” admisible, pero en la parte en que aparecía una persona hablando, había una prueba de testigos. Si las afirmaciones de esa persona iban a ser admitidas, entonces había una sola manera de permitirlo: esa persona debía concurrir a declarar personalmente a la audiencia de juicio. Esta sería la única manera de interpretar las reglas de la prueba protegiendo la oralidad, la inmediación, la igualdad procesal y la publicidad. ¿Cómo esta decisión protege estos valores en este caso? Veámoslos uno a uno:

4.1.1. Oralidad e inmediación

La oralidad es valiosa en la medida que permite lograr la inmediación. Es decir, la oralidad es un instrumento al servicio de la inmediación. Por su parte, la inmediación –que entendemos como el contacto directo del juez con los medios de prueba (y las partes)– es valiosa por tres razones: (1) manda que el juez y nadie más que el juez sea quien conozca la prueba, prohibiendo la delegación de funciones; (2) le permite al juez presenciar directamente a la “fuente” de la información con la que tomará su decisión, evitando con ello el riesgo de distorsión que sufre la información cuando ella es recibida de segunda mano; y (3) le permite al juez presenciar y controlar la forma en que es producida la información

entregada por el medio de prueba. En nuestro ejemplo del video, ni la primera ni la segunda dimensión de la intermediación parece estar en serio peligro: no hay ningún antecedente que nos permita pensar que no será el juez quien personalmente verá el video en la audiencia de juicio, sin intermediarios. Sin embargo, la tercera dimensión está en serio riesgo: ¿cómo podría el juez apreciar que la declaración del testigo fue prestada libremente?, ¿cómo podría controlar que fue espontánea y sin coacción? El hecho es que, viendo el video, el juez no podría tener la más mínima seguridad sobre nada de esto. Consideremos que se trata de la declaración de una persona que no ha prestado juramento. No sabemos si mientras declaraba había alguien tras la cámara que lo amenazaba o que le indicaba lo que tenía que decir. Es cierto, si el declarante concurriera a la audiencia tampoco podríamos saber con certeza que, antes de hacerlo, recibió amenazas o se le indicó lo que tenía que decir, pero al menos podremos saber que, al momento mismo de prestar su declaración, juró decir la verdad (siendo informado de las consecuencias que conlleva su incumplimiento), nadie lo amenazaba o nadie le decía lo que tenía que declarar. El juez estaría ahí para evitarlo y, si ocurriera a su pesar, al menos lo presenciaría para luego tomarlo en consideración al decidir su peso probatorio.

4.1.2. Igualdad procesal

Pero los problemas no terminan ahí. En estas condiciones, ¿cómo podría el juez garantizar a la contraparte igualdad en la práctica de esta prueba? En concreto, ¿cómo le podría garantizar su derecho a interrogar al testigo? ¿El abogado de la contraparte debiera congelar la imagen y hacerle preguntas a la pantalla? Si se recibiera la declaración sin el testigo presente en la audiencia de juicio no sería posible el interrogatorio de la contraparte y, junto a ello, el juez quedaría solo con una versión unilateral de sus dichos, cuyas falencias no habría existido oportunidad de manifestar.

4.1.3. Publicidad

Las partes y el público interesado en conocer el juicio podrán estar presentes en la audiencia y ver la reproducción del video, pero si la publicidad de las audiencias cumple una función relevante para otorgar legitimidad al funcionamiento y decisiones del sistema judicial, recibir la prueba de esta manera no ayudaría a lograrla: de no cumplirse con la regla de la declaración personal en la audiencia, los juicios terminarían convertidos en una pantomima donde los abogados reproducen videos o leen documentos que contienen declaraciones de personas que nunca aparecen para dar la cara. No es necesario tener conocimientos lega-

les para prever que esta manera de proceder terminaría por corroer la confianza en el sistema judicial: ni las personas comunes y corrientes toman decisiones importantes en su vida con información de tan dudosa calidad.

Como se puede apreciar, las reglas que determinan la forma en que los medios de prueba y las declaraciones de las personas, en particular, deben practicarse en la audiencia de juicio son fundamentales para garantizar la vigencia de los valores centrales del nuevo sistema.

4.2. Declaraciones prestadas fuera de juicio: prohibición de sustitución

Si la declaración de las personas *solo* puede practicarse de manera personal en la audiencia de juicio, surge como una consecuencia natural que las declaraciones que hayan prestado antes y fuera de la audiencia de juicio, no pueden ser usadas *en lugar* de su declaración personal en la audiencia de juicio (como el abogado pretendía en el caso del video). Es decir, de la regla de declaración personal en la audiencia de juicio surge una prohibición general de sustitución: las declaraciones prestadas fuera de la audiencia de juicio no pueden ser usadas para sustituir las declaraciones personales prestadas en la audiencia de juicio. Esta prohibición general es aplicable a cualquier tipo de declarante y a cualquier tipo de soporte en la que pueda encontrarse su declaración prestada fuera de juicio (video, papel, audio, etc.).

Una manifestación específica de esta prohibición general se encuentra en el artículo 45.7 del código. Como el peligro de sustitución se presenta habitualmente con la prueba documental (haciendo pasar declaraciones por documentos), el código dispone expresamente que los informes sobre los hechos que se puedan haber solicitado durante el proceso a cualquier persona (la que sería una declaración prestada fuera de la audiencia de juicio) no serán admitidos como medios de prueba cuando tiendan “a *sustituir* a otro medio de prueba”.

Podría argumentarse que la prohibición de sustitución del artículo 45.7 es la única prohibición de este tipo expresamente reconocida en el código y, por lo tanto, solo se aplica al caso ahí regulado. Esta es una interpretación posible, sin embargo, es una interpretación restringida, es la menos compatible con los valores del código y que de paso deroga tácitamente el conjunto de normas que ordenan que los testigos, partes y peritos deben declarar personalmente. Pero si permitiéramos sustituir las declaraciones personales por otras prestadas fuera de juicio, no solo estaríamos poniendo en riesgo los valores centrales del sistema procesal

civil, sino que también abríamos la puerta para que litigantes inescrupulosos pudiesen fácilmente prefabricar prueba manipulada a su favor, la que luego podría ser practicada en la audiencia de juicio con muy bajas posibilidades de control (sin intermediación, contraexamen ni publicidad).

4.3. Uso permitido de las declaraciones prestadas fuera de juicio

Lo que intentó hacer el abogado del demandado en el ejemplo del video fue un “fraude de etiquetas”. Se trata de evitar el control al que debe someterse la prueba en la audiencia de juicio (oralidad, intermediación, igualdad procesal y publicidad) mediante el cambio artificial del soporte que contiene la declaración. En otras palabras, se trata de disfrazar la declaración de una persona con las ropas de otro medio de prueba. Pero las cosas son lo que son, no lo que se dice que son. El envoltorio no es lo que define el contenido. Si la *declaración* de una persona está grabada en un vídeo, eso no la transforma en un “medio tecnológico”, sino que en una *declaración* contenida en un video. De la misma manera, si la *declaración* de una persona está escrita, eso no la transforma en un “documento”, sino que sigue siendo una *declaración*, pero ahora contenida en un papel.

Si entonces las declaraciones prestadas fuera de la audiencia de juicio no pueden ser usadas para sustituir sus declaraciones personales, ¿significa que lo que las personas hayan dicho fuera de la audiencia de juicio no tiene ningún valor? Digamos que antes del juicio uno de los testigos rindió un informe sobre los hechos. Ahora está declarando en la audiencia de juicio y señala algo distinto a lo que dijo en su informe. ¿Podemos hacer algo? ¿Podemos usar lo que declaró previamente durante la práctica de su declaración personal en la audiencia de juicio?

Lo que la regla de la declaración personal en la audiencia juicio prohíbe es *sustituir* la declaración personal del declarante por otra prestada fuera de la audiencia. En este caso, el testigo está en la audiencia. Está presente. Lo que estaría prohibido sería traer la declaración contenida en el informe *en lugar* de traer al testigo en persona a la audiencia. Usar la declaración que prestó en el informe en el contexto de su declaración personal en audiencia no implicaría entonces una sustitución y, por ende, su uso no estaría cubierto por la prohibición. Estaría autorizado.

Sin embargo, si se permite el uso de la declaración prestada fuera del juicio con el declarante presente, sigue existiendo un riesgo de sustitución, pero ahora en un nivel distinto. Imaginemos que el declarante acaba de señalar en el juicio que *“estaba justo por cruzar la calle cuando vi al camión pasar con luz roja... me salvé solo por unos segundos, casi me*

atropella a mí también”, y que en su informe señaló que *“la luz ya estaba en amarillo cuando el camión cruzó a exceso de velocidad...”*. Si se usara la declaración prestada fuera del juicio en el contexto de su declaración personal, el juez podría considerarla para concluir dos cosas distintas: (1) que *“el camión pasó con luz amarilla”* o (2) que *“el testigo no es creíble al respecto porque ha sostenido dos versiones contradictorias sobre los mismos hechos”*.

La primera alternativa implicaría usar la declaración prestada fuera del juicio para acreditar una proposición fáctica sobre el fondo del asunto debatido. Este uso no estaría permitido pues estaría *sustituyendo* la declaración prestada en juicio (*“el camión pasó con luz roja”*) por la declaración prestada fuera de juicio (*“el camión pasó con luz amarilla”*). Para acreditar las afirmaciones sobre el fondo del asunto, solo pueden usarse medios probatorios practicados de acuerdo a las reglas de la prueba en juicio, que son las que hacen efectivos los valores a los que ya nos referimos del artículo 2 y que confieren las garantías mínimas de confiabilidad de la información aportada. Por el contrario, si la declaración prestada fuera de juicio se usara para concluir que *“el testigo no es creíble...”*, no se está sustituyendo su testimonio. Este sigue siendo *“el camión pasó con luz roja”*, y, por tanto, este uso estaría permitido.

A la misma conclusión puede llegarse desde otro punto de vista. Digamos que determinar si el camión pasó o no con luz roja es lo principal del juicio. Los hechos afirmados por las partes y los medios de prueba dirigidos a lo principal serán entonces aquellos sobre el fondo del asunto. Si como *“prueba sobre el fondo del asunto”* se presentara la declaración personal de un testigo y, durante su declaración, se diera una controversia sobre, por ejemplo, la veracidad de una de sus afirmaciones, surgiría un incidente (una cuestión pertinente, pero accesoria a lo principal). El objeto del incidente sería determinar si la afirmación del testigo es veraz. Para resolverlo, se podrá rendir prueba sobre lo incidentado, lo que en este caso sería lo mismo que decir que se rendiría *“prueba sobre la prueba”*. La declaración prestada fuera de juicio por el declarante será entonces la prueba usada para resolver el incidente (si la afirmación del testigo es veraz), y no prueba de lo principal (si el camión pasó con luz roja). Veamos este ejemplo de contraexamen para graficar esta idea:

P: Señora López, usted ha declarado que los correos con la oferta fueron enviados *“durante la mañana”*, ¿me equivoco?

R: No se equivoca, eso fue lo que dije.

P: ¿Puede precisarnos la hora de la mañana en que esto ocurrió?

R: Mmm... ha pasado mucho tiempo... no podría decirle con exactitud...

P: ¿Habrán sido a las 9:30 de la mañana?

R: No... no creo que haya sido tan temprano... yo creo que debe haber sido más tarde...

P: Señora López, en su empresa se hizo una investigación interna producto de estos hechos, ¿verdad?

R: Sí...

P: Y a usted, como parte del personal involucrado, se le pidió entregar un informe con el relato de lo sucedido, ¿cierto?

R: Claro... todos lo hicimos.

P: Y en ese informe usted señaló la hora específica en que había enviado los correos, ¿cierto?

R: Tal vez... no lo recuerdo tampoco...

P: Señora López, ¿esto que le estoy mostrando aquí es su informe?

R: Parece...

P: Aquí abajo está su firma, ¿verdad?

R: ... Sí, esa es mi firma.

P: Entonces este es su informe, ¿sí?

R: Sí, es mi informe.

P: Y aquí, en la tercera línea del segundo párrafo, dice expresamente: *"Luego de haber redactado los correos con los detalles de la oferta el día 11 de abril, los envié personalmente al día siguiente, 12 de abril, a las 9:30 horas"*. ¿Es efectivo que dice eso?

R: ... Déjeme ver... sí, parece que dice eso...

P: ¿Parece? ¿Tiene alguna duda de que diga exactamente eso?

R: No, claro... eso es lo que dice...

P: Vamos a otra cosa, señora López...

En este caso, el incidente se suscita cuando la testigo niega la hora en que fueron enviados los correos con la oferta. Si, cuando el abogado le preguntó “¿Habrà sido a las 9:30 de la mañana?”, la respuesta hubiese sido “sí, fue a esa hora”, todo hubiese quedado hasta ahí. Sin embargo, la testigo decidió negarlo: “No... no creo que haya sido tan temprano... yo creo que debe haber sido más tarde...”. ¿Es creíble lo que dice la testigo? Como abogados, que investigamos previamente el caso, sabemos que ella ha declarado antes otra cosa y tenemos como probarlo. Entonces surge una controversia sobre la credibilidad de su afirmación. Se abre el incidente y se usa su informe, que contiene una declaración suya realizada fuera del juicio, como prueba de que antes ha afirmado una cosa distinta.

Este uso de las declaraciones prestadas fuera de juicio está reconocido en el artículo 114.1 sobre incidentes en audiencia. Este artículo reconoce la posibilidad general de presentar incidentes y de recibir prueba para resolverlo. También está reconocido en el artículo 41.4 N°5 que permite a los declarantes leer “notas o apuntes” cuando “se trate de preguntas referidas a cifras, fechas, datos de difícil precisión o en los demás casos que se consideren justificados”.

En el caso de los peritos existe una verdadera excepción a la prohibición de sustitución: el artículo 44.4 dispone que cuando las partes y el tribunal lo consideren innecesario, en lugar de la declaración personal del perito, podrá usarse su declaración prestada fuera de juicio (su informe). Esta es una excepción fuerte a la prohibición de sustitución pues permite que lo afirmado por el perito fuera de la audiencia de juicio sea usado directamente para probar hechos de fondo del caso. Por lo mismo, la ley exige que deban cumplirse requisitos altos para que proceda la excepción: todas las partes deben estar de acuerdo, el tribunal también debe estar de acuerdo y todos ellos deben estar de acuerdo en lo mismo: que es innecesario que el perito concurra personalmente a declarar. Si falla cualquiera de estos requisitos, deberá seguirse la regla general: el perito deberá concurrir personalmente a la audiencia a prestar declaración personal. ¿Y cuándo será *innecesario* que concurra el perito? Aunque pueda haber otras razones imaginables, probablemente la principal será que la parte a quien perjudica lo concluido por el perito no tenga líneas de contraexamen relevantes que realizar en su defensa. En este escenario, parece razonable relevar al perito de su obligación de comparecer considerando su costo y complejidades.

4.4. Declaraciones prestadas fuera de juicio versus otros medios de prueba

Muchos documentos contienen información objetiva, como aquellos que transcriben el contenido de una base de datos (una cartola bancaria, por ejemplo). Pero muchos otros documentos contienen afirmaciones realizadas por personas. Pensemos en un contrato de compraventa. En este habrá afirmaciones de las partes respecto del precio de la cosa que se vende, su estado al momento de la entrega, la fecha en que se perfeccionó el acuerdo, entre muchas otras. Pensemos ahora en un anuncio publicado en el periódico sobre un producto cualquiera. Contendrá afirmaciones sobre sus características, precio, duración de la oferta, etc. Lo mismo puede ocurrir con un video. Imaginemos, volviendo a nuestro ejemplo, que el video que quiere incorporar el abogado de la parte demandada es el que muestra el momento mismo de los hechos que fue grabado por las cámaras de seguridad. En ese video veremos las imágenes, pero tal vez también podremos oír el audio con las afirmaciones que hicieron las personas que estaban presentes en ese momento.

Digamos que queremos usar las afirmaciones contenidas en cualquiera de estos soportes para probar alguna de nuestras afirmaciones de fondo del caso. Si, como hemos venido diciendo, la regla de la declaración personal prohíbe su sustitución por cualquier otro medio probatorio, entonces no podríamos usarlos. Diríamos que no se trataría de un “documento” o de un “medio tecnológico”, sino que de una declaración prestada fuera del juicio contenida en un medio de prueba distinto. No podríamos usar ese medio de prueba autónomamente (sin el declarante presente) para probar nuestra afirmación. Y si estuviese presente el declarante, tampoco podríamos usar estas afirmaciones anteriores para probar la afirmación de fondo.

¿Sería esto correcto? ¿Sería razonable en estos casos prescindir de ellos como medios de prueba autónomos (separados del declarante) para acreditar la existencia de los hechos que afirmamos? ¿Estamos dispuestos a perder toda esta información que podría resultar tan valiosa para determinar los hechos? Si aceptáramos que la prohibición de sustitución tiene este alcance tan amplio, finalmente no habría muchos medios de prueba que podríamos usar además de los declarantes.

¿Cómo distinguir cuándo tiene sentido aplicar la prohibición de sustitución y cuándo no? Este es un problema probatorio especialmente complejo en los sistemas orales, para el cual tenemos pocos elementos normativos a los que recurrir, pero que es imprescindible resolver para garantizar su correcto funcionamiento y el respeto de sus valores cen-

trales. Si bien es difícil encontrar una respuesta clara y única para todos los casos (los tribunales tendrán que ir perfilando la respuesta a través de los casos que resuelva), es posible identificar algunos criterios que nos servirán para comenzar a construir una respuesta.

4.4.1. Espíritu y finalidad

El artículo 3.3 nos exige interpretar las normas de código atendiendo “fundamentalmente a su espíritu y finalidad”. ¿Cuál es el espíritu y finalidad de las normas que exigen que las personas declaren personalmente? ¿Cuál es el espíritu y finalidad de la prohibición general de sustitución? El peligro que intentan evitar estas reglas de la prueba (su espíritu y finalidad) es que las partes prefabriquen fraudulentamente información que las beneficie y que dicha información pueda ser luego ingresada a la audiencia de juicio, a través del fraude de etiquetas, sin las garantías que suponen la oralidad, la intermediación, el contraexamen y la publicidad.

4.4.2. Criterios para distinguir

A partir de la identificación del espíritu y finalidad de estas normas, es posible distinguir tres criterios que nos permitirán determinar cuándo estamos frente a un “fraude de etiquetas” y cuándo, en cambio, estamos frente a una prueba material verdadera que puede practicarse autónomamente en la audiencia de juicio (es decir, sin el declarante presente y para probar afirmaciones de fondo). Estos tres criterios son el *momento* en que las afirmaciones fueron realizadas, la *finalidad* con la que fueron expresadas y si *inculpan* o *exculpan* a la parte que realizó las afirmaciones.

a. *Momento*

Si las afirmaciones de una persona contenidas en el soporte fueron realizadas *antes* de conocer la existencia del conflicto o en el *momento mismo* en que éste surgió, entonces disminuye enormemente el peligro de prefabricación. Es menos probable que esas declaraciones hayan sido realizadas acomodaticiamente para beneficiar posteriormente a esa parte, pues en ese momento no se conoce aún el conflicto y ni sus contornos específicos. Imaginemos a un testigo que acaba de ver un accidente de tránsito y que es grabado por otro transeúnte en el momento. En el video aparece gritando “¡el bus pasó con luz roja, el bus pasó con luz roja!” y luego corre a ayudar a las personas accidentadas. Esta grabación sería un medio de prueba que podría usarse autónomamente debido al momento en que fueron realizadas las afirmaciones contenidas en ella. Lo contrario ocurre a la inversa: si las afirmaciones fueron expresadas

después de saber que existe un conflicto, conociendo ya sus contornos y manifestaciones específicas, el riesgo de prefabricación de prueba es mayor. Imaginemos ahora un video en el que aparece otra persona, en el mismo lugar de los hechos, pero un tiempo después de ocurridos. Frente a la cámara afirma “sí, yo estaba aquí el día del accidente... vi pasar al bus con luz verde... yo estaba justo parado en esta esquina, desde donde pueden verse perfectamente las luces del semáforo...”. Esta grabación sería una declaración testimonial encubierta cuya práctica estaría prohibida en el juicio.

b. Finalidad

El criterio anterior puede ser complementado con el de la finalidad. Si las afirmaciones de una persona sobre los hechos fueron realizadas *porque* habrá un juicio, entonces se tratará de una declaración prestada fuera de juicio a la que deberá aplicarse la prohibición de sustitución por el alto riesgo de prefabricación sin control que acarrearía recibirla. Este sería el caso de los informes del artículo 45.7 del código.

Por el contrario, si las afirmaciones fueron prestadas con otra finalidad, antes o después de conocer que existe una controversia, entonces el riesgo de prefabricación de información específicamente beneficiosa para la disputa concreta disminuye. Imaginemos que estamos en un juicio en el que se discute si una obligación fue o no pagada. Una vez que la demanda había sido presentada, la parte demandante presentó su declaración de impuestos en la que detallaba los ingresos que recibió durante el año, detallando su origen. Como esta sería una declaración realizada con otro fin distinto que fijar la declaración para el juicio, podría ser usada autónomamente y no vulneraría la prohibición de sustitución.

c. Afirmaciones exculpatorias o inculpativas de las partes

Por último, los dos criterios anteriores podrán ser complementados con un tercer criterio: si la información contenida en el medio de prueba contiene afirmaciones realizadas por una de las partes, habrá que estar a si ella sirve para inculparla o exculparla. Cuando la declaración ha sido realizada fuera del juicio por una de las partes, cuando ya se sabe que existe un conflicto, con la finalidad de fijar su declaración porque habrá un juicio y contiene afirmaciones que la exculpan, estamos frente al peor escenario: el peligro de prefabricación es evidente. Permitir la incorporación del documento, video o soporte en que se encuentre la declaración queda claramente cubierto por la prohibición de sustitución. Por el

contrario, si la declaración fuera de juicio de la parte es prestada incluso cuando ya se sabe que existe un conflicto, incluso con la finalidad de fijar su declaración porque habrá un juicio, pero contiene afirmaciones que la inculpan, entonces el peligro de que haya sido prefabricada para beneficiarla desaparece o, al menos, disminuye ostensiblemente y su uso estaría permitido (por supuesto, el interesado en presentarla sería la contraparte).

Estos tres criterios podrán ser usados en conjunto para determinar si el medio de prueba ofrecido es efectivamente tal o se trata de una declaración personal encubierta y, por ende, debe ser rechazado como un medio de prueba autónomo para acreditar la existencia de los hechos de fondo que son debatidos.

4.5. Examen directo de los declarantes

El Código Procesal Civil regula la forma en que se produce la declaración de los testigos en el artículo 43.4. Como allí se señala, luego de algunas preguntas introductorias por parte del juez, los testigos comienzan su declaración siendo interrogados por la parte que los presenta. En el caso de los peritos, el artículo 44.4 dispone que será primero examinado por la parte proponente. El interrogatorio realizado por la parte que presenta al declarante es lo que conocemos en litigación como el examen directo.

Desde el punto de vista normativo, el importante tener presente que el interrogatorio en el examen directo no se limita solo a hacer preguntas y obtener respuestas. Imaginemos a una testigo prestando su declaración. El hecho que intenta describir no es fácil de explicar: la dinámica en que diversas personas habían interactuado en el momento de un accidente. La testigo, que había presenciado directamente los hechos a poca distancia, no logra encontrar las palabras para explicar la situación con claridad. Las preguntas del abogado intentan llevar luz a los hechos sin mucho éxito. Nadie parece entender exactamente lo que había pasado. Entonces el abogado le pide a la testigo que se ponga de pie y le “muestre” al tribunal lo que estaba diciendo. La testigo se pone de pie y, luego de un par de demostraciones, hace que lo que parecía tan difícil, fuese claro. Este es el potencial que nos ofrece la audiencia de juicio para probar nuestros casos. La audiencia hace posible al juez percibir directamente toda la prueba, lo que implica que también hace posible percibir todo lo que la prueba tiene para informar. La información que ahora las personas pueden aportar ya no está limitada a su contenido verbal. Ahora toda la persona que declara, incluidas sus demostraciones físicas, están

disponibles como información para el juez. Es por lo anterior que no debemos limitarnos a entender el “interrogatorio” solo como un ejercicio consistente en hacer preguntas y recibir respuestas. Si ampliamos nuestra visión, se nos abre un mundo de posibilidades. En el examen directo podremos entonces *examinar* nuestra prueba en todas sus dimensiones, obteniendo información más allá de las palabras que salen de la boca del testigo. Y es que a veces, una imagen vale más que mil palabras.

4.6. Contraexamen de los declarantes

El contraexamen es la oportunidad que el proceso judicial nos ofrece para mostrar al juez todos los defectos que presentan las declaraciones de las personas que la contraparte ha traído a declarar. El Código Procesal Civil lo reconoce al establecer en el artículo 43.4 que, luego de ser interrogado por la parte proponente (examen directo), el testigo será interrogado por la contraria (contraexamen). Lo mismo hace el artículo 44.4 respecto de los peritos.

La existencia del contraexamen tiene una doble justificación. En primer lugar, el contraexamen justifica su existencia en el derecho a la defensa que asiste a los litigantes (igualdad procesal/debido proceso). El derecho a la defensa incluye tanto el derecho a presentar prueba propia, como también el de contradecir la prueba de la contraria. El contraexamen es la manifestación más directa y concreta de este último derecho. En segundo lugar, se justifica como una herramienta al servicio del propio sistema judicial: si a la justicia le importa evitar tomar decisiones erróneas, entonces necesita contar con un mecanismo de control de la calidad de la información entregada por la prueba para facilitar una correcta determinación de los hechos. ¿En qué consiste el control de calidad de la prueba? Además del contacto directo del juez con la prueba (inmediación), consiste en entregarle a la contraparte, la más interesada en demostrar los problemas de la prueba y quien ha tenido la posibilidad de investigar previamente el caso, la oportunidad de demostrarle al juez las debilidades que ésta presenta. Y esa oportunidad se materializa en el contraexamen. A través suyo, “la prueba será puesta a prueba”. Si el medio de prueba no pasa la prueba, entonces el juez sabrá que no debe confiar en ella. Si pasa la prueba, sabrá que, en principio, puede confiar en ella (el valor que le dé en definitiva dependerá de análisis conjunto de toda la prueba). La idea detrás de este diseño consiste en alinear el beneficio propio de cada parte con los fines de la justicia: si el litigante demuestra que un testigo de la contraria ha mentado, omitido información importante o cometido un error, entonces tanto esa parte como toda la justicia serán beneficiados.

En el contraexamen se puede preguntar todo aquello que sea pertinente. Lo pertinente, a su turno, tiene dos grandes áreas en un sistema de libre apreciación de la prueba. La primera y más evidente, es aquella vinculada a los hechos controvertidos y sus circunstancias. Una pregunta será pertinente en esta primera área cuando la respuesta buscada tienda a hacer *más* probable alguna de las afirmaciones que hemos hecho en el juicio. También será pertinente cuando tienda a hacer *menos* probable alguna de las afirmaciones que se han hecho en el juicio. La segunda área de pertinencia es aquella vinculada a la credibilidad de la prueba. Aquí una pregunta será pertinente cuando tienda a acreditar o desacreditar al declarante, pues la información obtenida será la materia prima usada luego para determinar en concreto su peso probatorio (sana crítica).

Por otra parte, es importante tener en cuenta que el contraexamen no está limitado a lo preguntado en el examen directo. Si en el contraexamen solo pudiera preguntarse sobre los asuntos que el declarante ya declaró en su examen directo, entonces el contraexamen serviría de bastante poco. Sería una herramienta ineficaz para poner a prueba a la prueba. Digamos que un testigo no habló en su examen directo sobre su pasado ni se refirió sobre su respeto a la ley. ¿Significa eso entonces que no podremos hablar sobre sus dos condenas previas por falso testimonio? El contraexamen no está limitado ni por los temas sobre los que se declaró en el examen directo ni por ninguna otra cosa que no sea la pertinencia del tema o de la pregunta que se está haciendo en particular. Es decir, en el contraexamen hay libertad para preguntar sobre cualquier tema, con la única limitación de que éste sea pertinente.

Como ya se dijo, el contraexamen cumple una función trascendental en la audiencia de juicio, tanto para garantizar a los litigantes el respeto a su derecho a la defensa y, por consiguiente, al debido proceso, como también para disminuir la posibilidad de arribar a decisiones judiciales erróneas. Su rol trascendental obliga a asegurar que el contraexamen pueda desarrollarse de forma efectiva, a plenitud, sin restricciones indebidas. Para que esto pueda ocurrir es fundamental comprender que la prohibición de realizar preguntas sugestivas o insinuatorias de la respuesta del artículo 41.4 N°5 debe aplicarse solo al interrogatorio de los declarantes propios (examen directo) y no al interrogatorio de los declarantes de la contraparte (contraexamen). Este asunto es de suma relevancia por lo que nos detendremos a explicarlo.

Las razones para entender que en el contraexamen debe permitirse realizar preguntas sugestivas o que insinúen la respuesta son fundamentalmente dos: (1) porque prohibirlas en el contraexamen no cumple ningún

objetivo y (2) porque prohibirlas afecta severamente las posibilidades de realizar un contraexamen efectivo. Analizaremos estos argumentos a continuación.

4.6.1. Primer fundamento: prohibir las preguntas sugestivas en el contraexamen no cumple ningún objetivo

Una pregunta abierta sería así: ¿de qué color era el automóvil? Esa misma pregunta realizada de forma sugestiva sería así: ¿El automóvil era de color verde, cierto? Una pregunta sugestiva o que insinúa la respuesta es aquella que contiene la respuesta en la misma pregunta. Es la forma más cerrada de preguntar. Se trata, en palabras simples, de una afirmación realizada por el abogado entre signos de interrogación.

La prohibición de realizar preguntas sugestivas o insinuatorias de la respuesta busca proteger la calidad de la información con la que el juez contará para tomar su decisión. ¿Cómo la prohibición protege la calidad de la información que recibirá el juez? Asegurando que la declaración de los testigos sea libre, espontánea. En otras palabras, asegurando que lo declarado por los testigos sea lo que ellos quieren decir y no lo que los abogados quieran que digan.

¿Es esto aplicable de la misma manera para la parte que presenta a un declarante que para la parte contraria? No, porque no existe el mismo peligro de que el declarante de una parte esté dispuesto a decir lo que el abogado le sugiere cuando ese abogado es el de la parte contraria. La prohibición está construida sobre un supuesto implícito que, si bien podría no darse en todos los casos con la misma intensidad, es aplicable a la inmensa mayoría de los declarantes. El supuesto comienza por asumir que los declarantes tienden a comprometerse con su propia versión de los hechos. Cuando esa versión es útil para una de las partes, naturalmente ambos (el litigante y el declarante) se percibirán mutuamente como parte del mismo “equipo”. El declarante tenderá entonces a simpatizar con el litigante que lo presenta y estará dispuesto a defenderlo, porque defenderlo es defender su propia versión de los hechos. Como se puede apreciar, nada en la “cercanía” del declarante con el litigante está relacionado con algún interés espurio en el resultado del juicio, sino que con la natural inclinación a ser útil a quien el mismo declarante cree honestamente está en la razón. Por el contrario, y por las mismas razones antes expuestas, ese mismo declarante tenderá a ser hostil hacia la parte contraria. Las versiones que sostienen son diferentes y podrá prever que la contraparte centrará sus esfuerzos en demostrar que, al menos, el declarante se ha equivocado, ha omitido información importante o, peor aún, ha mentado. Desconfiará del litigante y de sus

preguntas. Si la contraparte le preguntara sugestivamente “los hechos que usted relata ocurrieron al anochecer, ¿cierto?”, el declarante, alertado por su desconfianza, analizará cada palabra de esa afirmación antes de responder, como si estuviese a punto de firmar un contrato con el diablo, y no estará dispuesto a asumir las palabras del abogado como suyas si no está de acuerdo totalmente con cada una de ellas. “No”, pensará, “no fue al anochecer, sino al atardecer, cuando todavía no está tan oscuro...”, “usted quiere hacer creer que no pude ver bien lo que vi...”. Entonces su respuesta será “no, no fue al anochecer”. La hostilidad natural del declarante será la mejor protección en contra de la sugerencia del abogado a responder algo distinto a la versión que el declarante tiene sobre los hechos. Por el contrario, si esta misma pregunta fuera hecha de la misma manera por el litigante que lo presenta, el declarante razonará distinto: “bueno –pensará– tal vez yo no lo habría dicho así, pero entre anochecer y atardecer hay solo un matiz de diferencia... y si lo dice usted, alguien en quien puedo confiar y que no me está preparando una trampa, para qué voy a ser tan quisquilloso...”, entonces existe un alto riesgo de que su respuesta sea “sí, se podría decir que fue así”.

La misma pregunta, el mismo declarante, dos respuestas distintas. Lo que explica la diferencia es *quién* hizo la pregunta. Cuando la pregunta sugestiva se hace en el examen directo, sí hay riesgo de tergiversar la información que aporta el declarante y, por ende, la prohibición se justifica. En el contraexamen, por el contrario, no se presenta el riesgo pues el declarante es naturalmente hostil y la prohibición carece entonces de sentido.

Las preguntas sugestivas no son intrínsecamente indeseables, como sí ocurre con otro tipo de preguntas prohibidas, como las confusas. Una pregunta confusa induce a error al declarante, produciendo una falencia en la calidad de la información que recibe el juez, independientemente de quién sea el que haga la pregunta. Las preguntas sugestivas en cambio son indeseables solo si son realizadas por quien presenta al declarante. Es por eso que, desde antes de la existencia del nuevo código, al declarante que se supone más hostil de todos, la contraparte, se le ha permitido hacer preguntas sugestivas. Como sabemos, a este declarante se le deben formular las preguntas de esta forma pues solo así se le puede aplicar la sanción por no comparecer o dar respuestas evasivas (la admisión tácita del interrogatorio). ¿Cómo se podría admitir tácitamente un interrogatorio que no fue realizado con preguntas que contienen la respuesta? Sería imposible. A la contraparte siempre se le han realizado preguntas sugestivas sin objeciones, porque las preguntas sugestivas no son intrínsecamente indeseables, sino que solo lo son dependiendo de quién pregunte: el litigante que presenta al declarante o la contraria.

4.6.2. Segundo fundamento: prohibir las preguntas sugestivas en el contraexamen afecta severamente las posibilidades de realizarlo de manera efectiva

Podría sostenerse que, independientemente de la razón que justifique la prohibición, impedir las preguntas sugestivas en el contraexamen no produciría ningún daño. Este es un argumento que se ha dado en otras oportunidades. En general viene de académicos o jueces que no han tenido experiencia litigando. Pero para cualquier abogado litigante con un mínimo de experiencia es evidente lo contrario: el interrogatorio a un testigo hostil con preguntas abiertas es una pérdida de tiempo. No se llega a ninguna parte. No puede demostrarse nada de manera clara. Un contraexamen sin preguntas sugestivas es inefectivo. Y el derecho a la defensa, como elemento del debido proceso, no se limita a garantizar a las partes solo una oportunidad formal para interrogar a los declarantes de la contraria, sino que una oportunidad efectiva para hacerlo. Impedir las preguntas sugestivas en el contraexamen sí produce daños: afecta el derecho a defenderse de la parte que contraexamina y afecta la calidad de la información con la que el tribunal tomará su decisión sobre los hechos al no contar con una herramienta efectiva para hacerlo.

4.7. Declaración voluntaria de las partes como testigos

El Código Procesal Civil adopta un sistema de libre apreciación de la prueba (artículo 41.5), reconociendo como límites a esta libertad los criterios de lógica, experiencia, ciencia y correcto entendimiento humano. Este sistema de apreciación implica que el valor que se le entregue a cada medio de prueba solo podrá determinarse en concreto y solo una vez que cada uno haya sido conocido por el juez, es decir, solo después de haber sido producido. Esto es lo opuesto a lo regulado por el sistema de prueba legal o tasada, donde el legislador determinaba *a priori* y en abstracto el valor de los medios de prueba. El sistema de libre apreciación, que abandona el uso de categorías generales y prejuicios, nos presenta a los abogados litigantes un desafío mayor, pues nos obliga ahora a producir la información necesaria para que el juez pueda apreciar en concreto cuánto pesa nuestra prueba y la de la contraria. Ya no bastará con probar que un testigo es pariente de una de las partes para desacreditarlo, habrá que entregar razones concretas para concluir que este pariente en particular tiene suficientes incentivos para tergiversar la verdad en este caso específico. Parte de los objetivos de litigación en la presentación de nuestros declarantes y de los de la contraria estarán destinados a producir esta información.

En nuestra cultura legal, durante tantos años influenciada por el sistema de prueba legal, solíamos definir a los testigos como “terceros que han percibido hechos relevantes para la causa a través de sus sentidos”. Esta definición exigía que los testigos fuesen “terceros”. A veces incluso se agregaba que debían ser terceros “imparciales” o “ajenos”. El sistema de prueba legal buscaba con esto dejar fuera a toda persona que pudiese tener un interés en el resultado del juicio mediante las tachas, excluyendo en primer lugar a las mismas partes, a quienes inhabilitaba para declarar. La razón para hacerlo no constituye nada más que un prejuicio propio de la época en que este sistema de apreciación de la prueba fue creado: todos los interesados en el resultado del juicio siempre mentirán o tergiversarán la verdad para favorecer su interés. Si bien esto podrá ser cierto en algunos casos, en otros no lo será. Y más aún, para saber si en un caso en particular esto es cierto o no, habrá primero que escuchar lo que estas personas tengan que decir, para posteriormente contrastar lo que hayan declarado con el resto de la prueba en su conjunto y luego, solo luego, apreciar si esas personas han mentido o tergiversado la verdad para favorecer su interés. Esto último es lo que mandan a hacer los sistemas de libre apreciación de la prueba. Como consecuencia de lo anterior, la definición de testigo cambia: ahora se tratará de *personas* que han percibido hechos relevantes a través de sus sentidos. Cualquier persona. Incluidos parientes, amigos, enemigos y las mismas partes. Todos ellos son personas y pueden ahora declarar como testigos mientras hayan percibido hechos relevantes a través de sus sentidos. El Código Procesal Civil reconoce este cambio y, coherentemente con establecer un sistema de libertad de apreciación de la prueba, modifica la definición de testigo: el artículo 43.1 señala que podrá ser testigo “cualquier persona física...”. En esta definición no aparece ninguna alusión a “tercero”, “imparcial” ni “ajeno”.

Las partes pueden entonces presentarse a declarar como testigos de sus propios casos y su declaración se practicará de acuerdo a las normas de los testigos: primero declarará a las preguntas que le haga su abogado (examen directo) y luego deberá responder a las preguntas del abogado de la contraparte (contraexamen). El Código Procesal Civil reconoce también la facultad de los litigantes para citar a declarar forzosamente a la contraria (artículo 41.2 N°1) y regula la forma en que debe practicarse (artículo 42). En este interrogatorio, solo el litigante que solicitó la declaración podrá hacer preguntas, pero el hecho de que comience haciéndolas no significa que sea un examen directo. Como puede razonablemente presumirse, la parte contraria será hostil al abogado que la interrogará, por lo que se le permite hacer preguntas sugestivas o que insinúen la respuesta. De esta manera además le pueden ser aplicadas las sanciones a la parte que no colabora.

5. Prueba material

Por prueba material entendemos todos aquellos medios de prueba que no consistan en la declaración de personas. En palabras simples, se trata de cosas. Estas cosas pueden subclasificarse en documentos y objetos. Un documento será cualquier cosa tangible en el que se haya registrado palabras, números o marcas y que no constituya una declaración prestada fuera de juicio. Un objeto será, residualmente, cualquier otra cosa tangible que aporte información (por ejemplo, la misma cosa que fue vendida en una compraventa). Todas estas cosas pueden ser usadas como medios probatorios para hacer más o hacer menos probable la existencia de un hecho.

5.1. Deficiencias de la prueba material

La prueba material, desde el punto de vista probatorio, tiene dos deficiencias de las cuales es necesario hacerse cargo. La comprensión de estas deficiencias nos ayudará a interpretar las reglas de la prueba del código, como también las diferentes estrategias de litigación que podemos usar para superarlas.

Para graficar las deficiencias de la prueba material, revisemos este ejemplo. Digamos que una persona demanda a otra por el daño le provocó que su actuar negligente. En su demanda, la víctima del daño afirma que se hospedó en un hotel que tenía una terraza con vista al mar. La terraza estaba equipada con quitasoles. Estando una tarde en la terraza, el viento hizo que uno de los quitasoles, que estaba mal anclado, se saliera de su base, golpeándolo. Esto provocó que se dislocara el brazo derecho, impidiéndole participar en el torneo de golf por el que había viajado a esa localidad y en el que debía defender los puntos para mantener el primer lugar del campeonato nacional. Al no poder participar, perdió el primer lugar y, con ello, los premios asociados. La demanda exigió un pago millonario. Como prueba directa de la dinámica misma de los hechos, el demandante tiene solo su propia palabra. Las demás personas que habrían estado presentes en ese momento eran turistas que ya no se encuentran en el país o empleados del hotel con cuya cooperación no cuenta. El demandado, por su parte, se defendió afirmando que la lesión sufrida por el demandante no era de su responsabilidad ya que los hechos no habrían ocurrido como señalaba el demandante. Para esto, entre otras cosas, afirmó que en su terraza no hay quitasoles. Para acreditar lo anterior, ofreció un set de fotografías de la terraza en el que no aparecen quitasoles.

Estas fotografías, ¿son efectivamente de la terraza del hotel? Y si lo fueran, ¿cómo podemos saber con mínima seguridad que no fueron captadas desde un ángulo en el que no se ven los quitasoles? O ¿si los quitasoles fueron retirados luego del accidente o para tomar las fotografías? No hacerse estas preguntas sería ingenuo y la prueba material no estaría en condiciones de contestarlas por sí misma. Estas preguntas sin contestar manifiestan las dos deficiencias de la prueba material: poca intermediación y pocas posibilidades contradicción.

5.1.1. Intermediación

Cuando el juez aprecie las fotografías, podrá tenerlas en sus manos. Podrá verlas con sus propios ojos. Pensaremos, entonces, que el juez está teniendo contacto directo con la prueba y, por tanto, que lo ha hecho con intermediación. Y esto es cierto, pero solo en parte. Se habrá cumplido con la intermediación en cuanto a que el mismo juez que dictará la sentencia será el que presencié personalmente la prueba. Nadie le “contó” que había unas fotografías en las que se veía tal o cual cosa, sino que las vio personalmente. Pero no se habrá cumplido con la intermediación en cuanto a la percepción directa del juez de sus circunstancias de producción. El juez no habrá estado presente cuando las imágenes fueron captadas y, por lo tanto, no estuvo ahí para controlar que la información que ellas contienen se produjo sin los vicios que la ley intenta evitar respecto de la prueba: capciosidad, engaño, sugestividad, entre otras, lo que en cambio sí puede hacer cuando recibe la declaración de una persona en la audiencia.

Esta deficiencia en intermediación es propia de la naturaleza de la prueba material y es aplicable tanto a objetos como a documentos, aunque, como veremos más adelante, puede ser matizada a través de ciertos resguardos que la ley reconoce para algunos tipos de prueba material.

5.1.2. Contradicción

El problema de la prueba material se agrava si se considera que ella no es capaz, por su propia naturaleza, de interactuar con el juez, ni con nadie, de la forma en que lo hacen las personas. Si tenemos alguna duda sobre el significado de las afirmaciones de una persona, le preguntamos sobre ello. Sus respuestas podrán servir para aclarar el sentido y alcance de la información que entrega. Esta interacción es especialmente importante en el contraexamen, donde la contraparte puede defenderse de las afirmaciones de los declarantes (igualdad-debido proceso) sometiéndolas a un “control de calidad” con el cual podrá develar sus defectos en beneficio propio y de la justicia. Nada de esto es posible con la prueba mate-

rial: no puede ser contradicha a través del mecanismo más potente que conocemos para ello: el contraexamen. Esto dificulta defenderse de ella y facilita que sus defectos puedan quedar ocultos y las dudas sin resolver.

Si la prueba material tiene estas importantes deficiencias en intermediación y contradicción, entonces se trata de medios de prueba que contienen información en la que *a priori* no podemos depositar nuestra confianza.

5.2. Autenticación

La solución a este problema no está en lo que pueda decir el abogado que pretende usar este tipo de pruebas. Siguiendo con nuestro ejemplo, si el abogado que ofrece las fotografías afirmara en la audiencia que estas representan “*la terraza del hotel*”, no avanzaríamos en nada. Su propia palabra como abogado de una de las partes no serviría para dar por acreditada esa afirmación. Si pretendiese que su palabra sirviera de algo, entonces tendría que declarar en tal sentido, previo juramento, como un testigo más, lo que sería incompatible con su función de abogado y probablemente imposible ya que los abogados entramos en la historia después de que los hechos han ocurrido, por lo que no los hemos presenciado.

En este contexto, ¿qué hacer con la prueba material? ¿Es posible suplir sus deficiencias de alguna manera? ¿Es posible aumentar la intermediación del juez respecto de su forma de producción? ¿Es posible aumentar las posibilidades de contraexaminar a una prueba que no habla?

Muchos sistemas por audiencias restringen los problemas naturales de la prueba material exigiendo que, para valer algo en el juicio, primero deba ser autenticada. La autenticación de la prueba material consiste en probar lo que se afirma respecto de ella. En nuestro ejemplo, el abogado del demandado tendría que probar la afirmación “estas son fotografías de la terraza del hotel”. En otros casos la afirmación que deberá probarse será “este es el contrato firmado entre las partes”, “estas son las fotografías de la fractura del brazo del demandado”, como cualquier otra que se haga respecto de lo que la prueba material es. La prueba que se reciba para autenticar la prueba material, es la que servirá para superar la desconfianza que esta genera *a priori* debido a sus deficiencias en intermediación y contradicción. Aunque no necesariamente en todos los casos, esta prueba consistirá en la declaración de personas que van a la audiencia a declarar sobre el fondo del asunto y que además conocen la prueba material y pueden responder qué es. Cuando ocurre de esta manera, se logra disminuir la desconfianza pues aumenta la intermediación y contradicción ya que, al reconocer la prueba material, el declarante la

hace suya, y a través suyo se produce la información respecto de la prueba material frente al juez y las partes (inmediación), como también podrá producirse el contraexamen del declarante respecto de las afirmaciones que haya hecho sobre la prueba material.

El sistema probatorio del Código Procesal Civil toma un rumbo diferente al antes descrito. Confía inicialmente en la prueba material y le entrega a la contraparte la carga de demostrar lo contrario, pero, como veremos, nada impide como abogados litigantes aumentar la credibilidad de nuestra prueba material a través de la autenticación.

5.3. Regulación en el Código Procesal Civil

El Código Procesal Civil regula la prueba material bajo la única denominación de “documentos”. De acuerdo a su regulación, se presume que los documentos, sean estos públicos o privados, son auténticos cuando han sido “admitidos” tácita o expresamente (artículo 45.1). Por supuesto, en este caso la palabra “admitidos” no es sinónimo de “admitido por el juez en la audiencia preliminar” (en su sentido de juicio de admisibilidad), ya que el juez no puede admitir que se rinda un determinado medio de prueba tácitamente, solo expresamente. Para estos efectos, “admitido expresamente” debe entenderse cumplido al existir afirmaciones dirigidas en tal sentido por la contraparte y “admitido tácitamente” como “no impugnado” de acuerdo a lo señalado en el artículo 45.5. Entonces, respecto de los documentos, deben distinguirse dos situaciones:

- a. Si no fue impugnado en su oportunidad (tácita o expresamente): se presume su autenticidad “mientras no se pruebe lo contrario” (artículo 45.1).
- b. Si fue impugnado en su oportunidad: ya no se aplica la presunción de autenticidad pues fue impugnado (artículo 45.1), pero la parte que presenta la impugnación también tendrá la carga de probarla, para lo cual deberá “exponer las razones concretas de la impugnación” y “las pruebas que la sustenten” (artículo 45.5).

5.4. Confianza versus desconfianza

Como se puede apreciar, si bien los documentos se produjeron fuera de la vista del tribunal y respecto de ellos no es posible un contraexamen, el Código Procesal Civil deposita confianza en ellos. Eso no significa, sin embargo, que confíe ciegamente, por lo que deja abierta la posibilidad de probar lo contrario, pero impone esa carga a la parte que alega su falta de autenticidad. Si el que alega la impugnación carece de los me-

dios probatorios para justificarla, podrá solicitar que le sean aplicables las reglas de facilidad y disponibilidad probatorias del artículo 41.5 y así desplazar el aporte probatorio a la contraparte.

5.5. Prueba en la impugnación y autenticación

Para probar la impugnación del documento público o privado, el código no establece ningún medio de prueba en particular, por lo que es posible concluir que se mantiene la libertad probatorio general.

Para autenticar el documento (reconocimiento), el código señala que “Serán reconocidos por quien los emitió o su representante”, como también que “Los testigos podrán reconocer los documentos elaborados o firmados por ellos y aquellos de los que hayan tenido acceso o conocimiento”. De acuerdo a lo anterior, el código dispone que quienes hayan participado en la producción de los documentos o hayan concurrido con su firma están habilitados para reconocerlos, pero también lo estará cualquier otra persona que haya tenido acceso o conocimiento de ellos (artículo 45.3). En definitiva, un documento puede ser autenticado por cualquier persona que pueda dar cuenta de su origen, explicando qué es ese documento y cómo lo sabe.

El código también se pone en el caso de que, al intentar autenticar un documento, el declarante niegue su firma o desconozca su autoría (artículo 45.6). Es posible prever que esto ocurrirá en el interrogatorio de un declarante hostil que no está dispuesto a colaborar en la autenticación de un documento que va en contra de sus intereses. En este caso, el código reconoce expresamente la posibilidad de practicar cualquier medio de prueba para probar que esa sí es su firma o que sí es el autor del documento, lo que sería un incidente de prueba sobre prueba.

5.6. Forma de practicar la prueba material

Al regular la prueba documental, el código no señala expresamente la forma en que debe ser practicada en el juicio para incorporarse al conjunto de prueba que el tribunal tendrá a la vista para resolver el asunto. Tampoco lo hace expresamente al regular en general la forma de practicar los medios de prueba en el artículo 41.4.

Frente a esta laguna pueden sostenerse básicamente dos alternativas. La primera consiste en sostener que la prueba documental no debe ser practicada en la audiencia de juicio pues ya se encontraría “incorporada al proceso” desde el momento en que fue presentada con la demanda y contestación. Por eso, podría afirmarse desde este punto de vista, el

código no lo regula y el artículo 41.4.4 no nombra a los documentos al establecer el orden en que los medios de prueba deben ser incorporados en la audiencia.

La segunda alternativa consistiría en sostener que la prueba documental debe ser practicada en la audiencia de juicio si se quiere que forme parte de la prueba que el tribunal tendrá en cuenta para tomar su decisión. Desde esta perspectiva, que el artículo 41.4.4 no incluya un orden específico para la rendición de la documental no significaría que no debe ser practicada en la audiencia, sino que existe libertad para practicarla en cualquier momento. Esto resulta compatible con la forma de litigar en los sistemas por audiencias, donde es usual que la prueba de declarantes y documental se entremezcle: a los declarantes se les exhiben objetos y documentos en el contexto de sus declaraciones para que los reconozcan, los sitúen en un contexto determinado, los expliquen y puedan graficar sus declaraciones. Esta segunda alternativa es también más consistente con los valores del sistema procesal civil. Pensemos en la intermediación. Si los documentos se entendieran incorporados con su sola presentación junto con los escritos de discusión, ¿cómo se puede garantizar que serán conocidos directamente por los jueces? ¿cómo puede garantizarse de una manera efectiva que los documentos no serán leídos por otras personas y luego relatados al juez? Consideremos también la publicidad. Imaginemos a un ciudadano cualquiera que asiste para presenciar la audiencia de juicio y luego conoce una sentencia que fundamenta su decisión en información que nunca se conoció públicamente. Imaginemos esta misma situación en un caso de relevancia pública. En estos asuntos tan delicados, la máxima transparencia es indispensable para lograr confianza y legitimidad.

Finalmente, sea cual sea la opción que prime en definitiva en el criterio de los tribunales, es claro es que, incluso entendiendo que la prueba documental ya se encuentra incorporada al proceso desde que fue presentada con los escritos de discusión, nada impide que los abogados litigantes la usen en el juicio junto con los declarantes para dar más claridad a los hechos y credibilidad a sus casos.

Respecto de la forma de practicarla, ello dependerá de la naturaleza de la prueba material de que se trate. Si es un documento propiamente tal, será leído. Si se trata de imágenes, deberán ser proyectadas o mostradas de forma que puedan ser percibidas. Si se trata de un objeto, deberá ser exhibido. En este manual revisaremos las técnicas para realizar esta actividad de una manera eficaz.

6. Orden de presentación de la prueba

El código dispone en su artículo 41.4.4 el orden en que se rendirán los diversos medios de prueba, usando como criterio el tipo de medio de prueba de que se trate. Así, se comenzaría con el reconocimiento judicial, seguido de la declaración de partes, declaración de peritos e interrogatorio de testigos. Este orden puede ser modificado de oficio o a solicitud de parte por causa justificada. El código también señala que cada parte tendrá libertad para disponer el orden de la declaración de sus testigos (artículo 41.4.3).

Esta regulación deja todavía algunos aspectos que precisar. En primer lugar, el código no define si este orden se aplica a la presentación completa del caso de cada litigante uno a la vez o a ambos al mismo tiempo. En la primera alternativa, el demandado comenzaría con su prueba, practicando todos los medios que haya solicitado, en el orden establecido en la ley. Luego, y una vez que el demandante haya finalizado de rendir toda su prueba, lo haría el demandado. En la segunda alternativa, se comenzaría rindiendo una determinada categoría de medios de prueba, por ejemplo la declaración de parte, y en ese momento se practicarían tanto la del demandante como la del demandado, para luego seguir con la siguiente categoría de medios de prueba donde cada parte practicaría las suyas. Esta segunda alternativa tiene algunas ventajas: al recibirse todas las declaraciones de los peritos y testigos de ambas partes a la vez, podrían ser liberados antes, causándoles menos molestias. Sin embargo, esta alternativa parece altamente inconveniente pues pone en peligro uno de los objetivos centrales de la audiencia de juicio: otorgar a los litigantes una oportunidad justa para presentar sus casos de una manera clara, coherente, ordenada y persuasiva y con ello estar en condiciones de convencer al tribunal sobre su versión de los hechos. Lograr estos objetivos al litigar no es nada de fácil. Como veremos a lo largo de este manual, probar es una actividad compleja de comunicación y la estrategia para hacerlo variará dependiendo de las características de cada caso, porque no hay uno igual a otro. A su vez, cada historia puede ser construida de muchas maneras distintas, y en cada caso los litigantes tendrán que buscar la forma más eficaz para comunicar su propia versión de los hechos y, con ello, facilitar al tribunal comprenderlos. Un modelo como el de la segunda alternativa no facilita en nada hacer esto. Por el contrario, lo dificulta en extremo. Hace que la actividad de probar se rigidice, tratando de hacer caber a la fuerza diferentes casos en un mismo molde. Cuando esto pasa, existe un alto peligro de que la actividad de probar pierda dinamismo y sentido, transformándose en una actividad burocrática y automatizada. La primera alternativa, en cambio, permite que cada litigante pueda, al menos, contar su historia sin interrupciones.

Al hacerlo, además el tribunal podrá tener una visión de conjunto más clara sobre el caso presentado por cada parte, facilitándole determinar su peso y, con ello, si la parte que tuvo la carga de probar ha acreditado que su versión es la más probable. Por lo anterior, esta no es solo una manera que garantiza la flexibilidad necesaria para que cada litigante pueda hacer su trabajo, sino que también es una forma más lógica y ordenada de recibir la prueba pues facilita el razonamiento del tribunal.

Otro aspecto que requiere de análisis es el orden en que debe practicarse cada medio de prueba. La ley define preliminarmente un orden y admite que éste puede ser modificado. Las mismas razones antes expuestas para argumentar a favor de que cada parte practique toda su prueba en conjunto, sirven también para afirmar que es conveniente que los jueces permitan que las partes determinen el orden en que presentarán sus medios de prueba. De esta manera, cada litigante, de acuerdo a la estrategia que haya definido para presentar su versión de los hechos, podrá decidir comenzar con la declaración de un testigo, luego la de su perito, para seguir a continuación con otro de sus testigos y así en adelante hasta terminar la presentación de su caso.

CAPÍTULO II.

NOCIONES PRELIMINARES PARA UNA LITIGACIÓN EFECTIVA

1. Introducción

El abogado de la parte demandada llama a su primer testigo y comienza a interrogarlo. Mientras avanza en sus preguntas, va quedando claro que su testigo tiene información trascendental que entregar a favor de ¡la parte contraria! Con la idea de revertir la situación, continúa ahondando aún más en su declaración con la esperanza de encontrar alguna información que le sea útil, hasta que, ya muy tarde y luego de haberle causado un daño irreparable a su caso, decide terminar su interrogatorio.

¿Qué le pasó a este abogado? ¿Un testigo difícil? ¿Un mal día? ¿Mala suerte? Nada de eso. El problema es que este abogado olvidó dos reglas básicas para encarar la litigación, que subyacen a todas las habilidades específicas que revisaremos más adelante en este manual, y que, de no ser respetadas, nos hacen caer en errores como este, impidiéndonos litigar de manera efectiva.

2. La audiencia de juicio y la investigación de los hechos

Lo que le ocurrió a este abogado nos puede ocurrir tanto con las declaraciones de los testigos como con el contenido de cualquier otra prueba. La causa, dejando de lado los casos de pura incompetencia, está en una visión equivocada del trabajo que nos corresponde realizar en la audiencia de juicio y que nos lleva a destacar la primera idea central para encarar nuestra litigación de manera efectiva: la audiencia de juicio no es un lugar para *investigar*.

Cuando un buen abogado litigante interroga a uno de sus testigos, no lo hace para enterarse de lo que sabe, ¡eso ya lo *conoce y por eso mismo decidió llevarlo al juicio!* Y entonces, si el abogado no hace preguntas para enterarse de lo que el testigo sabe, ¿para qué lo hace? Lo hace para que el juez, quien no conoce ni debe conocer la prueba, lo sepa también. El litigante, por lo tanto, no hace preguntas o lee documentos en la audiencia para enterarse de lo que dicen, sino para contar al juez su historia a través de la prueba. Para probar su versión de la historia.

Lo anterior no significa que los abogados litigantes no debamos investigar. Significa que, para nosotros, el *momento* para investigar es *antes* de la audiencia de juicio. Antes de ese momento ya debemos haber reunido toda nuestra prueba y debemos conocerla hasta el más mínimo detalle relevante. Deberemos también conocer la prueba de la contraria con todo el detalle que el sistema legal nos permita.

Cuando la litigación no se enfrenta de esta manera, surgen muchos problemas para el litigante y también para el sistema judicial. Para el litigante, porque dará la impresión de que no se ha preparado correctamente, que está improvisando, que su caso no es serio y, en el peor escenario, porque se arriesgará a obtener información inconsistente con su propia versión de los hechos, haciéndola incoherente. Para el sistema judicial, porque la falta de preparación del abogado le hace perder tiempo escaso y valioso y, peor aún, porque incentiva a los jueces a suplir las debilidades del abogado mal preparado en protección de la parte a quien representa, desdibujando con ello la división de funciones que a cada actor le corresponde en el proceso judicial y, con ello, arriesgando la imparcialidad del juzgador.

3. Hacer hablar la prueba

Pero el desafío para litigar de manera efectiva es más complejo aún. No nos bastará con haber investigado, tener prueba y presentarla en el juicio. Ni siquiera nos bastará con tener la verdad de nuestro lado. Podremos tener todo eso y, a pesar de ello, perder. Para litigar exitosamente todavía nos falta hacer una cosa: convencer al tribunal. Y para hacer esto, los abogados litigantes debemos entender una segunda idea muy sencilla pero determinante: *la prueba no habla por sí sola*.

Por regla general, el significado e implicancias de la información que cada medio de prueba contiene no es evidente por sí mismo. Por el contrario, muchas veces la información cobra distintos significados dependiendo de la forma y momento en que se exponga o dependiendo de los demás trozos de información con los cuales sea relacionada. Una misma pieza de información puede llevarnos a concluir distintas cosas dependiendo de dónde, cuándo y cómo la usemos, de la misma manera en que un cocinero puede preparar platos muy distintos con los mismos ingredientes dependiendo de dónde, cómo y cuándo decida usar cada uno durante su preparación.

Si queremos litigar de manera efectiva, entonces debemos entender que los medios de prueba no son más que nuestra materia prima (ingredientes), y que con ella debemos producir algo distinto que la simple suma

de cada uno de sus componentes. Nuestra intervención entonces está dirigida a agregar valor: decidiremos estratégicamente dónde, cuándo y cómo nuestra prueba hablará. En definitiva, no nos limitaremos a entregarle al tribunal solo un cúmulo de pruebas, sino que le presentaremos algo distinto: un caso.

Presentar un caso (agregar valor a la materia prima), es precisamente lo que justifica la participación de los abogados en una audiencia de juicio. Si nuestro trabajo consistiera solo en poner a disposición del juez nuestra prueba, entonces sería más fácil y barato para todos que las partes fueran quienes directamente la entregaran, sin abogados, para que fuera el mismo juez quien decida unilateralmente cómo encaja cada pieza en el lugar que estime conveniente, desde su particular punto de vista, sin escuchar a nadie más. Sabemos que proceder de esta manera es una mala idea, justamente porque la prueba no habla por sí sola, y que verla solo desde un punto de vista (aunque sea el del juez), puede conducirnos a errores. Por lo mismo, entre otras razones que lo justifican, damos a las partes la oportunidad de defenderse, asegurándoles que el juez pueda conocer su versión. Y para esto estamos los abogados.

Cuando entendemos que la prueba no habla por sí sola, entonces entendemos que alguien la debe hacer hablar. Y ese alguien queremos ser nosotros: queremos hacer hablar la prueba desde nuestro punto de vista, desde nuestra versión de los hechos, para probar nuestra teoría del caso. Si no lo hacemos nosotros, entonces lo hará la contraparte y, por supuesto, el punto de vista desde el que hará hablar la prueba no será el nuestro. Y si por alguna razón la contraparte tampoco lo hiciera, entonces lo hará el juez, y vaya a saber uno desde qué punto de vista entenderá la prueba.

Ahora, si vamos a hacer hablar la prueba, lo podemos hacer bien o lo podemos hacer mal. Un litigante hace hablar mal la prueba cuando mezcla información pertinente con información que no importa o importa poco, haciendo que la información relevante se pierda entre el ruido, dificultando con ello que el juez vea con claridad y fuerza los detalles que hacen a una prueba creíble, como también los puntos de contacto entre los diversos medios de prueba que hacen coherente nuestro caso, perdiendo finalmente credibilidad. Por el contrario, un litigante que hace hablar bien su prueba, simplifica sus casos, como en un trabajo de edición, eliminando toda la información que no sea relevante, definiendo un hilo conductor que permita entregar la información relevante de manera ordenada, facilitando con ello al juez entender dónde encaja cada pieza con fluidez.

Todas las herramientas de litigación que revisaremos en este manual están precisamente destinadas a ayudar al litigante a preparar sus casos para hacer hablar bien su prueba.

CAPÍTULO III. MÉTODO PARA LA CONSTRUCCIÓN DE CASOS

1. Introducción

A la audiencia de prueba no llegan todos los casos en que haya una controversia. Llegan solo aquellos en que la controversia radica en los hechos, es decir, aquellos en que las partes tienen dos versiones antagónicas sobre lo que “realmente” ocurrió. Por lo tanto, la audiencia de juicio se centra necesariamente en probar hechos.

Aunque esta sea una noción normativa elemental, muchas veces su comprensión conceptual no se traduce en una metodología de trabajo correcta. Lo anterior tiene consecuencias negativas en la preparación de nuestros casos, pues podemos confundir en un mismo plano la ley, los hechos y la prueba. Por lo anterior, antes de tratar las herramientas sustantivas de litigación, es necesario detenernos un momento en este asunto pues solo una correcta ordenación de cada uno de estos diversos elementos nos permitirá encarar la construcción de casos claros desde el inicio.

2. Teorías legales

Los abogados litigantes trabajamos con la ley. En general, si tenemos la carga de la prueba necesitaremos convencer a un juez de que en nuestro caso se cumplen todos y cada uno de los distintos elementos normativos de la figura legal que hayamos invocado. Si fallamos en satisfacer uno o más de dichos elementos, perderemos nuestra pretensión. Por otra parte, si no tenemos la carga de la prueba, nuestro esfuerzo estará dirigido a convencer al tribunal de que uno o más de los elementos exigidos por la ley no han sido satisfechos por la contraria y, por consiguiente, su pretensión debe ser rechazada.

La ley, por su propia naturaleza, contiene enunciados generales y abstractos. Veamos este ejemplo: “Todo aquel que por dolo, falta, negligencia, imprudencia, causa a otro un daño, está obligado a repararlo junto con los perjuicios”. Como se puede apreciar, esta norma no habla de ninguna persona en particular. Habla de “aquel que” y de “otro”. No habla

de ninguna acción en particular ni de ningún resultado específico. Habla de que cause “daño”. Todos los enunciados son generales y abstractos.

Estas características de la ley hacen que el trabajo de los abogados litigantes sea difícil: por una parte, debemos satisfacer cada elemento exigido por la ley y, al mismo tiempo, estos *no pueden ser probados*. Así es: no es posible probar que un contratante actuó de *mala fe*, como tampoco un *incumplimiento contractual*, ni que tal persona actuó con *culpa*. Y esto, aunque parezca contraintuitivo, se debe básicamente a que la prueba no habla en el lenguaje abstracto de la ley, y no podría hacerlo. Solo basta con imaginarse a un testigo declarando “yo vi como el demandado se comportó de mala fe”. Esta declaración sería más bien una calificación u opinión del testigo, construida a partir de su percepción (correcta o incorrecta) de ciertos hechos. La prueba habla en concreto, en el lenguaje de los hechos, no en el lenguaje abstracto de la ley. Lo que un testigo sí podría declarar sería más bien algo como “yo escuché a Juan (demandado) decir que había firmado el contrato solo para dejar tranquilo a Miguel (demandante), pero que no tenía ninguna intención de cumplir realmente con lo que habían acordado”. Será el juez quien podrá calificar, si le cree al testigo, que los hechos afirmados son constitutivos de *mala fe*.

3. Propositiones fácticas

Los enunciados de la ley (abstractos) y la información que aporta la prueba (concreta) pueden estar hablando de lo mismo, pero lo hacen en un “lenguaje” distinto. Hay una distancia entre ambas que es necesario salvar para poder vincular unas con otras. Necesitamos un “traductor”. Se trata de un “puente” entre ambas “orillas” para poder conectar un lado con el otro. Esta función la realizaremos a través de la formulación de enunciados a los que llamamos *proposiciones fácticas*. Estas proposiciones fácticas se ubicarán entre los elementos abstractos de la ley y la información concreta que entregan nuestros medios de prueba con la finalidad de unirlos:



Las proposiciones fácticas son afirmaciones de hecho que hacemos respecto de nuestro caso concreto y que, si el juez las cree, tienden a satisfacer un determinado elemento de la teoría legal.

Veamos un ejemplo de construcción de proposiciones fácticas para el siguiente caso:

Don Renato Quiroga, luego de haber tenido durante una semana dolores de cabeza, decidió ir a consultar a un médico. Fue revisado en diversas oportunidades sin encontrar el motivo de sus molestias, por lo que se le pidió realizar una serie de exámenes. Un día después de haberlos realizado, y antes de que estuviesen sus resultados, don Renato perdió el conocimiento mientras trabajaba y tuvo que ser hospitalizado de emergencia. Los resultados de sus exámenes estuvieron listos mientras estaba en el hospital: sus riñones no funcionaban correctamente. Su esposa comenzó a presentar los mismos síntomas pocos días después. La razón era la misma. Desde ese momento en adelante ambos deberían realizarse diálisis periódicas pues sus riñones habían dejado de funcionar. Dudando de que se tratara de una coincidencia, comenzaron a investigar. Nadie en su familia había presentado problemas similares, por lo que descartaron el factor genético. Debía ser una cuestión ambiental. Los resultados de exámenes posteriores confirmaron esta idea: ambos tenían un contenido anormal de mercurio en la sangre. Se enteraron que uno de sus vecinos había tenido también el mismo problema. Tenían en común que comían verduras que cosechaban de sus propios huertos y que regaban con agua del río que pasaba por sus propiedades. Tomaron muestras del agua y tenía un contenido tóxico de mercurio. Tomaron muestras también de sus verduras: el resultado fue el mismo. Diez kilómetros río arriba encontraron una fábrica (Química Mundial) que había comenzado a funcionar seis meses antes y que producía cloro sosa. En la producción de este químico se usa mercurio como conductor eléctrico. Esta era la única fábrica que se encontraba río arriba. Desde la otra orilla del río, pudieron observar que desde la empresa salían dos ductos que botaban líquidos al río. En las semanas que siguieron, aparecieron más personas con problemas al riñón en las comunidades que daban al río.

Para poder preparar nuestro caso, en primer lugar debemos definir, al menos preliminarmente, la acción legal aplicable. Digamos que resolvemos usar la acción dispuesta en el artículo 1045 del Código Civil. Como se puede apreciar, la teoría legal elegida es compleja, lo que implica que está constituida de varios elementos normativos. En primer lugar, hay un sujeto activo de la obligación: “todo aquel”. En segundo lugar, hay un sujeto pasivo específico de la obligación: “otro”. En tercer lugar, debe haber un resultado de las acciones que “todo aquel” produce a “otro”: “daño”.

En cuarto lugar, ese daño debe haber sido provocado por “todo aquel” por su “dolo, falta, negligencia o imprudencia”. Qué es lo que significan cada uno de estos elementos de la ley es una cuestión que van definiendo los tribunales con sus decisiones a través del tiempo. Así, por ejemplo, los tribunales nos dirán que para que “todo aquel” sea responsable del “daño”, debe existir un “vínculo causal” entre su acción y el daño. Para definir nuestras proposiciones fácticas es indispensable primero saber qué han dicho los tribunales sobre el significado de estos elementos legales. Solo haciéndolo podremos saber si nuestras proposiciones fácticas servirán para satisfacer esos significados.

Como se puede apreciar también, la teoría legal que hemos escogido, como todas las teorías legales, tiene enunciados abstractos. En ninguna parte se habla de daños a los riñones, ni de mercurio, ni de don Renato. Por lo tanto, si queremos que el demandado sea condenado por el daño que le causó a don Renato y los demás afectados, necesitaremos unir la prueba con que contamos con cada uno de los elementos abstractos que dispone la ley, para lo cual construiremos proposiciones fácticas.

Así, a modo de ejemplo, podríamos hacer las siguientes proposiciones fácticas para el elemento legal “*vínculo causal*” que debe existir entre la acción y el daño.

3.1. Elemento de la teoría legal: acción

- PF1: Química Mundial produce cloro sosa.
- PF2: Para producir cloro sosa se utiliza mercurio.
- PF2: Una parte del mercurio utilizado en el proceso es desechado.
- PF3: Desechar el mercurio de manera segura es muy costoso.
- PF4: Química Mundial desechó mercurio al río a través de ductos.
- PF5: El río tenía alto contenido de mercurio.
- PF6: El mercurio no se encuentra naturalmente en los ríos.
- PF7: Antes de que comenzara a funcionar Química Mundial, la población riverseña tenía una prevalencia de daños al riñón dentro del promedio nacional.

PF8: Después de que comenzara a funcionar Química Mundial, la población rivereña cuadruplicó el promedio nacional de enfermedades al riñón.

PF9: Antes de que comenzara a funcionar Química Mundial, don Renato Quiroga tenía un riñón sano.

PF10: Seis meses después de que comenzara a funcionar Química Mundial, el riñón de don Renato Quiroga dejó de funcionar.

Como se puede apreciar, cada una de las afirmaciones expuestas está diseñada en términos puramente fácticos. No debe haber en ellas elementos legales ni abstracciones. A su vez, cada una de las proposiciones fácticas tiende a satisfacer el elemento legal para el cual fue diseñada. Así, para el elemento “acción” afirmamos que “Química Mundial desechó mercurio al río a través de ductos”. Para saber si nuestra proposición fáctica tiende a satisfacer el elemento normativo “acción”, la pregunta que deberemos hacernos será la siguiente: si el juez cree que “Química Mundial desechó mercurio al río a través de ductos”, ¿estamos más o menos cerca de que haya habido una “acción”? Si la respuesta a esta pregunta es afirmativa, entonces nuestra afirmación será útil porque estamos más cerca de satisfacer el elemento “acción” exigido por la ley.

Otro asunto distinto será si con esa sola afirmación es suficiente para satisfacer por completo un determinado elemento de la teoría legal. Si una proposición fáctica no alcanza por sí sola a satisfacer el elemento de la teoría legal, no significa que no sirva. Solo significa que necesitamos más. Aquí es donde cobra relevancia la palabra “*tiende*” que usamos en la definición de proposición fáctica. Analizada individualmente, para que una proposición fáctica sea útil, basta con que se acerque, aunque sea un paso, en dirección a satisfacer el elemento de la teoría legal. Esto es lo que significa que una proposición fáctica debe *tender* a satisfacer un elemento de la teoría legal. Luego tendremos que analizar si todas las proposiciones fácticas de las que disponemos son suficientes en su conjunto para dar por satisfecho el elemento de la teoría legal. Esto es lo que hacemos cada vez que carecemos de prueba directa respecto del hecho que necesitamos probar (hecho principal) o cuando, teniendo prueba directa, esta es débil: recurrimos a una serie de hechos secundarios (indiciarios) que, en su conjunto, nos permiten deducir la existencia del hecho principal. A esto lo llamamos presunción judicial: de una serie de hechos graves, precisos y concordantes, el juez puede deducir la existencia de otro hecho desconocido y del cual no hay prueba directa o no la hay suficiente. Por esto mismo es que en los sistemas de libre valoración de la prueba, los medios de prueba y las afirmaciones que estas acreditan, deben ser analizadas en su conjunto y no individualmente.

Es también posible que una proposición fáctica sea útil para satisfacer más de un elemento de la teoría legal. Así ocurre, por ejemplo, con la proposición fáctica “Seis meses después de que comenzara a funcionar Química Mundial, el riñón de don Renato Quiroga dejó de funcionar”. Esta afirmación sirve tanto para satisfacer el elemento “acción” como el elemento “daño”. Aquí las posibilidades son infinitas y dependerán de la teoría legal que se utilice, como de las afirmaciones que sea posible hacer.

4. Propositiones fácticas y prueba

Hasta este momento nos hemos concentrado en el vínculo que debe existir entre la ley y las proposiciones fácticas para que éstas sirvan. Sin embargo, para que una proposición sea útil en la práctica, debe poder probarse. Sin prueba, por mucho que la proposición fáctica sea muy fuerte para satisfacer un elemento de la teoría legal, no sirve.

Como decíamos al inicio, no puede probarse la *mala fe*, ni el *incumplimiento contractual*, ni la *culpa*. Lo que probaremos serán las proposiciones fácticas que hayamos diseñado para satisfacer esos elementos abstractos de la ley. En otras palabras, el objeto de la prueba son los hechos: nuestras proposiciones fácticas. De esta forma, lo que se prueba en el juicio no es si el “dolo”, sino que se prueba que “Química Mundial desechó mercurio al río a través de ductos”. Ahora la prueba puede hablar en el mismo lenguaje de lo que es necesario probar.

La prueba, al igual que las proposiciones fácticas, pueden ser fuertes o débiles. Su fortaleza o debilidad pueden ser medidas desde dos perspectivas complementarias. La primera está vinculada a su valoración: si la información entregada por el medio de prueba es creíble. Lo anterior puede depender de muchos factores, como de las circunstancias de producción de esa prueba (con más o menos intermediación, más o menos posibilidad de contradicción), la existencia de prueba de confirmación, la inexistencia de prueba de refutación, haber sorteado exitosamente el contraexamen, haber explicado suficientemente sus debilidades, entre muchas otras que trataremos más adelante. La segunda está vinculada a su fuerza lógica en caso de ser creída: cuánto tiende a hacer más o menos probable la existencia del hecho que trata de probar. Mientras más intensa sea la tendencia de la prueba para hacer el hecho más o menos probable, más fuerte será la prueba. Si intentamos probar la existencia de un hecho (proposición fáctica) y la prueba, de ser creída, tiende intensamente a hacerlo más probable, entonces es una prueba fuerte. Si intentamos probar la inexistencia de un hecho y la prueba, de ser creída, tiende intensamente a hacerlo menos probable, entonces la prueba también es fuerte.

Para entender la función de la prueba respecto de las proposiciones fácticas es también importante tener presente algunas distinciones básicas entre los distintos tipos de prueba que podemos utilizar en la audiencia de juicio.

4.1. Prueba directa y prueba indirecta

Aunque hay varias maneras de definir qué es la prueba directa y la prueba indirecta, la que nos importa para tener clara su relación con las proposiciones fácticas, es aquella que la vincula con el hecho a probar. Desde esta perspectiva, la prueba directa es aquella que acredita un hecho principal. La prueba indirecta, en cambio, es aquella que acredita un hecho secundario. Como ya tuvimos la oportunidad de explicar, los hechos secundarios son aquellos hechos graves, precisos y concordantes que, en su conjunto y realizando una operación lógica, permiten deducir la existencia de un hecho principal, que es lo que conocemos como una presunción judicial.

Para comprender esto con un ejemplo, pensemos en un caso en el que sea necesario probar la muerte de una persona. La muerte no es un hecho que pueda percibirse directamente por los sentidos. Para acreditarla siempre se necesitará probar hechos secundarios: la persona ya no se movía, no respiraba, ya no tenía pulso, ya no tenía actividad cerebral. Todos estos hechos secundarios en su conjunto, más razonamiento, nos permitirán concluir que esa persona está muerta. Así, el electroencefalograma, por ejemplo, será prueba directa de la proposición fáctica “el cerebro de esta persona ha dejado de emitir pulsos eléctricos”, y es prueba indirecta de la afirmación “esta persona está muerta”. El hecho de que la muerte se pruebe generalmente a través de un certificado oficial de defunción no cambia esta situación: ese medio de prueba no hace más que certificar la existencia de una serie de hechos secundarios –como los señalados– por parte de un médico quien, a partir de ellos, concluye (opina) que esa persona está muerta.

4.2. Prueba sobre el fondo y prueba sobre prueba

La prueba sobre el fondo es aquella que usamos para acreditar las proposiciones fácticas de nuestro caso que, a su turno, servirán para satisfacer los diversos elementos normativos de la teoría legal que hayamos invocado. La prueba sobre prueba, en cambio, es aquella que está destinada a demostrar credibilidad o falta de credibilidad de un medio de prueba sobre el fondo.

Imaginémonos que una persona beneficiaria de un seguro de vida demanda a la compañía de seguros por negarse a pagar el monto correspondiente a pesar de haber fallecido el asegurado. La compañía alega que todo se trata de un montaje y que el asegurado no está muerto en realidad. Como sería de esperar, la demandante presentará prueba para acreditar la muerte del asegurado. Digamos que, entre otras, presenta al médico que certificó la muerte. Durante el contraexamen, el abogado de la compañía de seguros, luego de hacer al médico declarar sobre sus estudios y grados académicos, presenta como prueba un certificado de la universidad en que supuestamente el médico habría cursado sus estudios y obtenido su título, donde se señala que esa persona nunca formó parte de su plantel. Este documento no sería prueba sobre el fondo: ella no podría usarse para hacer más probable la proposición fáctica “el asegurado está vivo”, sino que solo para hacer menos creíble la declaración del ahora supuesto médico, al acreditar que el certificado de defunción no fue emitido por la persona idónea: un médico.

5. Teorías legales, proposiciones fácticas y prueba

La fuerza de nuestros casos estará determinada por una mezcla de factores: a veces dependerá de la calidad de nuestros argumentos para convencer al tribunal del sentido y alcance que deba darse a la ley, en otras de la fuerza de nuestras proposiciones fácticas para satisfacer los elementos de la teoría legal que hayamos invocado, y en otras tantas de la credibilidad de nuestra prueba para acreditar nuestras proposiciones fácticas. Podemos tener casos con proposiciones fácticas fuertes y pruebas fuertes, como podremos tener casos con proposiciones fácticas fuertes, pero con medios de pruebas débiles o, a la inversa, casos con proposiciones fácticas débiles y prueba fuerte. Puede ser que tengamos proposiciones fácticas débiles o prueba débil solo respecto de algún elemento de la teoría legal, mientras en los demás tenemos proposiciones fácticas y prueba fuertes.

Nuestros casos estarán constituidos por la interacción de todos estos elementos. Para evaluar la fortaleza general de nuestros casos con precisión, será necesario entonces distinguir con claridad estos tres elementos (ley, proposiciones fácticas y prueba) entre sí. De esta manera podremos identificar con mayor claridad dónde están nuestras debilidades y fortalecerlas. De no ser posible, tendremos una evaluación, no intuitiva, sino que profesional, de las posibilidades que tendremos de ganar en el juicio, por lo que también tendremos más claro si es mejor sentarse a negociar con la contraria y los términos a los que estaremos dispuestos a aceptar dependiendo del riesgo que hemos ya determinado al conocer las virtudes y debilidades de nuestro caso.

6. Momento para la construcción del caso

Las afirmaciones que hagamos respecto de nuestro caso quedarán fijadas en el texto de la demanda y de la contestación. Luego de haberlos afirmado ahí, será muy difícil modificarlos. Este momento, demanda y contestación, es el que marca el comienzo del proceso judicial, pero para los litigantes será el momento que marca el fin de la preparación de nuestros casos. Antes de hacerlo (demandar o contestar), ya debemos haberlos construido con detalle para estar en condiciones de afirmar los hechos que luego deberemos probar en la audiencia de juicio.

CAPÍTULO IV.

TEORÍA DEL CASO

1. ¿Qué es la teoría del caso?

¿Qué prueba necesito para probar cuáles proposiciones fácticas que satisfagan qué elementos de cuál teoría legal? El método que acabamos de analizar en el capítulo anterior nos ayudará a contestar a esta pregunta clave para presentar de manera efectiva nuestros casos. Un abogado litigante no debe llegar al juicio sin haber hecho este trabajo. Sin embargo, el trabajo que implica el método descrito no es suficiente. Para estar preparado para la litigación es necesario agrupar las diversas afirmaciones que realizaremos (nuestras proposiciones fácticas) en torno a una *idea central* que nos permita ordenarlas, haciéndolas coherentes. Lo que necesitaremos tener es lo que llamamos una *teoría del caso*. Si no la tenemos, los litigantes no haremos otra cosa que dar “palos de ciego”. Iremos reaccionando sin coherencia a cada evento que ocurra durante la audiencia, sin tener un plan que nos permita adecuar nuestras reacciones bajo una idea coherente que las ordene. La consecuencia será más o menos inevitable: lo que ocurra durante el juicio dependerá de muchas cosas, menos de nosotros.

Una teoría del caso no se limita a una narración de hechos. No es solo un cúmulo de proposiciones fácticas. No es tampoco solo nuestra versión puramente fáctica de lo que “realmente” ocurrió. No se limita a hacer una descripción de hechos distintos a los señalados por la contraparte. La teoría del caso está destinada a hacer algo más: debe ser capaz de ofrecer una *explicación*. Para entender esto mejor, pensemos que la audiencia de juicio no es algo muy distinto a un experimento. En un experimento, el científico pone a prueba su propuesta para explicar un fenómeno: su hipótesis. Su propuesta de explicación será validada si las pruebas la sustentan. Por el contrario, su propuesta será desechada si las pruebas la refutan (si son incoherentes con la hipótesis). Nuestra teoría del caso es justamente eso, nuestra hipótesis: la *explicación* que ofrecemos sobre lo que “realmente ocurrió” y que será validada o refutada durante la audiencia de juicio a través de la información entregada por los medios de prueba.

Como ya señalamos, afirmar que la prueba no habla por sí sola, un mismo hecho puede leerse significando cosas distintas dependiendo desde dónde se le mire. La teoría del caso, como explicación, es la propuesta de ese lugar. Es, entonces, la propuesta que hacemos al juez de ver la prueba desde un *punto de vista* determinado. Si el juez ve la prueba desde nuestro punto de vista y éste es capaz de explicarla de mejor manera que la contraria, entonces nuestro punto de vista será el que prevalezca. Si nuestra teoría del caso es capaz de responder de mejor manera a las preguntas que vayan surgiendo de la prueba durante el juicio, entonces nuestro punto de vista será el elegido por el juez.

2. Características de la teoría del caso

Nuestra oferta de punto de vista debe tener ciertas características para ser efectiva. No cualquier teoría sirve, y menos cuando tenemos a un juez al cual convencer y a una contraparte esperando la más mínima oportunidad para encontrar fisuras y refutarla. A continuación, revisaremos las características que debemos tener en cuenta para preparar teorías de caso sólidas.

2.1. Sencilla, clara y breve

Nuestra teoría del caso debe manifestarse en una idea sencilla, clara y breve. Esto es tremendamente importante para facilitar el trabajo del juez a nuestro favor. Si logramos diseñar una teoría del caso con estas características, le facilitaremos al juez comprender por qué hacemos lo que hacemos durante el juicio. El tribunal podrá ir interpretando sin dificultad durante su desarrollo la información que vaya siendo ingresada para contrastarla con nuestro punto de vista. La posibilidad de relacionar las distintas pruebas que se presenten durante el juicio se le facilita enormemente. No hay que olvidar que el juicio es un ejercicio de comunicación y acumulación de información complejo. Todo puede hacerse muy confuso si no se mantiene cierto orden. Una teoría sencilla, clara y breve es fácil de recordar y se transforma en una herramienta útil para que el juez pueda ir ordenando la información en torno a ella. Sin embargo, lograr esta sencillez, claridad y brevedad no es tan fácil como parece. Requiere conocer todos los hechos de nuestro caso en detalle y, a la vez, la capacidad para alejarse de ellos unos pasos para ver la imagen general. Ir y volver desde el detalle microscópico a la visión de conjunto general, una y otra vez, ¡y sin marearse! La maestría para construir teorías de caso con estas características probablemente solo se logra con la experiencia de años de litigación.

Para hacer una teoría del caso sencilla, clara y breve, es muy útil intentar identificar el tema o los temas centrales del caso. Una vez que hayamos definido cuál es su núcleo, lo medular, podremos ir definiendo con más claridad lo que debe o no formar parte de nuestra historia. Esto nos permitirá tener un criterio para identificar la información pertinente y “podar” todo lo que sobra, para simplificar, y así perfilar nuestro caso con más claridad. Esto también determinará las proposiciones fácticas que haremos y la prueba que necesitaremos.

Imaginemos que hemos demandado a una compañía por incumplimiento de contrato. Dentro de todas las posibilidades que podrían haber existido cuando comenzamos a conocer el caso, decidimos concentrarnos en la homosexualidad de demandante. Entonces podremos sostener que el demandado, una empresa dirigida por un hombre conservador y muy religioso, decidió poner término al contrato cuando se enteró de las preferencias sexuales del demandante. Nuestro tema entonces podrá ser “la igualdad”, “el derecho a no ser discriminado” o alguno similar. La definición de este tema nos servirá como criterio para seleccionar la información que usaremos y nos permitirá presentar un caso coherente.

La definición del tema o temas de nuestro caso también se manifestará en la presentación de nuestra prueba. Para esto, podremos elegir ciertas etiquetas que den cuenta de nuestro tema: “homosexualidad”, “conservador”, “religión”, etc. Así, cada vez que examinemos a un testigo, por ejemplo, incluiremos en nuestras preguntas estas etiquetas, marcando la columna vertebral de nuestro caso.

2.2. Coherente

Cada una de las afirmaciones (proposiciones fácticas) que hagamos en el juicio debe ser consistente con la idea central que *explica* lo que realmente ocurrió. A su vez, cada una de nuestras pruebas deben ser consistente con nuestras afirmaciones. Y, por último, todos los hechos que probemos en el juicio deben apuntar a satisfacer suficientemente los elementos que la ley contempla para acceder a nuestra pretensión. La relación que existe entre cada uno de estos elementos -que conformarán nuestra teoría del caso- debe ser coherente.

La coherencia de la teoría del caso es probablemente su característica más importante. Una teoría del caso es coherente cuando logra explicar cómodamente y de manera suficiente todos los hechos y toda la prueba más relevante del juicio. Así, una teoría del caso es coherente, en primer lugar, cuando las afirmaciones y la prueba de la misma parte que las sostiene no entra en contradicción con ella misma (coherencia interna). No

es raro que abogados litigantes con poca experiencia o preparación se den cuenta en la misma audiencia de juicio que uno de sus testigos tiene información que conviene más bien a la contraria. O que nos demos cuenta muy tarde que alguna de nuestras afirmaciones, si bien servía para satisfacer algún elemento de la teoría legal, es contradictoria con nuestra idea general del caso. Cuando esto ocurre perdemos coherencia y, por ello, credibilidad.

Ocurre lo mismo cada vez que nuestra versión es inconsistente con hechos indiscutidos en el juicio y, por ello, imposibles de cambiar. Si la teoría del caso de alguna de las partes fuese inconsistente con un hecho de este tipo, perdería credibilidad. Otra cosa ocurre con los hechos sostenidos por la contraparte que son negativos para nuestra teoría del caso. Si esos hechos fueran tenidos por ciertos por el juez, nuestra teoría del caso perdería credibilidad. Respecto de ellos, nuestra teoría del caso debe ser capaz de dar una explicación. En caso de no hacerlo, correríamos serios riesgos de no ser creídos. Las explicaciones a los hechos negativos sostenidos por la contraparte pueden ser enfrentadas de diferentes maneras. Una posibilidad es atacando la credibilidad de la prueba que los sustenta. Si la prueba de esos hechos adolece de problemas de credibilidad (tanto del medio de prueba mismo como del contenido de su relato), entonces el hecho negativo puede no ser creído. Otra alternativa consistirá en presentar prueba propia que desacredite esos hechos negativos. Para que este camino sea efectivo, nuestra prueba debe ser de mejor calidad que la que tiene la contraparte para afirmar sus dichos. Por último, podemos enfrentar estos hechos negativos incorporándolos en nuestra propia versión de los hechos, dándoles un significado que no nos dañe.

Vamos un ejemplo de coherencia con el caso de don Renato Quiroga y Química Mundial. ¿Cómo explica que las verduras del huerto de don Renato hayan tenido mercurio? ¿Cómo explica que solo seis meses después de haber comenzado a operar, don Renato haya presentado problemas con sus riñones? ¿Cómo explica Química Mundial que esto no solo le pasó a don Renato, sino que haya aumentado tan considerablemente la prevalencia de enfermedades al riñón en las comunidades riverseñas? Si la teoría del caso del demandado no tiene una explicación para estos hechos, perderá coherencia y, por tanto, credibilidad.

2.3. Única

Si queremos que nuestra teoría del caso sea creíble para el juez, debe ser una sola. Las teorías múltiples, especialmente si son contradictorias entre sí, nos hacen perder grandes posibilidades de ser creídos. Imagínense escuchar esto: *“Magistrado, nuestro cliente no tiene responsabilidad en la*

caída del ascensor pues el accidente se produjo por la indebida manipulación del mismo por parte del demandante; sin embargo, si en el juicio se prueba que no se la habían hecho las mantenciones correspondientes, alegamos que eso ocurrió por un incumplimiento imputable exclusivamente a la empresa a cargo del mantenimiento, la cual fue contactada reiteradamente para arreglar el ascensor, pero nunca llegaron; pero si se prueba que no llegaron porque no se les había pagado desde hace meses, entonces alegamos que...". La imagen que queda tras la propuesta de teorías del caso múltiples es esta: ni nosotros mismos creemos en nuestro caso. Un juez tendría pocas razones para creer más que nosotros mismos en nuestra propia teoría del caso.

2.4. Verosímil

Es fundamental también que la teoría del caso sea verosímil. Si bien mucho de nuestro trabajo litigante consiste en narrar historias, es mejor que ellas no provengan del realismo mágico. Las hipótesis que planteemos deben parecer posibles en la realidad. No deben contradecir la lógica, experiencia, ciencia y correcto entendimiento humano. Plantear una teoría del caso inverosímil nos hace perder credibilidad y, nuevamente, la credibilidad es la clave en un sistema de libre apreciación de la prueba.

3. Preparación de la teoría del caso

El trabajo de preparación y definición de nuestra estrategia la realizaremos a través de aproximaciones sucesivas. Si bien comenzamos a construir nuestra teoría desde el primer contacto que tengamos con el caso, ella irá siendo revisada y modificada hasta que finalmente se asiente en una versión definitiva.

Las modificaciones de nuestra teoría del caso pueden ser provocadas por diversas razones. Podríamos descubrir nueva información que nos obligue a realizar cambios. Si cambiara nuestra prueba, entonces podrán cambiar nuestras proposiciones fácticas y, eventualmente, nuestra teoría del caso. Si al estudiar la nueva jurisprudencia de las cortes superiores descubrimos que han dado un significado distinto al que antes daba a algunas palabras de la ley, entonces tendremos que modificar nuestras proposiciones fácticas, nuestra prueba y hasta nuestra teoría del caso.

Es muy importante tomar esto en cuenta para definir el momento en que estaremos preparados para presentar la demanda. Lo mismo para contestarla. Lo que digamos en cada una de estas presentaciones limitará lo que podamos decir en el futuro, como también la pertinencia de la prueba que podamos ofrecer.

Es también importante considerar trabajar en equipo para construir la teoría del caso. La idea del abogado como un trabajador solitario que define por sí solo sus casos no es la más efectiva. Definir la estrategia de un caso, con una teoría coherente, única, breve, clara, sencilla y verosímil, no es fácil. A veces estamos tan inmersos en el caso y sus detalles que perdemos la visión de conjunto. A veces hasta perdemos la objetividad. Presentar el caso frente a otros y testarlo con ellos puede ayudarnos a encontrar fisuras y repararlas antes de que sea muy tarde.

CAPÍTULO V.

EXAMEN DIRECTO

1. Introducción

Como ya tratamos en el capítulo sobre las reglas de la prueba, el examen directo de los declarantes está expresamente reconocido en el código. Este será el momento en que podremos probar nuestras proposiciones fácticas a través de la declaración de las personas que hemos decidido presentar en el juicio como medios de prueba. En este capítulo revisaremos las distintas opciones estratégicas que debemos tener en cuenta para practicar esta prueba de la manera más efectiva posible.

2. Objetivos del examen directo

Nuestra teoría del caso debe ser probada en la audiencia de juicio. Para ello, especialmente si tenemos la carga de probar, dependeremos principalmente de lo que pueda decir nuestra propia prueba. En este contexto, la declaración de las personas que llevamos al juicio será clave y, como ya sabemos, nuestro desafío fundamental será *hacerlos hablar* desde el punto de vista de nuestra teoría del caso para ir acreditando nuestras proposiciones fácticas.

En la preparación y ejecución del examen directo de nuestros declarantes debemos tener presente que hay diversos objetivos que podremos abordar. Por supuesto, lo central es que el declarante nos entregue la información necesaria para acreditar nuestras proposiciones fácticas (su relato sobre los hechos). Este será el núcleo central de su declaración. Es la razón por la que hemos decidido presentarlo. Pero hay otros objetivos secundarios, y no por eso menos importantes, que tendremos que cumplir: acreditar al declarante frente al juez, acreditar nuestra prueba material y obtener información relevante para el análisis de otras de nuestras pruebas que ya presentamos o que presentaremos durante el juicio.

2.1. Acreditación del declarante

Los jueces ven desfilar en sus salas de audiencia a cientos de personas que dicen haber presenciado los hechos. Algunos de ellos son veraces,

otros no. ¿Qué razones tendría un juez para depositar *a priori* su confianza en lo que dice cualquiera de esas personas a quienes nunca ha visto antes en su vida? ¿Es suficiente que hayan jurado decir la verdad para que un juez esté en condiciones de creerles con tranquilidad todo lo que sale de su boca? ¿Más aún si otros declarantes, que también han jurado decir la verdad, tienen versiones distintas sobre los hechos? La ausencia de razones para creer lo que un desconocido viene a decir obliga a los litigantes a producir esas razones. ¿Quién es esta persona y por qué debiera creerle? Esta es una pregunta legítima de cualquier juez. Como litigantes debemos producir información para contestarla si pretendemos darle credibilidad a nuestra prueba y esto lo haremos a través de la acreditación de nuestros declarantes.

La acreditación tendrá entonces como objetivo entregar al juez la información necesaria para que éste pueda contestarse quién es esa persona y por qué debiera creerle. Para hacer este ejercicio de una manera productiva, es necesario evitar hacer una acreditación “formularia”, es decir, aquella que se limita a entregar información formal de identificación del declarante, como la que se ingresa en los encabezados de muchos formularios. Una acreditación “formularia” sería así:

P: ¿Podría usted señalarle al tribunal su nombre completo?

R: Mi nombre es Roberto Manuel del Carmen Pinto Martínez.

P: ¿Y su edad?

R: 51 años.

P: ¿Cuál es su profesión?

R: Médico.

P: ¿Y cuál es su estado civil?

R: Estoy casado.

P: ¿Tiene hijos?

R: Sí, tengo tres hijos.

P: Muy bien, don Roberto, hablemos ahora de lo que pasó el 12 de abril de este año...

Este tipo de acreditación es inútil. Es cierto que nos entrega cierta información del declarante, pero no nos entrega ninguna que le permita al juez valorar su declaración en el caso concreto. ¿Le servirá de algo al juez saber que se llama Roberto? ¿Sería distinta la valoración de su declaración si se hubiese llamado Juan? ¿Las personas que tienen una profesión son más verídicas que quienes no la tienen? ¿Los médicos son más creíbles que los ingenieros? ¿Los hombres casados son más fidedignos que los solteros? ¿Los hombres con hijos son más verosímiles que los que no los tienen? ¿Los que tienen tres hijos son más creíbles que los que tienen dos?

La necesidad de producir información útil para que el juez pueda usarla al valorar la prueba, nos exige hacer un trabajo específico que se dirija a obtener del declarante la información necesaria para que el juez tenga elementos para contestarse a la pregunta de por qué debiera creerle a esta persona *lo que viene a decir al juicio*. Por lo mismo, para determinar en qué consistirá la acreditación de nuestros declarantes, debemos tener claro qué vendrán a decir.

Si un testigo, por ejemplo, viene a declarar sobre hechos que vio, entonces nos importará entregar al tribunal información sobre el estado de su capacidad visual. Ahora lo relevante no es cómo se llama ni cuántos hijos tiene, sino que sí, por ejemplo, puede ver bien.

La intensidad de esta acreditación dependerá fuertemente de cuán contradictorio pueda ser el punto en el juicio. Mientras más lo sea, más específica y detallada deberá ser la acreditación para reforzar a nuestro declarante. Veamos cómo podría ser la acreditación de un testigo que irá a declarar lo que vio el día de los hechos:

P: Don José, ¿cómo considera que está su vista?

R: Muy bien. Puedo ver perfectamente bien.

P: Don José, ¿cuál es su profesión?

R: Soy chofer de camiones.

P: ¿Y qué se necesita para ser chofer de camiones?

R: Bueno, es necesario hacer un curso y tener una licencia de conducir especial.

P: ¿Y usted tiene esa licencia de conducir especial?

R: Claro que sí.

P: ¿Esa licencia tiene algún plazo de vigencia?

R: Sí, luego de un tiempo hay que renovarla.

P: ¿Y qué debe hacer cada vez que necesita renovarla?

R: Bueno, hay que hacer varios trámites y un examen.

P: ¿En qué consiste el examen?

R: Es un examen que determina si uno está en condiciones físicas para manejar.

P: ¿Y recuerda cuáles son las condiciones físicas que se examinan?

R: Bueno, son varias. No sé cómo se llaman los exámenes, pero a uno lo hacen escuchar ruidos con unos audífonos y decir si los escucha y desde qué lado sale el ruido; también hay un oculista que lo hace a uno decir qué letras puede ver en un aparato donde aparecen letras de distintos tamaños.

P: Don José, ¿cuándo fue la última vez que le tocó renovar su licencia?

R: Fue hace unos seis meses.

P: ¿Y cómo le fue en los exámenes físicos?

R: Muy bien, los pasé todos.

P: ¿Y le renovaron su licencia?

R: Claro.

P: Y al renovarle su licencia, ¿le dijeron que tenía que manejar solo de día o solo con lentes, por ejemplo?

R: No, me la renovaron sin ninguna restricción.

P: Don José, ¿tiene usted su licencia aquí?

R: Claro, la tengo en mi billetera.

P: ¿Sería tan amable de mostrársela al tribunal?...

Una vez que el testigo haya mostrado su licencia, habrán quedado pocas dudas sobre el estado de su visión. Minutos después, cuando comencemos a hablar sobre lo que vio el día de los hechos, el juez escuchará este relato sabiendo que está frente a una persona con una comprobada buena capacidad de visión. A lo anterior habrá que sumar que, al momento de apreciar en la sentencia cada uno de los medios de prueba, el juez estará en condiciones de entregar razones de por qué cree que este testigo pudo ver lo que dice haber visto.

Los temas de acreditación son ilimitados. Todo dependerá de lo que venga a declarar el declarante. Es bastante común que la acreditación recaiga en aspectos sensoriales porque los declarantes vienen en general a declarar mayormente sobre lo que percibieron por sus sentidos, pero también es posible acreditarlos desde otros puntos de vista. Así, si una persona viene a declarar respecto de asuntos privados de otra persona, entonces será necesario entregar información que permita al juez concluir que es probable que el declarante haya estado en condiciones de acceder a esa información (como su grado de amistad, por ejemplo). Esto es bastante común cuando un familiar viene a declarar sobre el daño moral sufrido por el demandante. Para ser una prueba efectiva, no bastaría solo con probar que se trata de un familiar, pues hay familias que cultivan sus lazos con distinta intensidad. Para que sea una prueba fuerte del daño moral sufrido, es necesario que el familiar haya conocido de manera cercana a la víctima y tenga cierto contacto cotidiano con ella, de manera de poder percibir su sufrimiento y los cambios que ha experimentado en su vida luego de los hechos. Este podría ser un ejemplo:

P: Doña Jimena, ¿conoce usted al demandante, el Señor Emilio Rodríguez?

R: Sí, es mi tío.

P: ¿Cuántos años tiene usted?

R: Tengo 32 años.

P: ¿Tiene usted familia?

R: Sí, tengo tres hijos.

P: ¿Y cuál es su estado civil?

R: Soy soltera. Tuve a mis hijos con mi conviviente, pero no vivimos juntos hace más de diez años.

P: ¿Y dónde vive usted?

R: Como estoy sola con mis hijos, vivo con mis tíos. Mis padres fallecieron cuando yo era niña y mi tío Emilio y mi tía Yolanda, su señora, me adoptaron. Vivimos en una casa grande, así que podemos vivir todos juntos sin problemas.

P: ¿Desde hace cuánto tiempo vive con sus tíos?

R: La verdad es que he vivido siempre ahí, desde que me adoptaron a los 2 años. Solo durante un año me fui a vivir con mi conviviente, pero eso no resultó y volví con mis tíos.

P: Entonces, ¿cuántos años ha vivido usted con su tío?

R: Bueno, si llegué a los dos años y tengo 32, menos el año que viví con mi conviviente, diría que vivo con él hace 29 años.

P: ¿Y cómo calificaría la relación con su tío en todo este tiempo?

R: Aunque yo no soy su hija, mi tío y yo hemos sido siempre muy cercanos. Él se preocupó mucho de mí cuando era niña. Era mi apoderado en la escuela. Me ayudaba a estudiar. Todos los fines de semana hacíamos alguna actividad juntos. De hecho, hasta antes del accidente, manteníamos la costumbre de ir a andar juntos en bicicleta y ahí conversábamos harto de los que nos pasaba a cada uno.

P: ¿Y cómo describiría a su tío?

R: Él era un hombre muy activo. Yo preparaba el desayuno todos los días como a las cinco y media de la mañana y él partía a trabajar. Siempre estaba de buen humor y tenía mucha energía. Volvía a la casa como a las cinco de la tarde y se ponía a jugar con mis hijos y a veces los ayudaba a hacer sus tareas. Era miembro de la junta de vecinos y partía a las reuniones a veces hasta las once de la noche, y al día siguiente se levantaba a las cinco como si nada. Hacía todos los arreglos de la casa cuando había un problema. La verdad es que no paraba...

P: ¿Y cómo describiría a su tío después del accidente?...

Al llegar a este punto, el tribunal tendrá claro que la testigo es una persona que está en condiciones –por su relación prolongada y cercana– de dar una descripción de la persona accidentada y comparar su estado anterior con el actual. Lo relevante de la acreditación del declarante consiste en hacer un ejercicio concreto, que responda por qué en este caso en particular el declarante debe ser creído. No basta con ser pariente para probar conocimiento íntimo.

Generalmente se propone que la acreditación de nuestros declarantes se haga antes de comenzar su relato sobre los hechos (nuestras proposiciones fácticas). Aunque esto no es indispensable, la recomendación tiene un buen fundamento. La idea es que el juez comience a escuchar lo que el declarante tiene que decir sobre el fondo del asunto ya con cierta información que lo haya predispuesto favorablemente. Además, tiene la ventaja de permitirnos entrar luego en su relato de fondo ya habiendo comenzado una conversación respecto de hechos que generalmente no serán controvertidos y que serán muy familiares para el declarante, permitiéndole bajar el nerviosismo natural que cualquier persona siente al declarar, muchas veces por primera y única vez, en un juicio.

2.2. Probar nuestras proposiciones fácticas

Una vez que hayamos acreditado a nuestro declarante, necesitamos que nos relate los hechos que conoce y que nos sirven para probar nuestro caso. Este es el centro de la declaración. ¿Cómo hacerlo? Como veremos, hay ciertas técnicas para hacer un examen directo efectivo, que potencie la credibilidad de nuestro caso.

Para probar nuestras proposiciones fácticas el trabajo de un abogado litigante se parece en varios aspectos al de un director de cine. No hay que olvidar que, al fin y al cabo, estamos relatando historias. Un director de cine, al estar frente a la escena que va a filmar, decide qué, de todo lo que hay, va a quedar finalmente dentro de cuadro. Esto implica una decisión “editorial”. Habrá algunas partes de la escena que quedarán fuera y no se verán en la película. Nosotros nos parecemos al director de cine en esto. De todo lo que un declarante podría decir, decidiremos en qué de todo ello centraremos nuestra atención. Esto también implica que algunos asuntos que el declarante podría conocer quedarán fuera de su relato. El objetivo de este ejercicio de “edición” no consiste en ocultar información que nos perjudique, sino más bien en hacer un esfuerzo por separar “la paja del trigo”, concentrando el examen directo en todo aquello que sea pertinente para que el juez comprenda fácilmente y con claridad la historia que tenemos que contar.

También los litigantes nos parecemos al director de cine en el producto que esperamos tener. Muchas veces nos ocurre que cuando vemos una película basada en un libro que hemos disfrutado, terminamos decepcionados. Por lo mismo, muchos opinan que “el libro” suele ser mejor que “la película”. Y es que el libro, a diferencia de la película, no copa nuestros sentidos. Las imágenes y sonidos que se representan en el libro nos las imaginamos. Y cada persona se los puede imaginar de distinta manera. El libro es una experiencia más libre, personal y única. En la película, en cambio, solo participamos como espectadores de la versión libre, personal y única del director, que generalmente es distinta a la que nos formamos al leer el libro. En definitiva, la película deja menos espacio para la imaginación. Y esto es lo que también queremos hacer como litigantes: el relato de cada uno de nuestros declarantes debe dejar poco espacio para la imaginación. La declaración debe ser, entonces, un relato completo y claro, como si estuviéramos viendo una película. Con el relato de nuestro declarante queremos probar *nuestra propia* visión de lo que ocurrió. Cada vez que el relato es incompleto, dejando líneas en blanco, será llenado vaya uno a saber con qué información y por quién. Al ver el espacio, la contraparte puede aprovechar la oportunidad y poner ahí sus propios colores. Y si la contraparte no lo hace, será el mismo juez quien, sin ninguna intencionalidad, va a tender naturalmente a llenar el vacío con las imágenes que vengan de su propia experiencia previa, las que no necesariamente serán coherentes con nuestro relato ni con la “imagen” que queríamos dejar en el juez sobre lo que realmente ocurrió.

2.3. Reforzar la fuerza de nuestra prueba material

Como veremos con más detalle en el capítulo destinado a la prueba material, este tipo de prueba consiste en todo aquello que no sean personas que prestan su declaración frente al juez. Se trata, en definitiva, de cosas. Las cosas, sean estas documentos u objetos, pueden aportar información importante para acreditar nuestra teoría del caso. Pero, como ocurre con toda la prueba, para que sirva para acreditar nuestras proposiciones fácticas, primero debe ser creída.

Independientemente del tipo de prueba material de que se trate (aquellas en que el código presume o no su autenticidad), una de las formas que podemos aprovechar para reforzar su credibilidad será a través de la declaración de nuestros declarantes: podremos pedirles que reconozcan las cosas que les mostremos, reforzando con ello que dichas cosas son lo que nosotros decimos que son. A su turno, la declaración de las personas que llevamos al juicio podrá también verse reforzada: lo que ellos han declarado sobre los hechos tiene un correlato material en la realidad.

2.4. Obtener información relevante para el análisis de otras de nuestras pruebas

No debemos preparar el examen directo considerando aisladamente cada medio de prueba. Por el contrario, cada prueba constituye una pieza de un rompecabezas mayor y, como en un rompecabezas, cada pieza encuentra apoyo en las demás. De esta manera, ahí donde este ejercicio se pueda realizar, es conveniente intentar destacar estos puntos de apoyo. Así ocurriría si, por ejemplo, tenemos a varios testigos presenciales de un hecho. Debemos incluir en el examen directo de cada uno preguntas relativas a los demás. Veamos este ejemplo:

P: Doña Mabel, y cuando ocurrió todo lo que nos acaba de contar, ¿dónde estaba usted?

R: Estaba en la sala de reuniones.

P: Y en ese momento, ¿había alguien más ahí?

R: Sí, claro. También estaba una persona de una empresa de transportes. No sé qué cargo tenía exactamente, pero representaba a una de las empresas contratantes.

P: ¿Sabe cómo se llama esa persona?

R: No lo recuerdo. Nunca antes lo había visto.

P: ¿Y recuerda cómo es físicamente esa persona?

R: Sí, es un hombre de unos 60 años, delgado, alto, su pelo era totalmente blanco.

Cuando después de la declaración de esta testigo llamemos a declarar a don Ramiro Castro, un hombre de 62 años, delgado, de 1,85 metros de estatura y de pelo cano, quien también declarará que vio todo lo que ocurrió mientras estaba en la sala de reuniones, entonces su declaración será más creíble que si la información entregada por la testigo anterior no hubiese existido.

3. Orden de presentación de nuestra prueba

Para persuadir, lo primero que debemos lograr es contar nuestra versión de los hechos de una manera clara y entendible. Lo que menos queremos es que el juez salga de la sala de audiencia preguntándose de qué se tra-

taba esto. Por el contrario, lo que queremos es que salga preguntándose cómo es que este caso tan claro pudo llegar a juicio.

Para ello, el orden en que presentaremos nuestra prueba es una decisión estratégica relevante. Dependiendo de la interpretación que se le dé a las normas del código, como ya revisamos en el capítulo sobre las reglas de la prueba, tendremos o no libertad para decidir el orden de la presentación de nuestros medios de prueba. En cualquier caso, el código sí es expreso en darnos libertad para decidir el orden en que podremos presentar a nuestros testigos (artículo 41.4 N°3).

Cada caso es distinto. Decidir el orden de la presentación de nuestra prueba requiere de un conocimiento detallado de nuestro caso. Por eso, no es posible entregar “recetas” que sean aplicables a todo evento. La única idea que debe primar siempre es que nuestros casos, para ser creídos, deben ser claros y entendibles. Con esto en mente, existen un par de criterios que vale la pena tener en consideración al tomar esta decisión.

El primero está relacionado con la forma en que los seres humanos entendemos las historias que nos cuentan: solemos comprenderlas mejor si son relatadas en un orden cronológico, desde el principio hasta el final. Si una historia es relatada cambiando de tiempos, saltando de un momento a otro, nos dificulta comprenderlas. Si esto es efectivo, entonces vale la pena ordenar la presentación de nuestra prueba siguiendo, en lo posible, un orden que respete la cronología en que participaron en los hechos. Así, si un testigo participó al inicio y otro al final de los hechos, partiremos presentando al primero y terminaremos presentando al segundo. Es cierto que muchas veces los declarantes han participado de lo ocurrido en más de un momento, por lo que este criterio es muchas veces difícil de aplicar. Otra forma intermedia de hacer algo similar consiste en presentar en primer lugar a un declarante que pueda entregar un relato completo de los hechos (muchas veces podrá ser la misma parte), para luego presentar a los demás para que declaren corroborando aspectos específicos de esos hechos, en un orden cronológico.

Un segundo criterio que habrá que conjugar con el primero, está relacionado con la manera en que funciona la memoria humana. Diversos estudios científicos han concluido de manera consistente a través del tiempo que las personas tendemos a recordar mejor, dentro de una cadena de eventos, lo que ocurrió al principio y lo que ocurrió al final. Los hechos ocurridos entre uno y otro extremo quedan en la memoria como un recuerdo más bien difuso. Si esto es efectivo, entonces es una buena idea partir y terminar con nuestros mejores medios de prueba.

Respecto del orden en que produciremos la declaración de cada uno de nuestros declarantes, al igual que lo dicho anteriormente, es recomendable seguir un orden cronológico, comenzando por el primer hecho ocurrido, para seguir ordenadamente hasta el último. Es cierto que en la litigación no hay reglas escritas en piedra y que cada litigante puede tener su propio estilo, pero es recomendable, especialmente para quienes estén recién comenzando su experiencia como litigantes, atenerse lo más estrictamente posible al orden cronológico en el relato de sus declarantes.

Aunque no lo parezca, hacer esto correctamente es de los asuntos más difíciles en la litigación. Los ejemplos de exámenes directos tediosos abundan en los tribunales. Hacer un buen examen directo es tan difícil como hacer una buena entrevista: lograr que los espectadores se mantengan atentos a lo que el entrevistado tiene que decir, a través de preguntas que susciten su interés y vayan produciendo información pertinente de manera fácil de entender.

4. Forma de preguntar

Nuestro trabajo como litigantes también se parece al del director de cine en algunas técnicas usadas para relatar historias en la pantalla. Para ubicarnos en la escena, muchas veces el director de cine nos presenta primero una vista panorámica del lugar en el que se desarrollan los hechos, con lo cual nos formamos una idea general del escenario en el que estamos ubicados. Luego, cuando quiere destacar algún aspecto específico de la escena, hace un zoom, centrando nuestra atención en ciertos detalles que son importantes para entender la historia. Esta es una herramienta muy práctica en el examen directo. Primero hacemos que el testigo describa la escena general, para luego llevar su atención (y la del juez), a través de nuestras preguntas, a ciertas áreas específicas de esa escena con el fin de analizarlas en detalle. Esta forma de preguntar puede organizarse básicamente en dos modelos:

Modelo 1:

Descripción general del hecho 1 – detalles del hecho 1 – descripción general del hecho 2 – detalles del hecho 2 – descripción general del hecho 3 – detalles del hecho 3.

Modelo 2:

Descripción general de todos los hechos – detalles del hecho 1 – detalles del hecho 2 – detalles del hecho 3.

La decisión de cuál de los dos métodos usar dependerá fundamentalmente del tipo de declarante que vayamos a examinar. Si se trata de una persona articulada, capaz de hacer un relato ordenado cronológicamente por sí mismo, sin mayor intervención del abogado, entonces debemos preferir el segundo modelo, pues mientras menos intervención del abogado haya, más credibilidad gana la declaración. Si, por el contrario, el declarante no es capaz de contar una historia ordenadamente, como ocurre por regla general, entonces lo más recomendable será usar el primer modelo.

5. Tipos de preguntas

En el examen directo está prohibido hacer preguntas que sugieran las respuestas (preguntas sugestivas o insinadoras de la respuesta). Pero incluso si la prohibición legal no existiera, como litigantes no nos conviene hacerlas. Si lo central en todo examen directo es que nuestros declarantes sean creídos, la forma en que hagamos las preguntas debe estar dirigida a potenciar ese objetivo. Esto se logra poniendo al declarante como el protagonista del examen directo: toda la información que incorpore al juicio debe salir de su propia boca. Si parece que nosotros estamos poniendo nuestras palabras en su boca, entonces no será claro que el declarante es quien conoce la información sobre la que declara y perderá credibilidad.

5.1. Preguntas abiertas y cerradas

Las preguntas pueden ser abiertas o cerradas. Cada una de ellas se define como tal dependiendo de las posibilidades de respuesta que entreguen al declarante. La pregunta será más abierta mientras más libertad tenga el declarante para definir el contenido de la respuesta. A la inversa, la pregunta será más cerrada mientras menos libertad le entregue para definir el contenido de la respuesta.

“¿Cuál es su nombre?” es una pregunta abierta pues el declarante será quien, con millones de alternativas disponibles, llenará el contenido de la respuesta según su decisión, no del abogado. “¿Su nombre es Julián Martínez?” es una pregunta cerrada, de las más cerradas, pues no deja al declarante más alternativas que contestar con un “sí” o un “no”.

Entre la pregunta más abierta de todas y la pregunta más cerrada de todas hay un continuo en que las preguntas pueden ir abriéndose y cerrándose. “¿Qué ocurrió en mayo de este año?” es más abierta que la pregunta “¿qué ocurrió el 13 de mayo de este año?”, y la pregunta “¿qué ocurrió en la tarde del 13 de mayo de este año?” es más cerrada que la anterior. Todas, sin embargo, son preguntas permitidas en el examen directo pues ninguna sugiere una respuesta determinada.

Hacer preguntas abiertas tiene la ventaja de poner al declarante como protagonista y hacerle ganar credibilidad, pero también tiene desventajas: mientras más abiertas las preguntas, más peligro de que el declarante se vaya a asuntos impertinentes que desordenen y hagan confusa la historia. Cuando ello ocurra, será necesario recurrir a preguntas más cerradas, volviendo al declarante la ruta que hayamos previsto.

En la mayoría de los exámenes directos será necesario entonces usar una mezcla de preguntas abiertas y cerradas. Generalmente se entrará a cada asunto del examen directo de la manera más abierta posible y luego se irán intercalando preguntas más cerradas en la medida que queramos enfocarnos en puntos más precisos (zoom). Cerrar las preguntas también será necesario cada vez que nuestros declarantes no entreguen la información precisa que necesitamos extraer de ellos, ya sea por olvido, nerviosismo o cualquier otra razón.

Un examen directo con preguntas permitidas, abiertas y cerradas, podría ser así:

P: Doña Isabel, ¿sabe usted quién es la señora Lucía Silva?

R: Sí, ella es una compañera de trabajo.

P: ¿Y cuál es su trabajo?

R: Trabajamos juntas en una oficina de ingeniería.

P: ¿Y cuál es su trabajo en esa oficina?

R: Soy ingeniera y me hago cargo de la ejecución de proyectos. Nuestros proyectos son muy importantes a nivel nacional... yo he trabajado en proyectos de infraestructura que...

P: Doña Isabel, perdone que la interrumpa, pero ahora necesito que nos concentremos en otro asunto. ¿Sabe cuál es el trabajo de doña Lucía?

R: Es ingeniera, igual que yo, y también está a cargo de la ejecución de proyectos.

P: Antes de trabajar juntas en esta oficina, ¿conocía usted a Lucía?

R: No, lo conocí ahí.

P: ¿Y cuánto tiempo trabajaron juntas?

R: Las dos empezamos más o menos al mismo tiempo. Yo creo que nos conocemos hace unos dos años.

P: ¿Y cómo calificaría la relación que tenían?

R: Buena...

P: Usted nos dijo hace un momento que se conocían hace unos dos años, que las dos eran compañeras de trabajo y que ambas se hacían cargo de la ejecución de proyectos. Podría pensarse que eran amigas. ¿Sería eso correcto?

R: No, amigas no éramos. Mire, aunque no es nada grave, ella no es creyente y yo soy muy católica. Ella parece una buena persona, pero yo no profundizo con personas que no creen en Dios...

P: ¿Sabe usted si doña Lucía sigue trabajando?

R: No, ella no está trabajando ahora porque tuvo un accidente.

P: ¿Sabe usted cuándo fue ese accidente?

R: Sí, fue el 13 de mayo de este año.

P: ¿Recuerda, aunque sea aproximadamente, a qué hora ocurrió?

R: Sí, fue a cerca de la una de la tarde.

P: ¿Y por qué lo recuerda?

R: Porque a esa hora yo salgo de la oficina, como todos los días, para ir a comprar algo para comer.

P: ¿Y supo qué le pasó a Lucía?

R: Sí. El ascensor del edificio, en el que iba Lucía, cayó ocho pisos. Ella quedó muy mal herida.

P: ¿Y cómo lo supo?

R: Porque yo estaba ahí y lo vi todo.

P: ¿Puede contarle al tribunal qué fue lo que usted vio?

R: Yo estaba en el octavo piso esperando al ascensor para bajar a comprar algo para comer. El ascensor llegó a mi piso y se abrieron las puertas. Vi a Lucía dentro junto a otras dos personas. Antes de que pudieran bajar, ¡el ascensor desapareció de mi vista! Luego de unos instantes sonó un ruido tremendo.

P: Cuando usted dice que el ascensor “desapareció de mi vista”, ¿a qué se refiere?

R: Que el ascensor desapareció de mi vista porque cayó.

P: Usted señaló también que luego escuchó un ruido tremendo, ¿supo usted de qué se trataba ese ruido?

R: Sí, fue el golpe del ascensor al llegar hasta subterráneo.

Como se puede ver en este ejemplo, se usan preguntas abiertas para que la testigo entregue la información que conoce del caso y se usan preguntas cerradas para guiar a la testigo a dar detalles en los puntos de interés, permitiendo tener una visión clara de lo que ocurrió. Cuando la testigo se desvía hacia asuntos impertinentes o se sale de la cronología del relato, intervenimos con preguntas cerradas para volverla a curso. Intervenimos también con preguntas cerradas cada vez que la testigo declare en términos poco claros, pidiendo que los aclare. Si bien las preguntas cerradas son necesarias, es importante no abusar de ellas. Usadas en exceso podrían causar la impresión de que el declarante necesita más ayuda de la razonable para recordar lo que ocurrió, disminuyendo su credibilidad.

5.2. Preguntas sugestivas

Las preguntas sugestivas son las más cerradas de todas. Son afirmaciones hechas por el abogado entre signos de interrogación: ¿Usted estaba en el octavo piso cuando cayó el ascensor? ¿Usted no vio el momento exacto en que el ascensor llegó al subterráneo? ¿Desde el pasillo no podía ver el motor del ascensor?

Usualmente se las define como aquellas preguntas cuya respuesta es “sí” o “no”. Aunque este criterio es muy práctico por su sencillez y permite realizar objeciones rápidamente, no siempre es correcto. No todas las preguntas cuya respuesta es “sí” o “no” serán sugestivas y no todas las preguntas cuya respuesta sea distinta a un “sí” o un “no” serán abiertas.

Para el primer caso, imaginemos esta pregunta:

P: Doña Isabel, entonces usted estaba en el octavo piso esperando al ascensor, luego vio que se abrió la puerta del ascensor, vio a doña Lucía adentro, vio que el ascensor cayó y finalmente escuchó un fuerte ruido ... ¿es correcto?

R: Sí, así fue como ocurrió.

En esta pregunta la respuesta es “sí”, pero no se trata de una pregunta que sugiera la respuesta a la testigo pues solo está recapitulando la información que ella misma ya entregó previamente en su declaración. Si hacemos esta pregunta no es para incorporar nueva información, sino que para recapitular y relevar los puntos clave de lo que acaba de decir, facilitando al tribunal su comprensión sobre la dinámica de los hechos. Para que este tipo de preguntas no sea objetable, es necesario que en ella no se contenga información que el declarante no haya aportado (información nueva), para lo cual idealmente deben usarse los mismos términos que el declarante usó originalmente.

Veamos este otro caso:

P: ¿Y qué averiguo una vez que bajó a ver lo que había ocurrido?

R: Que el ascensor había caído hasta el subterráneo y estaba totalmente destruido...

Vista aisladamente, esta pregunta es abierta pues le permite al testigo llenar de contenido la respuesta. El testigo tendría infinitas posibilidades de contestar lo que averiguo al bajar. La respuesta es diferente a un “sí” o un “no”, pero igualmente la pregunta sería sugestiva si la testigo no hubiese declarado hasta ese momento que, después de ver caer el ascensor, bajó a averiguar lo que había ocurrido. Si esa parte de la información ha sido incluida por el abogado y no por la testigo, se le estaría sugiriendo que “bajó a ver lo que había ocurrido” y, por ende, la pregunta sería objetable por sugestiva. Esa es información nueva que iría de “polizón” en la pregunta abierta, haciéndola sugestiva.

5.3. Excepciones a la prohibición de preguntas sugestivas en el examen directo

En el capítulo sobre reglas de la prueba explicamos la razón por la cual las preguntas sugestivas están prohibidas solo en el examen directo y permitidas en el contraexamen. Y esta misma explicación nos sirve para

entender por qué la prohibición de preguntas sugestivas debe tener algunas excepciones en el examen directo.

a. Preguntas que buscan la negativa

P: Don Luis, ¿los dos botones del control remoto son rojos?

R: No, uno es rojo y el otro es verde.

En este caso podría sostenerse que la pregunta sugiere la respuesta al testigo (los dos botones son rojos). Sin embargo, como queda claro con la respuesta, la pregunta buscaba una respuesta negativa. Las preguntas que buscan una negativa no son objetables en un examen directo pues no sugieren la respuesta al testigo: la respuesta era que uno de los botones es rojo y el otro verde, información que no estaba presente en la pregunta. No existe en este caso el riesgo de que el abogado esté poniendo sus palabras en la boca del declarante.

b. Declarante hostil

Puede ocurrirnos que, por las características de nuestro caso, no tengamos otra alternativa que citar a declarar a un declarante que es hostil a nuestra versión de los hechos. Se trata de un declarante amigable a los intereses de la contraparte, pero que tiene información relevante para nuestro caso. Un declarante con estas características no colaborará con nosotros y cada vez que le hagamos preguntas abiertas en el examen directo, aprovechará esa “apertura” para evadir la respuesta que se busca. Esto hará imposible obtener la información que tiene el declarante y que necesitamos para probar nuestras proposiciones fácticas.

En casos como estos, la prohibición de hacer preguntas sugestivas carece de sentido. La calidad de la información está a salvo por la hostilidad del declarante. Al mismo tiempo, la prohibición está causando un perjuicio indebido en la posibilidad de defensa de la parte que lo presenta. Esto justifica la aplicación de la excepción.

Para hacer aplicable esta excepción es necesario tener en cuenta que la hostilidad debe probarse. Si una parte cita a un declarante, es razonable que se presuma su disposición a colaborar con esa parte. Por ello, antes de tratarlo como un declarante hostil, será necesario comenzar con el examen directo de acuerdo a la regla general y luego, una vez que ha quedado clara su reticencia a colaborar, solicitar la aplicación de la excepción.

c. Preguntas preliminares e irrelevantes

Digamos que comenzamos nuestro examen directo preguntando a una testigo “¿Usted dónde trabaja?”. Esta pregunta, en estricto rigor, sería una pregunta sugestiva pues la testigo no ha declarado aun que trabaja. Como no todas las personas trabajan, nuestra pregunta estaría incorporando esa información respecto de esa persona en particular. Digamos también que en la audiencia de juicio donde esta testigo está declarando, este no es un punto central ni debatido. ¿Tendría algún sentido prohibir esta pregunta? La economía procesal y la posibilidad de llegar rápido a los puntos importantes nos llaman a ser flexibles con este tipo de preguntas y permitir las, a pesar de ser sugestivas.

6. Algunas buenas prácticas para el examen directo

Hay ciertas buenas prácticas que conviene tener en cuenta a la hora de producir la prueba con nuestros declarantes. Estas son trata de ideas bastante sencillas, pero que muchas veces son olvidadas provocando problemas en la efectividad de nuestra litigación.

6.1. No escribir las preguntas

Los litigantes más inexpertos se sienten más seguros si escriben todas las preguntas que harán a sus declarantes. Como si fuera el guion de una escena que deben actuar. El problema es que el examen directo está lejos de ejecutarse como una actuación. Los detalles de cómo finalmente resultará son imposibles de prever. El examen directo es un ejercicio dinámico al que será necesario ir adaptándose en la medida que progrese, lo que requiere de flexibilidad.

Pretender que el examen directo sea estático es ingenuo. Si hipotéticamente se lograra preparar a un testigo para seguir un guion, el resultado sería poco alentador. Parecería más un robot contestando preguntas que un testigo declarando lo que sabe. El riesgo de parecer un testigo preparado (en el mal sentido de la palabra) sería demasiado alto. Para lograr credibilidad, lo mejor es que el examen directo se desarrolle con fluidez, como una conversación entre el abogado y el declarante, donde el declarante es el protagonista. Como una entrevista, donde el declarante es el personaje y el abogado solo un facilitador, casi invisible.

Todo lo anterior no significa que el abogado tenga que llegar a improvisar su examen directo. Como ya hemos visto, poco en la litigación debe ser dejado al azar y, como cualquier trabajo profesional, requiere de un plan. Hacemos un trabajo de preparación de los declarantes, construimos una

teoría del caso con proposiciones fácticas que deberemos probar. Lo recomendable, en lugar de un guion, es entonces tener una minuta que nos permita recordar todos los temas sobre los que el declarante deberá entregar la información que posee, la que incluirá, al menos, las proposiciones fácticas para las que el declarante sirve de prueba y sus áreas relevantes de acreditación.

6.2. Escuchar al declarante

Llevar las preguntas escritas no solo rigidiza el ejercicio haciéndolo parecer poco natural. Además, tiende a agudizar una falta bastante común: el abogado no escucha las respuestas del declarante para centrarse en la pregunta que debe hacer a continuación.

P: ¿Y de qué marca era el automóvil?

R: Era rojo, grande.

P: ¿Y en qué dirección siguió luego del accidente?...

Aquí el declarante no contestó a nuestra pregunta: no sabemos de qué marca era el automóvil que participó en el accidente. Y no es poco común que, incluso ante las preguntas más sencillas, los declarantes respondan algo distinto a lo que les preguntamos. Nuestro trabajo no consiste en hacer preguntas, sino que en obtener respuestas. Si no escuchamos a nuestros declarantes, entonces no estamos en condiciones de saber si hemos obtenido lo que vinimos a buscar.

6.3. Adelantarse a la contraparte

No hay declarantes perfectos. Todos, en distintos grados, pueden presentar problemas. A algunos se les podrá reprochar su interés en el juicio, a otros alguna mancha de su pasado. La contraparte, si está en conocimiento de las falencias, las explotará en el contraexamen con el fin de desacreditar sus dichos. Si prevemos que esta es la situación, es mejor hacerse cargo del problema, dándole una oportunidad al declarante en el mismo examen directo para entregar una explicación. El examen directo es la oportunidad para hacerlo. Ofrece un escenario amigable para dar explicaciones a cuestiones que inicialmente pudieran parecer negativas. Si omitimos el asunto y lo dejamos al contraexamen, podríamos poner a nuestro declarante en indefensión, sin la posibilidad de explicarse frente a una seguidilla de preguntas que solo enfatizarán en sus aspectos negativos y que, además, habría decidido callar solo hace unos minutos atrás.

Veamos un ejemplo. El demandado ha decidido prestar declaración. Una vez terminado su examen directo, el contraexamen comienza así:

P: Don René, de acuerdo a la demanda, usted fue contratado por mi cliente para invertir sus ahorros en distintos instrumentos financieros, ¿es correcto?

R: Así es.

P: Y todos los ahorros que mi cliente le entregó se perdieron en una sola operación realizada por usted el día 25 de agosto...

R: Así es... como ya expliqué, ese día invertí todo en acciones de una compañía que parecía muy prometedor, pero que presentó su quiebra ese mismo día, solo horas después de haber hecho la inversión... sus acciones ya no valían nada después de esto. Así es el mercado... imprevisible.

P: Claro, esto no fue por su negligencia, sino que por culpa del mercado.

R: Así fue...

P: Don René, ¿cómo calificaría su estado de conciencia el día en que compró esas acciones a nombre de mi cliente?

R: No entiendo su pregunta...

P: Déjeme ponerlo así: ¿diría usted que ese día usted estaba "en sus cinco sentidos"?

R: Sí, claro...

P: Don René, ¿usted consume alguna droga?

R: No.

P: ¿Consumió drogas en algún momento de su vida?

R: Alguna vez lo hice, como muchas otras personas, pero ya no consumo...

P: Pero admite que usted solía consumir, ¿cierto?

R: Sí, pero...

P: Y la droga que usted consumía era cocaína, ¿es efectivo?

R: Sí, principalmente...

P: "Principalmente"... O sea que, además de cocaína, consumía también otras drogas...

R: Sí, pero solo en algunas oportunidades.

P: ¿Y a qué edad comenzó a consumir cocaína?

R: A los 18 años.

P: Y ahora usted tiene 34 años...

R: Sí.

P: Es decir, si usted hubiese dejado de consumir, digamos que hace un año, eso significa que consumió cocaína durante 15 años, ¿sería correcto?

R: Sí... consumí durante ese tiempo. ¡Pero el año pasado empecé un tratamiento y no he vuelto a consumir!

P: Don René, usted llevaba invirtiendo el dinero de mi cliente por más de dos años, ¿es verdad?

R: Sí, hasta el momento de esa operación llevaba dos años y tres meses.

P: Y según sus propios dichos, usted comenzó su tratamiento el año pasado. Eso significa que por más de un año usted fue consumidor de cocaína, sin tratamiento, mientras invertía los ahorros de mi cliente, ¿verdad?

R: Sí...

P: Y durante todo ese tiempo usted no le informó a mi cliente sobre su adicción, ¿verdad?

R: No...

P: Y durante todo ese tiempo mi cliente no supo que usted era consumidor de cocaína, ¿es correcto?

R: No que yo sepa ...

P: Usted le ocultó esto a mi cliente, ¿verdad?

R: Es que nunca me lo preguntó...

P: Y mi cliente no se pudo dar cuenta de esto por sí mismo, ¿cierto?

R: No se dio cuenta...

P: Tal como nosotros no nos daríamos cuenta que usted podría estar consumiendo hoy...

R: Es que no es así...

P: Vamos ahora a otro asunto. Le voy a pedir que nos concentremos en el instrumento que usó para hacer la inversión. ¿Es efectivo que...?

Como se puede apreciar, el espacio que deja el contraexamen a nuestro testigo para dar alguna explicación es mínimo y no hay nada injusto en ello: el contraexamen es la oportunidad que tiene la contraparte para manifestar su punto de vista respecto de la prueba. El testigo no tiene derecho en este momento de contestar lo que quiera, sino que a las preguntas de la contraria. El momento para mostrar su versión de los hechos es, en cambio, el examen directo. Si lo desaprovechamos no abarcando este tema, el precio lo pagaremos nosotros y no la contraparte.

Todo habría sido muy distinto si, adelantando la debilidad del testigo, el examen directo hubiese sido así:

P: Don René, la demandante ha sostenido que la responsabilidad de la mala inversión fue suya y no del mercado. ¿Si usted hubiese estado drogado al tomar esta decisión, digamos con cocaína, habría esto afectado su buen juicio?

R: Sí... cuando uno está con cocaína no entiende nada...

P: ¿Y cómo sabe usted eso?

R: Porque yo consumía cocaína hasta hace un año atrás.

P: ¿Y estaba usted drogado el día de hacer esta inversión?

R: No. Mire, hace un año empecé un tratamiento para dejar la cocaína. Era la tercera vez que lo intentaba. Y, como dicen, la tercera es la vencida. Hasta el día de hoy estoy limpio.

P: Don René, usted nos contó que luego de saber que había perdido el dinero del demandante, sufrió una baja de presión y lo llevaron de urgencia al hospital.

R: Así fue.

P: ¿Los médicos le hicieron preguntas?

R: Sí. Cuando llegué al hospital estaba consciente y me hicieron muchas preguntas. Me dijeron que necesitaban saber para que todo saliera bien.

P: ¿Y qué le preguntaron?

R: Me preguntaron si era diabético, si tomaba algún medicamento, si consumía drogas. Yo les dije que había consumido cocaína en el pasado, pero que ya no. Entonces decidieron hacer una prueba.

P: ¿Y sabe cómo resultó esa prueba?

R: Salió limpia. No había rastros de consumo de drogas en mi sangre...

Una vez que nuestro testigo haya declarado esto y hayamos presentado examen en el que aparece este resultado, nuestro cliente seguirá siendo un ex consumidor de cocaína, pero uno que no estaba drogado el día de los hechos.

Por supuesto, la recomendación es hacerse cargo en el examen directo de las debilidades relevantes de nuestros declarantes cuando éstas tienen una explicación. Si no la tienen, entonces o rezamos para que la contraparte las desconozca o derechamente desechamos al declarante como prueba.

6.3. No usar terminología legal ni abstracciones

La prueba se rinde en el juicio para probar hechos, no para probar el derecho. Los hechos, a su vez, son concretos y las preguntas dirigidas a

probarlos deben hablar en el mismo lenguaje, sin necesidad de intérpretes. Si el abogado preguntara “¿Quién estaba en posesión de los títulos mercantiles en disputa?” nadie entendería nada. Si en cambio preguntara “¿Quién tenía las letras de cambio?”, todos estaríamos más tranquilos. Por su parte, los declarantes no conocen la terminología legal y pueden confundirse cuando utilizamos términos abstractos cuyo significado no es preciso para ellos (ni muchas veces para nosotros). Un buen examen directo es aquel que usa un lenguaje natural, el mismo que usamos cotidianamente para comunicarnos con el resto de los seres humanos. De esta manera se puede presentar un relato claro, sin ambigüedades, que presente una imagen precisa de la historia que queremos contar.

6.4. No basta con tocar un punto para darlo por trabajado

Volviendo a nuestra idea de que nuestro trabajo se parece al del director de cine, dejando una imagen clara de los que queremos decir, es necesario tener presente que no basta con tocar un punto para entender que nuestro trabajo está hecho. Los detalles de los relatos son relevantes para lograr darles una fisonomía clara. Le dan cuerpo al relato. Son los detalles además los que enriquecen la credibilidad.

7. Selección de nuestros declarantes

Generalmente sabremos con qué prueba contamos a través de nuestro cliente. Y muchas veces ocurre que nos quedamos solo con esa información para luego darnos cuenta, ya muy tarde en el juicio, que algunas de ellas eran malas pruebas. Los que hayan experimentado esto sabrán que, especialmente con los testigos, hay que hacer algo más si queremos litigar de una manera efectiva: es necesario seleccionar a cuáles declarantes, de todos los disponibles, llevaremos finalmente al juicio.

Para seleccionar a los declarantes, el primer paso que debemos tomar consiste en saber con anticipación qué es lo que cada uno de ellos sabe sobre los hechos. Esto forma parte de la actividad profesional que un litigante siempre debe realizar. No basta con que nuestro cliente opine que su prueba nos sirve. Cuando nuestro cliente nos informa que tiene ciertos testigos, solo nos está entregando la materia prima con la que comienza nuestro trabajo. De ahí en adelante dependerá de nosotros. Somos nosotros, los abogados litigantes, quienes tenemos la responsabilidad de determinar si esos testigos sirven para probar nuestra teoría del caso. Pero no hay que olvidar que nuestra teoría del caso se construye y reconstruye en un ir y venir mientras avanzamos en su definición, por lo que conocer lo que cada declarante sabe también nos permitirá acceder a detalles sobre los hechos que pueden ayudarnos a perfeccionar, y a veces modificar, nuestra teoría del caso, adecuándola a la prueba que tenemos disponible.

Es por lo anterior que no es nada inusual ni sospechoso que nuestros declarantes se reúnan con nosotros. Este solo hecho, por sí mismo, no tendría por qué perjudica su credibilidad. Solo demuestra que hemos cumplido con nuestro trabajo: preparamos seriamente nuestro caso. Otra cosa distinta sería, por supuesto, que nos reuniéramos con ellos para influir en sus declaraciones, pretendiendo que las modifiquen en alguna forma más conveniente hacia nuestra teoría del caso. Esto implicaría una falta a la ética profesional, además de una pésima estrategia, pues de ser descubiertos no solo minaríamos fuertemente la credibilidad de nuestro caso, sino que la nuestra como abogados litigantes en este y los demás casos que litiguemos en el futuro. Pero el solo hecho de contactar y reunirse con nuestros declarantes para saber exactamente qué es lo que saben, no constituye por sí solo ninguna falta de ningún tipo. Por el contrario, es solo una manifestación de profesionalismo que evitará hacer perder el tiempo al juez con un caso sin fundamento o con interrogatorios eternos que pasan por asuntos irrelevantes que parecen no llegar nunca a ninguna parte útil.

Una vez que, de todo el universo de testigos posibles, hayamos identificado a aquellos que tienen información que aporte a nuestra teoría del caso, deberemos todavía decidir a cuáles de todos ellos llevaremos finalmente al juicio. No todas las personas lo hacen bien declarando, independientemente de que estén dispuestos a declarar y que creamos que dicen la verdad. Algunos tienen la tendencia a hablar más de lo que saben, otros a hablar en monosílabos. Algunos caen por sí solos en contradicciones, otros causan más confusión que claridad. También podrá haber declarantes que hayan tenido malas conductas en el pasado, como condenas por delitos, lo que podría minar su credibilidad, especialmente cuando esos delitos están relacionados con su disposición a engañar a los demás (estafas, falsificaciones de todo tipo, falso testimonio). Si bien no hay declarantes perfectos, hay que reconocer que algunos son más imperfectos que otros. Por todo lo anterior, dentro de las posibilidades que nos permita la realidad de nuestro caso, deberemos hacer un esfuerzo por seleccionar lo mejor que tengamos disponible.

Ya dentro del grupo de declarantes que hemos resuelto presentar en la audiencia de juicio, es necesario ayudarlos para que su presentación sea la mejor posible. Para ello, es necesario recordar que declarar en un juicio no es una actividad a la que la mayoría de las personas esté acostumbrada. Para muchos será su primera vez. Ante este escenario nuevo, muchas podrán sentirse intimidadas. Un declarante nervioso durante el juicio puede ser una pesadilla para el litigante. Mientras en la confianza de nuestra oficina recuerdan todo y se mueven con soltura, una vez en el estrado pierden súbitamente la memoria y no son capaces de afirmar

nada con la más mínima seguridad. Para prever este escenario, es una buena idea que el declarante tenga una imagen clara de lo que enfrentará. Dependiendo de su importancia y carácter, se podrá ir desde una simple explicación de la dinámica de lo que ocurrirá en la audiencia (ej. describiendo la sala y lo que harán cada una de las personas que estarán ahí), pasando por llevarlo previamente a ver un juicio, hasta simular previamente su declaración, incluyendo su posible contraexamen. No hay que olvidar también cuestiones más domésticas, que por muy accesorias que nos parezcan, pueden afectar el ánimo y la declaración de una persona: para algunos faltar al trabajo es difícil y necesitarán un certificado para justificarla; pagar un pasaje para ir al tribunal puede ser costoso; esperar durante horas su turno para declarar puede producir ansiedad, la que empeora si además se acerca la hora de comer algo sin haber podido probar un bocado. Hay que hacerse cargo también de estos detalles.

Por último, es recomendable preparar a los declarantes individualmente. Cada persona tiene su propia forma de expresarse y de describir los hechos. Si por alguna razón hacemos una preparación grupal, corremos el riesgo de que luego todos declaren con las mismas palabras y dando los mismos ejemplos. Esto puede hacer parecer su declaración artificial y aprendida de memoria, minando su credibilidad.

CAPÍTULO VI. CONTRAEXAMEN

El contraexamen es la oportunidad que el proceso judicial nos ofrece para mostrar al juez todos los defectos que presentan las declaraciones de las personas que la contraparte ha traído a declarar. En este capítulo revisaremos los aspectos estratégicos fundamentales que es necesario tener en cuenta para realizar esta actividad central de manera efectiva.

1. Solo cuando hay algo que hacer

Acaba de terminar el examen directo del declarante. Ha entregado información que sirve a la teoría del caso de la contraria. No tenemos ninguna línea de contraexamen que valga la pena ejecutar, pero pensamos que nuestro cliente, que está presente en la sala de audiencia, espera que hagamos algo al respecto. Y entonces cometemos un error clásico:

P: Sr. Méndez, usted acaba de declarar que el contrato comenzó a ejecutarse después del 15 de noviembre, ¿nos podría confirmar si eso es correcto?

R: Sí, es correcto.

P: Y señaló que está seguro de esto porque la ejecución del contrato comenzó después de haber sido firmado por ambas partes...

R: Así es.

P: Y la fecha que aparece en el documento que usted reconoció como “el contrato” es el 15 de noviembre...

R: Así es.

P: ¿Y usted está seguro que la fecha que aparece en el contrato es efectivamente la fecha en que fue firmado?

R: Sí, estoy seguro. Como ya dije, el día 15 de noviembre nos reunimos todos en mi oficina, revisamos los últimos puntos del contrato que

estaban pendientes, logramos acuerdo, imprimimos 4 copias y las firmamos.

P: Gracias magistrados, no tengo más preguntas...

Como se puede apreciar, en nuestro esfuerzo por hacer “algo”, nos dedicamos a hacer repetir al declarante lo que ya dijo en el examen directo y, cuando terminamos de preguntar sin haber logrado ningún punto a nuestro favor, el tribunal ya tiene doblemente claro lo que esa persona declaró inicialmente. Hemos reafirmado la teoría del caso de la contraria, hemos hecho perder tiempo al tribunal y hemos perjudicado aún más el caso de nuestro cliente.

Si en la litigación hubiese una regla de oro, sería esta: no es obligatorio siempre hacer un contraexamen a todos los declarantes. Probablemente esto se dé en un número ínfimo de casos, pero cuando ocurre, es mejor pasar.

Hay algunos que plantean que frente a los declarantes con los cuales no hay nada que hacer, es posible minimizar el impacto de sus aseveraciones perjudiciales confrontándolos con nuestra propia versión de los hechos, aunque el declarante no haga más que negarla:

P: Sr. Méndez, usted acaba de declarar que el contrato comenzó a ejecutarse después del 15 de noviembre, ¿nos podría confirmar si eso es correcto?

R: Sí, es correcto.

P: Pero la verdad es que los trabajos comenzaron antes de firmar el contrato el 15 de noviembre, ¿cierto?

R: No, comenzaron después.

P: De hecho, la firma del contrato tuvo lugar al menos un mes después de haber comenzado realmente los trabajos...

R: No, no fue así...

P: Las máquinas retroexcavadoras ya habían comenzado a excavar la primera semana de agosto, ¿verdad?

R: ¡No, comenzaron a fines de noviembre!

P: Y para el 15 de noviembre el trabajo ya estaba avanzado en más de un 20%, ¿cierto?

R: ¡No fue así!...

Con esta estrategia se ha logrado al menos explicitar que no estamos de acuerdo con lo señalado por el declarante, pero no mucho más que eso. Esta es una forma de encarar a los declarantes adversos que no augura mucho éxito, menos aún en un sistema con jueces profesionales (sin jurado), quienes tendrán más experiencia para detectar los objetivos de un contraexamen y menos paciencia para tolerar pérdidas de tiempo.

2. Control sobre el declarante

El contraexamen es en gran medida un ejercicio de control. No solo de nosotros mismos para evitar, por ejemplo, la tentación de hacer lo que llamamos “la pregunta de más” y que revisaremos a continuación, sino que también de control sobre el declarante. El declarante ya habló con libertad de lo que quiso y cómo quiso en su examen directo. Ahora le toca someterse a la prueba que le hemos preparado. Hablaremos en nuestros términos. Nosotros decidiremos de qué temas se hablará, aunque al declarante le incomode. Nosotros ordenaremos la información de una manera diferente, aunque al declarante le parezca mejor hacerlo de otra manera. Nosotros enfatizaremos la información que nos parece relevante, aunque el declarante le parezca que todo eso es impertinente. Somos nosotros los que mandamos en el contraexamen y el declarante tiene la obligación legal de contestar a nuestras preguntas.

Para mantener el control también es necesario tener claro que debemos respetar el orden de los temas que hemos decidido trabajar con el declarante. Si comenzamos a preguntar sobre un tema, no debemos cambiarlo mientras no lo hayamos terminado. Si en la mitad del tema del que estamos hablando, el declarante entrega una información importante que podríamos explotar a nuestro favor, pero que forma parte de otro tema diferente, no tenemos que salir corriendo detrás de ese tema mientras no hayamos terminado de tratar el actual. Si lo hacemos, no solo confundiremos al tribunal, que no tendrá claro de qué estamos hablando, sino que habremos entregado el control de la “agenda” al declarante: ahora será el declarante el que está decidiendo de qué se habla y cuándo se habla de ello.

Para mantener el control sobre el declarante también es necesario demostrar con nuestras propias actitudes que nosotros tenemos claro lo que estamos haciendo. Una actitud insegura puede transferir el control

al declarante. Por lo mismo, mantener la seguridad conserva el control del contraexamen de nuestro lado. Si un declarante cree que puede ser evasivo y contestar lo que le convenga, entonces reaccionamos: “*Señor declarante, esa no fue mi pregunta. Mi pregunta es muy sencilla. Se la voy a repetir para que la entienda y la pueda contestar, mi pregunta fue la siguiente...*”. El declarante entenderá que sabemos y recordamos perfectamente lo que estamos preguntando, estamos escuchando atentamente sus respuestas y, si no obtenemos lo que hemos pedido, vamos a perseverar hasta hacerlo. Y si el declarante insiste en ser evasivo, no contesta la pregunta y empezamos a vernos en un callejón sin salida porque el asunto no está avanzando como lo planeamos... entonces lo menos que hay que hacer es frustrarse. Si nos frustramos, nos empezamos a enojar. Si nos enojamos, empezamos a perder la cabeza. Y si perdemos la cabeza, perdemos el control. En este juego, como en la vida, el que se enoja pierde. Es mejor contar hasta diez y, en lugar de empezar una pelea de perros con el declarante, de la que todos saldremos dañados, incluidos nosotros, hay que mantener la calma, demostrando que somos profesionales y que no hay nada personal envuelto en esto para nosotros, lo que al parecer no es así con el declarante. El declarante se va a encontrar peleando solo. Mientras nosotros solo hacemos nuestro trabajo, el declarante demostrará una y otra vez que es hostil. Hostil más allá del natural compromiso que pueda tener con su propia versión. Estará en el barro, ensuciándose. Finalmente, el único desacreditado será el declarante. Usaremos la fuerza de nuestro adversario en su contra. Entonces, ahí donde en un principio podríamos ver un fracaso, teníamos en realidad una oportunidad.

3. El contraexamen no es un fin en sí mismo

El contraexamen debe ser encarado con humildad. Aun cuando soñemos en hacer un contraexamen memorable, de esos que vimos en las películas que contribuyeron a crear nuestra vocación de abogados litigantes, la realidad y la correcta estrategia nos llaman a bajar los humos. No es que no existan esos contraexámenes que vuelcan un caso a nuestro favor, pero no es razonable diseñarlos con esa expectativa en mente. En el día a día, cada contraexamen irá aportando pequeños granos de arena a nuestro caso, y todos ellos, en su conjunto, cobrarán importancia y sentido solo al final de la audiencia de juicio, cuando tengamos la oportunidad de presentar nuestras conclusiones (alegatos de clausura). Es ahí donde podremos atar cabos y sacar las conclusiones que le expondremos al tribunal sobre la prueba. Si, a la inversa, entendemos que el contraexamen se basta a sí mismo, corremos el riesgo de realizar acciones inconsistentes con nuestra teoría del caso, como también de hacer *la pregunta de más*.

La pregunta de más es aquella donde pretendemos sacar nuestra conclusión última respecto de la prueba en el mismo contraexamen, mientras lo estamos ejecutando, pretendiendo con ello demostrar, sin lugar a dudas y de inmediato, todas sus falencias. Imaginémonos el siguiente contraexamen:

P: Señora López, usted señaló que, el día anterior a la fuga de gas que hubo en su edificio, vio a un trabajador de la empresa del demandado.

R: Así es.

P: Y ese trabajador habría estado manipulando las tuberías de gas del edificio.

R: Sí, en ese momento no me llamó mucho la atención, pero cuando al día siguiente pasó todo, ahí supe que esto era importante...

P: ¿Y este trabajador estaba en el mismo piso en el que se encuentra su departamento?

R: Sí, en el piso 5.

P: Y específicamente, estaba en la zona de servicios ubicada en el pasillo, ¿verdad?

R: Sí, en esa zona están los empalmes de los servicios de agua y gas de mi piso. También los de electricidad.

P: Ahora, usted afirma que esta persona era un trabajador del demandado porque tenía puesto un overol con el logo de la empresa del demandado.

R: Sí, efectivamente.

P: Gracias señora López. Ahora me gustaría preguntarle sobre algunas características de su piso. ¿Cuántos departamentos hay en el piso 5?

R: Creo que son 8 departamentos. En otros pisos hay más, en otros hay menos.

P: Su departamento es el número 510, ¿correcto?

R: Sí, el 510.

P: ¿No habrá entonces 10 departamentos en su mismo piso?

R: Sí, puede ser... son varios así que no sé cuántos son exactamente.

P: Y su departamento está ubicado en el extremo norte del pasillo, ¿es correcto?

R: Sí.

P: Y la zona de servicios se encuentra en el extremo sur del pasillo.

R: Sí.

P: ¿Cuántos metros habrá entre la puerta de su departamento y la zona de servicios de su piso?

R: No lo sé...

P: ¿Más de un metro?

R: ¡Sí, claro! Si el pasillo conecta a todos los departamentos del piso.

P: ¿Podrán ser cerca de 20 metros?

R: Puede ser algo así ... tal vez un poco más. Pero no creo que haya más de 30 metros.

P: Si entonces yo le dijera que hay 26 metros, ¿estaría de acuerdo conmigo?

R: Sí, estaría de acuerdo.

P: Bien, usted señaló antes que vio a este trabajador cuando “bajó del ascensor” para ir a su departamento, ¿es así?

R: Así fue.

P: Y el ascensor está en la mitad del pasillo, ¿verdad?

R: Sí.

P: Sería correcto decir que, si el pasillo tiene 26 metros, ¿el ascensor está a unos 13 metros de distancia de cada extremo?

R: Sí... parece lógico.

P: Es decir, que cuando usted bajó del ascensor estaba a unos 13 metros de distancia de la persona que estaba en la zona de servicios, ¿es correcto?

R: Sí, eso parece correcto.

P: Y esa distancia aumentaba en la medida que usted se dirigía hacia la puerta de su departamento, ¿correcto?

R: Sí, mi departamento está al otro extremo del pasillo...

P: Y, como nos señaló, en ese momento no le llamó la atención, usted bajó del ascensor y fue directamente a su departamento.

R: No, no directamente, miré primero a esta persona...

P: Pero no fue a ver lo que estaba haciendo, ¿cierto?

R: No...

P: No se acercó a preguntarle nada.

R: No...

P: Porque en ese momento no había nada que le hubiese llamado la atención.

R: No, todo era normal ese día...

P: Señora López, considerando que a esta persona usted la vio desde al menos 13 metros de distancia, sin prestarle especialmente atención, mientras se dirigía a su departamento, ¿no será posible que haya visto solo a una persona con overol y el logo de una empresa y no particularmente el de la empresa de mi representado?

R: ¡No, como ya le dije, estoy segura que era el de la empresa de su representado!

En este ejemplo, obtuvimos información útil para nosotros: la única razón por la que la testigo afirma que la persona que vio en ese lugar era un trabajador del demandado fue por el logo que dijo reconocer en su overol; vio a esa persona desde unos 13 metros de distancia y por pocos

segundos; no le puso mayor atención porque no le dio importancia en ese momento. Luego de haber obtenido esta información es difícil contener las ganas de gritarle a la testigo que no puede estar tan segura de lo que afirma, que es imposible que en esas condiciones haya podido ver con suficiente detalle un logo de una empresa, que a lo más puede ser que haya visto un logo, pero que podría ser de cualquier otra empresa. Y es por eso que caemos en la tentación y hacemos la pregunta de más: *considerando que a esta persona la vio desde al menos 13 metros de distancia, sin prestarle especialmente atención, mientras se dirigía a su departamento, ¿no será posible que haya visto solo a una persona con overol y el logo de cualquier empresa y no particularmente el de la empresa de mi representado?* La respuesta de la testigo a esta pregunta es esperable: ¡No, como ya le dije, estoy segura que era el de la empresa de su representado! Evidente, la testigo acaba de declarar eso hace unos pocos minutos, justo después de haber jurado decir la verdad y de haber escuchado al juez amenazarla con ir a la cárcel si no cumplía. ¿Qué más podría haber dicho la testigo? ¿Retractarse? ¿Confesar su error? Cualquier persona, honesta o no, tratará de defender su testimonio y no estará dispuesta tan fácilmente a admitir un error, y menos una mentira. Nuestro trabajo debió haber terminado justo antes de esa última pregunta. Ya habíamos reunido la información suficiente para, en nuestras conclusiones, argumentar frente al tribunal sobre el valor que tiene su declaración: ¿No será que la señora López cometió un error? ¿No será que, *estando a 13 metros de distancia, por solo unos segundos, sin poner especial atención, la señora López haya visto solo un logo y no necesariamente el logo de la empresa de mi cliente? En estas condiciones, es razonable dudar de la precisión de su reconocimiento.*

Pero cuando ya cometimos este error, usualmente no nos quedamos hasta ahí. Después de todo, nosotros somos abogados, personas inteligentes y entrenadas jugando de local. Y entonces, luego de que el testigo nos conteste que, a pesar de todas esas circunstancias, pudo ver perfectamente, arremeteremos nuevamente: ¿Y cómo puede explicar tamaña barbaridad? ¿Cómo explica, señora testigo, esto que es imposible de explicar? Y entonces vendrá una explicación. *“Mire, nadie me lo preguntó y por eso no lo había dicho, pero después de entrar a mi departamento, me fui a la terraza y vi en la calle estacionada una camioneta de la empresa de su cliente, que tenía un logo gigante pegado en su costado que decía claramente su nombre”*. En ese momento, si ya estábamos medio hundidos, terminamos de ahogarnos. No hay que extrañarse que las personas, sujetas a la presión del contraexamen, sean capaces de inventar cosas que no nos hubiésemos imaginado. Tal vez sea que la adrenalina producida por la imagen de verse tras las rejas por mentir detone un poder imaginativo

inusual en las personas. Sea como sea, el hecho es que como litigantes profesionales no debemos permitirnos caer en esta situación. ¿Es cierto que el testigo vio eso desde su balcón? ¿Es esta una mentira que acaba de inventar para salir del paso? Probablemente nunca lo sepamos, o al menos no lo sabremos antes que termine el juicio, pero lo que sí sabemos es que nosotros mismos abrimos la puerta para que esto pasara.

4. Salir a pescar

El ejemplo anterior también nos ayuda a graficar un segundo asunto importante del contraexamen: no se pregunta nada cuya respuesta no conozcamos o, al menos, no podamos deducir con fuerza desde otros hechos conocidos.

En el contraexamen, especialmente, se paga un precio muy alto por preguntar algo cuya respuesta no conocemos. Esto es lo que llamamos salir a pescar: tiramos el anzuelo a ver si pica algo, y usualmente los que terminamos pescados somos nosotros mismos. Como ya aclaramos, es cierto que parte del trabajo de un abogado litigante consiste en investigar, pero ese trabajo se hace antes de la audiencia de juicio, no en el mismo juicio. Si no conocemos las respuestas, es muy probable que nos encontraremos con sorpresas, quedando a merced del declarante.

5. El lugar seguro

En el contraexamen enfrentaremos a un declarante que será, en distintos grados, hostil hacia nosotros. Lo que dice no nos beneficia y el declarante, si no lo sabe, lo podrá intuir. Eso hará que sea difícil que se incline a colaborar con nosotros. Al mismo tiempo, nosotros queremos obtener información útil del declarante. Queremos que luego del contraexamen nuestro caso sea más fuerte y el de la contraria más débil o, al menos, neutralizar el impacto que haya podido tener su examen directo. Si logramos hacerlo, esto ocurrirá a pesar del declarante y no gracias a su ayuda. ¿Cómo lograr sacar algo provechoso en un escenario tan adverso? Enfrentar a un declarante hostil es un desafío que requiere del desarrollo de técnicas distintas a las que necesitamos para hacer un buen examen directo.

Para enfrentar correctamente este desafío, una de las primeras cuestiones que debemos tener en cuenta es que, como en todas las habilidades necesarias para litigar de manera efectiva, no hay que improvisar. Esto se hace más claro todavía considerando las mayores dificultades que presenta este escenario. Es necesario entonces, en primer lugar, diseñar un plan.

Para comenzar, debemos intentar obtener la mayor cantidad de información posible sobre lo que declarará esa persona. Mientras más específico sea ese conocimiento, mejor será nuestra preparación. Nuestra primera fuente de información será nuestro propio cliente y los medios de prueba que nos proporcione. También podremos obtener información importante de la misma demanda o contestación, donde constan las afirmaciones sobre los hechos que la contraparte sostendrá en el juicio y que, por lo mismo, nos permitirán prever qué dirán sus declarantes. Otro tanto podremos obtener de las declaraciones que hayan hecho antes del juicio. Así ocurre, por ejemplo, en casos civiles que han comenzado por la vía penal o por alguna otra vía en la que ya se hayan recibido declaraciones. También podremos echar mano a la facultad de producir informes previos de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 45.7. Esta herramienta puede constituirse en una fuente extremadamente útil y potente de conocimiento previo y detallado sobre lo que saben los declarantes. Por último, también podremos obtener información útil de toda la prueba documental ofrecida por la contraria, como también de la que no haya decidido mostrar, pero que podremos obtener a través de una solicitud de exhibición. Podremos usar también los puntos de prueba para los que son ofrecidos los declarantes, aunque su utilidad dependerá de la precisión con la que sean determinados por los tribunales.

Luego, con toda la información que hayamos podido recopilar, debemos comenzar a descubrir los temas que podemos trabajar con cada declarante, de lo que hablaremos más adelante en este capítulo. Lo que importa resaltar en este momento es que, sean cuales sean los temas que hayamos decidido tratar con el declarante, en cada uno de ellos debemos intentar proveernos de un “lugar seguro”. Podremos adelantar cuáles serán las respuestas del declarante, pero mientras más avancemos dentro de cada tema de nuestro contraexamen, el declarante irá teniendo más claro que vamos hacia un lugar al que no quiere llegar. Es posible, entonces, que el declarante comience a negar hechos que sabemos son ciertos, solo para evitar llegar a ese lugar. ¿Qué hacemos entonces? Al diseñar nuestro contraexamen ya debemos haber previsto esta situación. Si preguntamos lo que preguntamos fue porque teníamos cómo enfrentar al declarante en caso de que lo negara. Y lo que preparamos para enfrentarlo es lo que llamamos el “lugar seguro”. Este consiste en *algo* contra lo cual podremos confrontar las respuestas negativas para nuestro caso que entrega el declarante. Ese algo puede ser desde una prueba material, un hecho público y notorio, una máxima de la experiencia, una declaración anterior del mismo declarante, la declaración de otra persona que declaró para esa misma parte, hasta un hecho no controvertido, entre muchos otros. Si no tenemos ese lugar seguro, el declarante podrá cortar nuestra

línea de contraexamen y mentir impunemente. No seremos capaces de demostrar que su declaración es errónea, imprecisa o falsa.

La idea del lugar seguro y de no hacer preguntas cuya respuesta no conocemos tienen algo en común. En ambos casos hemos preparado nuestro contraexamen y sabemos cómo reaccionar si las respuestas que entrega el declarante son distintas a las que esperamos. Esto hace que el trabajo con un declarante hostil, que estará dispuesto a defender su declaración, incluso tergiversando la verdad, produzca información de mejor calidad. Ya no será tan fácil para el declarante mentir impunemente. Por lo mismo, cuando sobre la marcha se nos ocurre algún tema respecto del cual podríamos sacar dividendos, pero para el cual no tenemos información suficiente, es mejor pensarlo dos veces antes de actuar. Si intentamos investigar en el mismo juicio podremos encontrar información que termine por beneficiar a la contraparte y cuya veracidad no estaremos en condiciones de refutar. Por eso, un litigante con experiencia evita preguntar en estas circunstancias, aunque inicialmente parezca interesante indagar.

Y es por esto mismo que los jueces deben usar sus facultades para preguntar con suma prudencia: cada vez que preguntan están investigando en el mismo juicio, abriendo la puerta para que los declarantes digan falsedades sin que nadie pueda hacer mucho al respecto. Por esto, más allá de los cuestionamientos que se pueda hacer a la imparcialidad de los jueces que preguntan demasiado, hay un problema asociado a la calidad de la información que se obtiene de esas respuestas. Es importante, por lo tanto, que los jueces también comprendan que si un litigante no ha preguntado respecto a un asunto, tal vez no lo hace porque quiera ocultar información o por ineptitud, sino porque no tiene los medios para demostrar que el declarante miente al respecto.

6. Objetivos del contraexamen

Los objetivos más humildes, pero efectivos, del contraexamen pueden agruparse en cinco grupos: desacreditar al declarante, desacreditar la declaración, acreditar nuestras proposiciones fácticas, acreditar nuestra prueba material y obtener información inconsistente con otra prueba de la misma contraparte. A continuación, revisaremos cada uno de ellos.

6.1. Desacreditar al declarante

Así como en el examen directo debemos intentar acreditar a nuestros declarantes, en el contraexamen podemos intentar desacreditar a los de la contraria. Se trata de la versión más dura del contraexamen pues con ella trataremos de demostrar que el declarante mismo es una persona

indigna de confianza. El problema no está entonces en lo que dice el declarante, sino que en sus propias características. El declarante mismo es el problema.

Las líneas de desacreditación de los declarantes pueden ser agrupadas en dos grandes categorías: interés y conducta pasada. Sea cual sea la línea que usemos, debemos evitar caer en la simplificación a la que nos acostumbró el sistema de prueba legal con sus tachas. Para desacreditar a un declarante no basta que éste tenga un interés en el resultado del juicio ni que haya sido condenado anteriormente por cualquier delito. Esto es demasiado grueso y abstracto para permitir un razonamiento sobre la credibilidad del declarante, más aún cuando la ley exige al juez justificar racionalmente sus conclusiones sobre la prueba.

Una desacreditación abstracta por interés podría ser así:

P: Don Luis, usted trabaja en Minas Centrales, ¿verdad?

R: Sí.

P: ¿Y cuál es su cargo en la empresa?

R: Soy gerente de operaciones.

P: ¿Y usted sabrá que Minas Centrales es la demandada en este juicio?

R: Sí, lo sé.

P: Por lo tanto, admite que usted depende económicamente del demandado...

Si esta fuese nuestra desacreditación, sacaríamos poco. El testigo es un empleado de la demandada y tiene un cargo importante. Podríamos creer que solo desde esos hechos se derivan automáticamente muchas conclusiones: si trabaja en la empresa, tiene fuertes incentivos para mentir en su favor. Si además tiene un cargo gerencial debe sentirse aún más comprometido con el bienestar de la empresa y sus intereses. Por lo tanto, no debe ser creído. ¿Será esto suficiente para que un juez justifique dudar de las afirmaciones de este testigo? ¿Todas las personas van a mentir en estas circunstancias? Un razonamiento como ese sería muy grueso y prejuicioso para pasar la prueba de la racionalidad. Se necesita más información concreta para poder construir esa conclusión. Veamos un ejemplo que entrega más información:

- P: Don Luis, usted es empleado del demandado, ¿cierto?
- R: Sí.
- P: Y trabaja para el demandado hace 25 años.
- R: No, el demandado es Minas Centrales y trabajo ahí solo hace 2 años.
- P: Pero el dueño de Minas Centrales es don Ricardo González, ¿verdad?
- R: Sí.
- P: Y usted ha trabajado para el señor González por 25 años en las distintas empresas que él ha tenido, ¿correcto?
- R: Bueno, puesto así, sí...
- P: Y su cargo actual en Minas Centrales es de "gerente de operaciones", ¿es eso efectivo?
- R: Así es.
- P: Para ser gerente de operaciones, ¿es necesario tener algún título universitario?
- R: No, la experiencia en esto es más importante que el conocimiento que pueda logarse en una sala de clases...
- P: Eso significa que usted no tiene estudios universitarios...
- R: No, no los tengo, pero tengo más de 25 años de experiencia...
- P: 25 años de experiencia que ha logrado trabajando siempre con el señor González.
- R: Sí...
- P: Nunca ha trabajado para nadie más, ¿verdad?
- R: Siempre he trabajado para el señor González, soy una persona que valora la estabilidad. Yo no entiendo a los jóvenes de hoy que...

P: Don Luis, perdón que lo interrumpa, cuando comenzó a trabajar con el señor González, hace 25 años atrás, ¿cuál era su trabajo?

R: Bueno, yo comencé desde abajo. Mi trabajo era repartir la correspondencia que llegaba a la compañía...

P: Y 25 años después usted es el gerente de operaciones... ¿me imagino que debe sentirse orgulloso de sus logros?

R: Sí, muy orgulloso.

P: ¿Y también muy agradecido de la oportunidad que le dio el señor González?

R: Sí, le estoy muy agradecido. Él es un buen hombre.

P: Ahora, el señor González no solo es “un buen hombre” porque le dio la oportunidad, digamos, de “surgir en la vida”, sino que además lo ha ayudado en algunos momentos difíciles por los que usted ha tenido que pasar, ¿cierto?

R: Sí, efectivamente. Como buen hombre que es, me ayudó económicamente cuando mi madre enfermó y necesitaba unos medicamentos muy caros. También me ayudó en otra oportunidad con la universidad de uno de mis hijos...

P: Don Luis, volvamos por un momento a su trabajo. Si, por alguna razón, el señor González lo despidiera, ¿podría usted encontrar un puesto de trabajo como gerente de operaciones en otro lugar?

R: Bueno... para cualquier persona mayor de 50 años es difícil encontrar trabajo en cualquier cosa, pero yo confío en que eso no va a ocurrir...

P: Y no sería solo la edad lo que dificultaría las cosas, ¿cierto?... ¿usted tampoco tiene un título universitario?

R: No lo tengo...

P: Y eso también hace las cosas más difíciles, ¿verdad?

R: Hoy en día, sí.

A diferencia del ejemplo anterior, ahora hay razones más específicas para dudar de la objetividad del testigo. Ya no se trata solo de un empleado

con un buen cargo. Ahora se trata de una persona que le debe mucho al demandado y cuyo futuro depende fuertemente de lo que el demandado haga. Ahora el juez tendrá más materia prima para justificar la apreciación que haga de la declaración del testigo. Por supuesto, esta línea de desacreditación podrá fortalecerse o debilitarse dependiendo del desarrollo de las demás líneas de contraexamen que se realicen.

La desacreditación, entonces, no debe ser abstracta. No es lo mismo que un testigo sea drogadicto a que haya estado drogado al momento de percibir los hechos, más aún si la droga que consume produce alucinaciones. No es lo mismo que un testigo haya sido condenado previamente por manejo en estado de ebriedad a que lo haya sido por una estafa o cualquier otro delito que implique poco respeto por la palabra empeñada. La desacreditación del declarante debe ser, entonces, concreta. Debe estar destinada a desacreditar al declarante, por su interés o conducta previa, *para lo que viene a declarar*. Así, entonces, justamente porque la desacreditación es en concreto, aunque haber sido condenado por manejo en estado de ebriedad podría parecer poco útil para cuestionar en general la credibilidad de un declarante, sí podría ser útil si queremos afirmar que el declarante clave de la contraparte no debe ser creído porque estaba borracho al momento de haber percibido los hechos.

6.2. Desacreditar el testimonio

Ahora ya no se trata de que el declarante sea un mentiroso. Es probablemente una persona honesta, pero que está equivocada. Errar es humano y, por lo tanto, le puede pasar a cualquiera. En los juicios, sin embargo, incluso las personas de carácter más humilde, que generalmente están dispuestas a asumir sus errores, se ponen testarudas. Tratarán, como cualquier persona que ha estado dispuesta a ir a declarar su verdad a un juicio, de defender su posición. Difícilmente nos encontraremos con un declarante que termine diciendo “sí, en realidad, tiene razón, ahora que usted me lo hace ver, reconozco que me equivoqué...”. El declarante ha creído haber visto o escuchado lo que ha declarado, se convenció de ello, lo reafirmó cuando supo que su declaración era importante y por eso no estará dispuesto fácilmente a asumir su error.

Como la gran mayoría de las personas van a declarar lo que han percibido a través de sus sentidos, las líneas típicas de desacreditación de la declaración estarán vinculadas a la calidad de dicha percepción. ¿Cuáles fueron las condiciones en que el declarante percibió los hechos? Tal vez la iluminación del lugar no era buena, la distancia a la que estaba del lugar era mucha, la gente que pasaba por delante obstruía su visión o los hechos ocurrieron hace tanto tiempo que su memoria haya perdido pre-

cisión. Estas condiciones las denominamos circunstancias externas del declarante. Tal vez el problema es que el declarante tiene mala vista, que estaba con su atención centrada en otra cosa más importante cuando ocurrió todo, que luego de la explosión no pudo escuchar bien porque colapsaron sus tímpanos. A todas estas otras condiciones las llamamos circunstancias internas del declarante. ¿Por qué una persona honesta podría estar diciendo algo que es falso? Estas líneas de desacreditación intentan ofrecer una respuesta.

6.3. Acreditar nuestras proposiciones fácticas y nuestra prueba material

Los declarantes de la contraparte traen al juicio información que nos perjudica. Sin embargo, esa no es toda la información que tienen. Es muy habitual que en torno a la información perjudicial haya también ciertas afirmaciones que convienen a nuestra teoría del caso. Esa información debe ser resaltada en el contraexamen. Usar a los declarantes de la contraparte para acreditar nuestras proposiciones fácticas tiene un doble valor: no solo probamos nuestras afirmaciones, sino que lo hacemos con prueba que la misma contraparte reconoce como veraz.

Lo mismo que hemos dicho respecto de nuestras proposiciones fácticas es aplicable a nuestra prueba material. Si logramos que los declarantes de la contraparte reconozcan nuestra prueba material, aceptando que es lo que nosotros sostenemos que es, su acreditación será más fuerte.

6.4. Obtener inconsistencias entre pruebas de la contraparte

Como señalamos al tratar el examen directo, obtener información de uno de nuestros declarantes que apoye la de otro de nuestros declarantes hace más fuerte nuestro caso. A la inversa, obtener de los declarantes de la contraria información inconsistente entre sí, debilitará su caso. Si logramos destacar estas contradicciones, habremos puesto en aprietos la coherencia del caso de la contraria. Veamos este ejemplo:

P: Sra. Acevedo, usted ha negado que don Ramón, el demandante, resbaló por la humedad del piso, ¿cierto?

R: Efectivamente, las cosas no ocurrieron así.

P: Por el contrario, usted ha señalado que don Ramón cayó porque estaba corriendo por el pasillo y se tropezó, ¿es correcto?

R: Sí, así fue como ocurrió ...

P: Ahora, y corrijame si me equivoco, cuando ocurrió esto, ¿usted no estaba en el pasillo?

R: No, yo estaba en la caja registradora.

P: Y por tanto, usted no vio nada de esto personalmente, ¿cierto?

R: No, no lo vi, pero Enrique, otro trabajador, vino corriendo inmediatamente después de que pasó todo y me lo contó.

P: Cuando usted habla de Enrique, se está refiriendo al señor Enrique Cárcamo, ¿correcto?

R: Sí, a él me refiero. Él era la única otra persona que estaba en el pasillo en ese momento y me lo contó todo inmediatamente.

P: ¿Hubo alguien más que le haya contado lo que pasó?

R: No, solo Enrique estaba ahí...

P: Sra. Acevedo, ¿sabía usted que el señor Cárcamo acaba de declarar aquí, bajo juramento, que mientras estaba trabajando en el pasillo, escuchó un golpe, luego un quejido, se dio vuelta para ver qué había ocurrido y solo en ese momento vio al demandado cuando ya estaba en el suelo? Es decir, que no vio el momento mismo en que todo ocurrió...

R: No, no lo sabía...

7. Orden del contraexamen

En el examen directo, como si fuéramos un albañil, nos dedicamos a construir. Construimos una historia en orden cronológico, poniendo cada parte de la historia en orden, una después de la otra, como los ladrillos del albañil. Partimos primero desde abajo, poniendo un ladrillo al lado del otro, hasta que terminamos la primera fila, para luego seguir con la segunda y así sucesivamente, hasta terminar el muro. Esa es la técnica que se usa para construir. Una vez terminado el examen directo, nos ponemos frente a nuestra obra y le decimos al tribunal: ¿Ve este muro? Es sólido. No tiene fisuras. No hay espacios sin rellenar. Es completo. Resiste hasta un terremoto. Es fuerte como la verdad.

En el contraexamen, en cambio, no construimos. Somos una empresa de demoliciones. Nuestra tarea es destruir (con humildad). Y, por su propia

naturaleza, las técnicas de demolición son muy distintas a las de construcción. El orden cronológico del examen directo no es, entonces, la estructura apropiada para contraexaminar. Por el contrario, la forma de organizar el contraexamen es *temático*. No nos interesa seguir el mismo orden que ha usado la contraria para contar su historia. Nos basta con probarle al tribunal que dos o tres de los ladrillos de ese muro están en realidad llenos de aire. Y cuando hayamos terminado de golpear esos ladrillos en particular y quede claro que no tenían nada dentro, volveremos hacia el muro y le diremos al juez: *¿Ve este muro? Ya no es tan firme como parecía, ahora con solo moverlo un poco empieza todo a tambalear.*

En un contraexamen estructurado temáticamente decidiremos previamente cuáles son los distintos objetivos que intentaremos cumplir con cada declarante de la contraria. Luego, identificaremos las distintas líneas que usaremos dentro de cada objetivo para lograr satisfacer el objetivo correspondiente. Por último, identificaremos los hechos específicos dentro de cada línea sobre los cuáles formularemos nuestras preguntas. Todo lo anterior nos permitirá finalmente presentar nuestro argumento, lo que haremos en nuestro alegato de cierre.

Tomemos como ejemplo el contraexamen de la señora Acevedo que acabamos de revisar. Este contraexamen podríamos descomponerlo de la siguiente manera:

Objetivo N.º 1: Desacreditar el testimonio de la señora Acevedo por problemas de percepción externas.

Línea: “Ella no pudo ver cómo ocurrió el accidente porque no estaba en el lugar”.

Los hechos específicos para preguntar:

- (1) El hecho ocurrió en el pasillo.
- (2) Ella no estaba en el pasillo.
- (3) Ella estaba en la caja registradora.
- (4) Desde la caja registradora no se ve lo que ocurre en el pasillo.

Argumento: “La señora Acevedo no presencié los hechos pues estaba en un lugar desde el que no podían ser apreciados, por lo que sus afirmaciones al respecto no pueden ser tenidos en consideración al momento de

determinar la dinámica en que ocurrieron”.

Objetivo N.º 2: Manifiestar inconsistencias entre la misma prueba de la contraparte.

Línea N.º 1: “La única persona que vio los hechos fue Enrique Cárcamo”

Los hechos específicos para preguntar:

1. Enrique Cárcamo le contó lo que había ocurrido.
2. Enrique Cárcamo fue la única persona que le contó lo ocurrido.
3. Enrique Cárcamo fue la única persona que vio lo ocurrido.

Línea N.º 2: “Enrique Cárcamo declaró que no vio lo que causó la caída”.

Los hechos específicos para preguntar:

1. Enrique Cárcamo declaró que vio al demandante cuando ya estaba en el suelo.

Argumento: “La demandada afirma que el demandado no resbaló por la humedad del piso, sino porque corría imprudentemente por el pasillo. Sin embargo, su propia prueba se contradice. Mientras la señora Acevedo nos dice que el demandado cayó porque iba corriendo y que esto lo supo por lo que le contó don Enrique Cárcamo, la única persona que estaba en el lugar, el mismo Enrique Cárcamo nos dice otra cosa: él no vio el momento de la caída. La demandada no tiene prueba para su defensa”.

8. Tipos de preguntas

En el contraexamen, pueden hacerse preguntas abiertas, cerradas y están permitidas también las preguntas sugestivas. Un contraexamen puede estar integrado por toda esta variedad de preguntas, aunque la hostilidad de los declarantes determina que la forma de preguntar más efectiva sea a través de preguntas sugestivas o insinuatoras de la respuesta.

8.1. Preguntas sugestivas

En palabras sencillas, una pregunta sugestiva es una afirmación a la que se agrega signos de interrogación. *¿El contrato fue firmado el 15 de noviembre? ¿El mantenimiento del elevador fue realizado por última vez en marzo? ¿Usted llevaba trabajando dos meses en la empresa?* Muchas

veces, para enfatizar su característica de pregunta, la afirmación puede ir antecedida o seguida de un “¿es cierto?”, “¿es esto correcto?” o alguna otra fórmula similar, aunque hay que tener cuidado de no repetirlas demasiado porque pueden transformarse en una muletilla molesta y terminar por distraer la atención de lo que realmente importa: la afirmación.

Para que durante la ejecución de cada una de nuestras líneas de contraexamen el tribunal pueda seguir nuestro razonamiento y podamos mantener el control del declarante es necesario que la sucesión de preguntas guarde un orden lógico claro. Una tras otra, las preguntas irán llevándonos naturalmente hacia la conclusión. En una línea de contraexamen construida así, una vez que hagamos la última pregunta ya ni siquiera será necesario oír la respuesta. Ya la sabremos, pues será la única respuesta lógica considerando las respuestas dadas a las preguntas anteriores. Si el declarante finalmente contesta algo diferente a lo esperado, entonces será el propio declarante el que termine desacreditado. Lograr este efecto dependerá de la calidad de la lógica que haya antecedido a la conclusión.

Para que las preguntas sugestivas sirvan para mantener el control y nos permitan ir avanzando armónicamente en un orden lógico hasta la conclusión del tema, es necesario también que ellas sean construidas de manera desagregada y conteniendo un solo punto por pregunta. En los detalles está el diablo. Si queremos encontrar las fisuras en lo declarado, no las vamos a encontrar en sus respuestas generales y ambiguas sobre el asunto. Necesitamos poner la declaración bajo el microscopio. Haremos un escrutinio minucioso. Para esto, una pregunta sugestiva debe desagregar los hechos hasta su más mínima expresión. Cada pregunta sugestiva debe contener un átomo de la materia que estamos examinando. Por lo mismo, cada pregunta debe contener un hecho. Uno solo.

Lo anterior implica que debemos evitar incluir en nuestras preguntas categorías y abstracciones que nos alejan algunos pasos de la versión fáctica precisa del asunto, dándole espacio al declarante para moverse con mayor libertad. Si el declarante tiene libertad para elegir, preferirá evitar contestar al detalle sobre lo que queremos analizar. Y con esto no solo estamos hablando de evitar usar términos legales, sino que de categorías o abstracciones en general.

Veamos esta pregunta: ¿Estamos de acuerdo en que al momento de empezar el trabajo no *se había acordonado el lugar*? El declarante aprovechará esta oportunidad para cuestionar nuestras afirmaciones: ¿Al momento de empezar el trabajo? ¿Cuándo empezaron los trabajos? No –podrá pensar el declarante– los trabajos no habían empezado, solo se

estaban realizando algunas actividades previas necesarias para empezar el trabajo de verdad; mover con una grúa las vigas de acero no era el trabajo; el trabajo era construir un edificio... Y su respuesta será: No fue así. Y entonces nuestro contraexamen será interrumpido, tendremos que retomar desde otro punto. Nuestra pregunta, tomando los hechos duros en que el declarante no puede más que estar de acuerdo, sería esta otra: ¿Estamos de acuerdo en que a las tres de la tarde no *se había acordonado el lugar*? Si a las tres de la tarde era o no el momento en que debía comenzar el trabajo, es otro asunto. Pero el hecho duro es que a esa hora no se había acordonado el lugar, independientemente de las opiniones que el declarante pueda tener al respecto.

8.2. Preguntas abiertas y cerradas

A diferencia de lo que ocurre en el examen directo en que las preguntas sugestivas están prohibidas, en el contraexamen las preguntas abiertas y cerradas están también permitidas. Su uso, sin embargo, está recomendado solo para ciertos momentos del contraexamen, que en general serán aquellos en que no hay peligro de que el declarante sea especialmente hostil. Así podrá ocurrir, por ejemplo, al comienzo de una línea o cuando el objetivo es acreditar las propias proposiciones fácticas de nuestra teoría del caso con las que el declarante está de acuerdo.

8.3. Preguntas de transición

Como ya hemos dicho, el contraexamen se construye temáticamente. La mayoría de las veces intentaremos lograr más de un objetivo con cada declarante. Muchas veces, cada objetivo tendrá más de una línea. Para facilitar al juez la comprensión de lo que estamos probando, es conveniente que le avisemos cada vez que cambiemos de una línea u objetivo a otro. Si no lo hacemos, corremos el riesgo de confundirlo (hay que recordar la importancia de la lógica que debe seguirse en la sucesión de las preguntas).

Avisarle al juez sobre el cambio de línea u objetivo puede hacerse de varias maneras. Dependiendo de nuestra capacidad de expresión, podremos manifestar este cambio a través de un silencio. En este caso, hay que recordar sin embargo que acabamos de hacer la última pregunta que cerró el tema anterior y que el silencio puede ser aprovechado por el declarante para que se exprese libremente. Otra manera de manifestar el cambio de línea u objetivo es haciendo una pregunta de transición. Estas, en estricto rigor, no son preguntas. Son afirmaciones en que le dejamos claro al juez y al declarante que ya hemos dejado la línea anterior e iremos a otro: “*señor testigo, vayamos ahora a otro tema...*”, “*ahora quiero*

que hablemos sobre la seguridad en su empresa...”, “Le voy a pedir que ahora nos concentremos en lo que pasó el 20 de septiembre...”. Al hacer estas afirmaciones dejaremos claro que ya terminamos lo que estábamos haciendo y que comenzaremos una nueva sucesión lógica que apuntará a otro lugar. Como se puede ver en los ejemplos, además podemos anunciarle al tribunal el contexto en que la nueva sucesión lógica tendrá lugar (“...lo que pasó el 20 de septiembre...”), por lo que le facilitaremos aún más entender el punto y la pertinencia de nuestras preguntas. Por último, esta forma de transitar desde un tema a otro tiene también la ventaja de enviarle el mensaje al declarante que ya no hay oportunidad de seguir hablando de lo que estábamos tratando en el tema anterior.

8.4. Embudo

Si el contraexamen pudiese ser graficado con alguna forma, estaría representado por un embudo. Más precisamente, por varios embudos. Cada línea del contraexamen tendría esta forma. Si con un declarante determinado tenemos varias líneas que tratar, entonces habría un embudo por cada línea.

El embudo grafica bien la ejecución de cada línea del contraexamen porque tiene inicialmente una parte ancha y amplia, que mientras avanza se va angostando hasta llegar al cuello, la parte más angosta del embudo. En el contraexamen, la parte ancha representa su inicio. Si en alguna parte del contraexamen se pueden hacer preguntas abiertas, es aquí. Estamos recién entrando en la línea y podemos darle más libertad al declarante. Por supuesto, como este sigue siendo un declarante hostil, preguntaremos de manera abierta solo si tenemos seguridad de cuál es la respuesta, aunque el declarante piense que está respondiendo con libertad lo que haya elegido responder. Se trata, en general, de preguntas que van sobre asuntos que no son manifiestamente dañinos para el declarante. Incluso puede tratarse de hechos no controvertidos o que el mismo declarante ya haya afirmado, y que servirán para sentar las bases de la sucesión lógica de preguntas que vendrán a continuación.

En la medida que vayamos avanzando hacia asuntos menos cómodos para el declarante, deberemos hacer una evolución hacia preguntas sugestivas. Esta es la parte en que el embudo se empieza a angostar. En esta parte necesitamos mantener el control. Si el declarante tuviese libertad, siempre optaría por un camino distinto al que nosotros queremos seguir. En la parte angosta del embudo, el declarante ya no tiene libertad. Está constreñido por las limitadas posibilidades que le dan nuestras preguntas sugestivas y por las respuestas que ya ha dado. Ya no puede volver atrás. Para llegar a la parte final del embudo sin que el declarante pueda evadir-

se, no debemos dejar de hacer preguntas sugestivas, desagredadas y de un solo punto. Si en este momento hiciéramos una pregunta abierta o incluso una sugestiva que no haya desagregado correctamente los hechos, le daremos la oportunidad al declarante para escapar.

Por otra parte, para que la parte angosta del embudo sea efectiva, es necesario que sus paredes estén selladas. Si el declarante entrara en esta parte del embudo y ya dentro se encontrara una puerta o ventana abierta, va a tomar la oportunidad y escapará por ahí. Veamos un ejemplo para aclarar este punto. Volvamos a nuestro contraexamen de la señora Acevedo. Imaginemos que, antes de manifestar la inconsistencia con la declaración de don Enrique Cárcamo, preguntáramos lo siguiente:

P: Señora Acevedo, al señalar cuál era su trabajo, usted señaló que era la cajera.

R: Sí, soy la encargada de recibir los pagos en la caja registradora.

P: Y supongo que ese trabajo requiere que usted esté físicamente ubicada en la caja registradora.

R: Sí, así es.

P: ¿Usted es la única cajera?

R: No, somos dos cajeras. Trabajamos en dos turnos diferentes. Una de día, la otra de noche.

P: Entonces, ¿en la caja registradora hay una sola cajera a la vez?

R: Sí.

P: Es decir, cuando usted está en su turno, ¿es la única cajera?

R: Sí.

P: Si por alguna razón usted se ausenta de la caja registradora, no se podrían recibir los pagos de los clientes...

R: No. Tendrían que esperar a que yo vuelva.

P: ¿Y usted suele ausentarse de la caja registradora durante su turno?

R: No, sería una muy mala atención para los clientes. Solo lo hago

si necesito urgentemente ir al baño.

P: ¿Y si hubiera un incendio, por ejemplo?

R: En ese caso también.

P: Y me imagino que no debe ser en muchos casos más, de lo contrario, si alguien quisiera robar, sería muy fácil crear una distracción y para que usted deje sola la caja registradora...

R: Así es. En mi entrenamiento como cajera nos enseñaron eso...

Una vez que hayamos terminado esta línea, será mucho más difícil que la señora Acevedo intente evadir su falta de credibilidad diciendo algo como “sí, yo no vi el momento mismo del accidente en el pasillo, pero después fui a ver lo que había pasado y el pasillo no estaba húmedo” o que “cuando fui a ver lo que había pasado escuché al demandante decir que se cayó por andar corriendo”. Hemos cerrado esa posibilidad antes de entrar al punto conflictivo. Después ya será muy tarde.

Por supuesto, el esfuerzo y tiempo que destinemos a cerrar puertas y ventanas dependerá de la importancia del punto para el caso, de lo controvertido del hecho y de la hostilidad del declarante.

CAPÍTULO VII.

USO DE DECLARACIONES PRESTADAS FUERA DE JUICIO

En el capítulo sobre las reglas de la prueba revisamos qué es una declaración prestada fuera de juicio. Ahora, desde el punto de vista de la litigación, revisaremos cómo podemos usar este tipo de declaraciones.

1. Formas de uso

La declaración prestada fuera del juicio por un declarante puede ser usada para cumplir principalmente dos objetivos: (1) ayudarlo a recordar hechos o (2) demostrar inconsistencias entre lo dicho en el juicio con lo dicho fuera del juicio.

1.1. Ayudar a la memoria del declarante

Si un declarante olvida algún hecho por el que le preguntamos, podremos salvar el problema usando una declaración suya que haya prestado fuera del juicio. Por regla general, esto tendrá lugar en el examen directo, pero también podría ser usado en el contraexamen. Con su uso, nuestro objetivo será que el declarante pueda aportar la información que necesitamos para probar nuestra teoría del caso.

Imaginemos este examen directo, en el que la hora de envío de los correos electrónicos es importante para la teoría del caso de la parte que presenta interrogas:

P: Señora López, ¿a qué hora envió la oferta por correo electrónico?

R: Fue durante la mañana del 2 de mayo.

P: Esto es importante, señora López, ¿recuerda a qué hora específica de la mañana ocurrió?

R: Bueno, ha pasado mucho tiempo... ahora no sabría decirle una hora en particular...

P: Señora López, cuando en su empresa se supo que había ocurrido todo esto, ¿se tomó alguna medida?

R: Sí, claro. Lo primero que hizo el jefe de área fue iniciar una investigación interna.

P: ¿Y en qué consistió esa investigación interna?

R: Fueron consultados los empleados que participaron en el proceso de oferta. Cada uno de nosotros tuvo que redactar un informe de lo que había ocurrido.

P: Si yo le mostrara ese informe, ¿le serviría para recordar la hora en que envió los correos?

R: Probablemente. Yo puse todo en ese informe.

P: ¿Me puede decir qué es esto que le estoy mostrando ahora?

R: Este es el informe que yo escribí para la investigación interna.

P: ¿Cómo sabe que este es su informe?

R: Porque yo misma lo hice y lo reconozco. Aquí aparece la fecha en que lo redacté y tiene mi firma. Este es mi informe.

P: Por favor, señora López, le pido que lea su informe en silencio y nos diga si le sirve para recordar...

R: ... Sí, claro, ahora recuerdo.

P: ¿A qué hora envió la oferta por correo electrónico?

R: Fue a las 9:30 de la mañana.

Decidir si refrescar o no la memoria de un declarante es una decisión estratégica, en la que será necesario evaluar sus costos y beneficios. En general, el principal beneficio de hacerlo consiste en que el declarante entregará la información que necesitamos. Al otro lado, el principal costo que pagaremos será en su pérdida de credibilidad, pues ha sido necesario mostrarle una declaración anterior para que recuerde un hecho importante. El resultado de la evaluación de costos y beneficios no puede ser definida en abstracto, por lo que no hay una regla de oro que entregar para todos los casos, pero sí ciertos criterios para ayudar: mientras más relevante sea la información que el declarante haya olvidado; mientras menos medios de prueba alternativos tengamos para probar el mismo hecho olvidado por el declarante; y mientras más razonable sea el olvido,

ya sea por el tiempo transcurrido o por las circunstancias del hecho, más razones habrá para optar por refrescar la memoria. Por el contrario, las circunstancias inversas nos darán más motivos para decidir no hacerlo.

1.2. Pasos propuestos para ayudar a la memoria

La ley no nos dice nada sobre la forma específica en que debemos proceder para ayudar a recuperar la memoria a un declarante, lo que no significa que se pueda hacer de cualquier manera. Hay formas que funcionan mejor que otras. Veamos algunos pasos que nos conviene tener en cuenta para hacer el proceso lo más efectivo y claro posible.

a. Evidenciar la falta de memoria

Para poder usar una declaración prestada fuera de juicio es necesario, en primer lugar, que exista una razón que lo justifique. Recordemos que el uso de estas declaraciones está en principio prohibido y que solo podrán ser utilizadas cuando se dé alguno de los supuestos del artículo 41.4 N.º 5: (1) cuando se trate de preguntas referidas a cifras, fechas, datos de difícil precisión o (2) en los demás casos que se consideren justificados. Por lo anterior, si queremos usar la declaración prestada por el declarante fuera de juicio para que recuerde un hecho con precisión, primero deberemos dejar claro al tribunal que el declarante está teniendo un problema para recordar un hecho, ya sea por tratarse de un “dato de difícil precisión” o por tratarse de un caso en “que se considere fundado” (un hecho relevante que el declarante simplemente no recuerda con precisión). Generalmente, este paso lo cumpliremos cuando el declarante responda “no lo recuerdo” o cualquier otra formulación que lo manifieste.

El problema de memoria del declarante no debe provenir de la forma en que se le pregunta. Si el declarante no responde a lo que le preguntamos porque nuestra pregunta está mal formulada, entonces no hay un problema de memoria del declarante, sino que un problema nuestro de litigación.

Por último, no debe caerse en la tentación de usar la declaración prestada fuera de juicio apenas surge cualquier olvido del declarante. No debemos olvidar que su uso tiene costos. Si el olvido es sobre un hecho irrelevante, será mejor seguir adelante. Si el olvido es importante para nuestra teoría del caso, será siempre mejor intentar resolverlo primero a través de nuestras preguntas. Solo si, a pesar de ello, el declarante no logra recordar lo que nosotros sabemos que conoce, tendrá sentido recurrir a su declaración fuera de juicio.

b. Evidenciar la existencia y necesidad de usar la declaración fuera de juicio

Si ya hemos hecho evidente al tribunal que el declarante no recuerda algún hecho en particular, será necesario preparar el camino para habilitar el uso de su declaración fuera de juicio. Para esto, será necesario en primer lugar producir información sobre la existencia de esta declaración. Como generalmente el uso de esta herramienta tendrá lugar en el examen directo, esta información la deberemos producir sin sugerir la respuesta. En nuestro ejemplo, esto significa que, una vez que la testigo declaró: *“Bueno, ha pasado mucho tiempo... ahora no sabría decirle una hora en particular...”*, no podríamos haberle preguntado algo como *“¿Y para recordar le serviría ver el informe que usted preparó luego de acontecidos los hechos?”*. Hasta ese momento nadie ha hablado de un informe. La formulación de la pregunta de esta manera sería objetable por ser sugestiva. Por lo mismo debemos dar cuenta de la existencia de este informe y de su autoría a través de preguntas abiertas.

Cuando ya hemos probado que la declaración existe, será necesario producir información respecto de su pertinencia para resolver el problema de memoria. En nuestro ejemplo, esto se logró al preguntar *“Si yo le mostrara ese informe, ¿le serviría para recordar?”*, a lo que la testigo respondió *“Probablemente. Yo puse todo en ese informe”*.

c. Reconocimiento

Antes de poder utilizar la declaración prestada fuera de juicio, es necesario que el declarante la reconozca. ¿Es esta la declaración prestada fuera de juicio de la que el declarante acaba de hablar o es un papel que el abogado redactó con la respuesta que espera del declarante? No lo sabemos mientras el declarante no lo diga. Por supuesto, el uso de esta declaración solo estará permitido si efectivamente se trata de esa declaración. Por lo mismo, deberemos producir información al respecto.

Pero no bastará con que la reconozca, sino que será necesario que el declarante entregue razones que hagan creíble ese reconocimiento. En nuestro ejemplo, estas razones fueron entregadas por la testigo cuando, luego de preguntarle *“¿Cómo sabe que este es su informe?”*, respondió *“Porque yo misma lo hice y lo reconozco. Aquí aparece la fecha en que lo redacté y tiene mi firma. Este es mi informe”*.

Una buena práctica, aunque la ley no la exija al menos expresamente, es permitir a la contraparte ver la declaración fuera de juicio antes de

mostrársela al declarante. Es razonable exigirlo para que la contraparte esté en condiciones de realizar un control horizontal de la actividad de litigación de su adversario y eventualmente pueda objetar el uso de la declaración fuera de juicio.

d. Uso

Una vez que la declaración prestada fuera de juicio ha sido reconocida por el declarante y no hay objeciones al respecto, podremos usarla. Para determinar la manera más conveniente de hacerlo, es necesario tener en cuenta que, como generalmente la usaremos en el examen directo, uno de nuestros objetivos será reforzar la credibilidad de nuestro declarante. Para esto, necesitaremos usar la declaración prestada fuera de juicio de la manera que menos la afecte, reforzando la imagen de que lo declarado viene de la memoria del mismo declarante y no de otra fuente.

Con este objetivo en mente, hay que evitar pedirle al declarante que lea en voz alta lo que aparece en la declaración (si estuviese por escrito) o que responda teniéndola todavía a la vista. Esto deja la impresión de que el declarante no ha recordado, sino solo que está reproduciendo lo que se señala en su declaración anterior. Por el contrario, es conveniente entregar la declaración anterior al declarante para que la revise en silencio, sin indicarle que ponga su atención en ninguna parte específica. Una vez que nos quede claro que el declarante ha recordado, haremos desaparecer de su vista la declaración anterior, y le preguntaremos nuevamente lo que había olvidado unos momentos antes. Ahora, responderá desde su memoria y no desde la declaración anterior.

1.3. Mostrar contradicciones

Generalmente usaremos en el contraexamen la declaración prestada fuera del juicio para manifestar inconsistencias. Con ella pretendemos probar al tribunal que el declarante no es confiable pues ha tenido versiones contradictorias sobre los mismos hechos. Recordemos el contraexamen a la misma señora López que ya vimos en el capítulo sobre reglas de la prueba:

P: Señora López, usted ha declarado que los correos con la oferta fueron enviados *“durante la mañana”*, ¿me equivoco?

R: No se equivoca, eso fue lo que dije.

P: ¿Puede precisarnos la hora de la mañana en que esto ocurrió?

R: Mmm... ha pasado mucho tiempo... no podría decirle con exactitud...

P: ¿Habrán sido a las 9:30 de la mañana?

R: No... no creo que haya sido tan temprano... yo creo que debe haber sido más tarde...

P: Señora López, en su empresa se hizo una investigación interna producto de estos hechos, ¿verdad?

R: Sí...

P: Y a usted, como parte del personal involucrado, se le pidió entregar un informe con el relato de lo sucedido, ¿cierto?

R: Claro... todos lo hicimos.

P: Y en ese informe usted señaló la hora específica en que había enviado los correos, ¿cierto?

R: Tal vez... no lo recuerdo tampoco...

P: Señora López, ¿esto que le estoy mostrando aquí es su informe?

R: Parece...

P: Aquí abajo está su firma, ¿verdad?

R: ... Sí, esa es mi firma.

P: Entonces este es su informe, ¿sí?

R: Sí, es mi informe.

P: Y aquí, en la tercera línea del segundo párrafo, dice expresamente: *"Luego de haber redactado los correos con los detalles de la oferta el día 11 de abril, los envié personalmente al día siguiente, 12 de abril, a las 9:30 horas"*. ¿Es efectivo que dice eso?

R: ... Déjeme ver... sí, parece que dice eso...

P: ¿Parece? ¿Tiene alguna duda de que diga exactamente eso?

R: No, claro... eso es lo que dice...

P: Vamos a otra cosa, señora López...

1.4. Pasos propuestos para mostrar contradicciones

Los pasos de litigación para hacer la manifestación de contradicciones de una manera efectiva son muy similares a las usadas para ayudar a la memoria, pero con algunas diferencias importantes considerando que estaremos frente a un testigo hostil.

a. Asentar con precisión la declaración actual

Si queremos demostrar que el declarante ha cambiado de versiones, entonces es muy importante que, antes de hablar de lo que dijo antes, quede muy claro lo que dice hoy. No debe quedar espacio para interpretaciones. De esta manera, cuando después usemos su declaración fuera de juicio para demostrar la contradicción, el declarante no tendrá espacio para inventar explicaciones. No nos podrá decir *“es que usted no entendió bien lo que yo quería decir... lo que yo quise decir fue...”*.

Volvamos a la declaración de la señora López enfatizando en este punto:

P: Señora López, usted ha declarado que los correos con la oferta fueron enviados *“durante la mañana”*, ¿me equivoco?

R: No se equivoca, eso fue lo que dije.

P: ¿Puede precisarnos la hora de la mañana en que esto ocurrió?

R: Mmm... ha pasado mucho tiempo... no podría decirle con exactitud...

P: ¿Habrá sido a las 9:30 de la mañana?

R: No... no creo que haya sido tan temprano... yo creo que debe haber sido más tarde...

P: ¿“Más tarde” podría ser a las 9:40?

R: ¡No!, con más tarde me refiero a que no puede haber sido antes de las 11 de la mañana.

P: Su declaración es entonces que los correos fueron enviados después de las 11 de la mañana, ¿es eso lo que usted sostiene?

P: Sí...

Ahora hemos logrado asentar con precisión su declaración actual: “los correos fueron enviados después de las 11 de la mañana”. Si solo nos hubiésemos quedado con la respuesta “No... no creo que haya sido tan temprano... yo creo que debe haber sido más tarde...”, habríamos dejado abierta la posibilidad para que, enfrentada a su declaración fuera de juicio, explicara que no existe en realidad ninguna contradicción, que cuando dijo “más tarde” se refería a unos minutos más tarde, como las 9:40, lo que, considerando el tiempo transcurrido desde que ocurrieron los hechos, sería una contradicción insignificante y totalmente entendible.

b. Dotar de fuerza la declaración prestada fuera de juicio.

Si vamos a usar lo que el declarante dijo fuera del juicio, es necesario que no haya dudas de que efectivamente lo dijo. Y no solo eso, es necesario también validar que lo que dijo no fue producto de un engaño, un error o cualquier defecto que luego pueda usar en su favor para inventar sobre la marcha una explicación para la contradicción. Veamos este punto enfatizado en el contraexamen de la señora López:

P: Y a usted, como parte del personal involucrado, se le pidió entregar un informe con el relato de lo sucedido, ¿cierto?

R: Claro... todos lo hicimos.

P: ¿Cuántos días después de los hechos usted entregó su informe?

R: Tres días después.

P: ¿Y siempre el jefe de área le pide informes escritos?

R: Solo cuando se trata de cosas importantes.

P: Y si esto era importante, supongo que usted redactó el informe con atención a los detalles, ¿cierto?

R: Claro...

P: Especialmente a los detalles importantes.

R: Sí, claro...

P: Y al momento de redactar el informe, usted ya sabía que la hora en que habían sido enviados los correos era muy importante, ¿verdad?

R: Sí, la hora del envío de los correos determinaba el comienzo de las 48 horas de vigencia de la oferta...

P: Y para tener claros estos detalles importantes, me imagino que usted tuvo a la vista los antecedentes necesarios.

R: Sí, revisé la documentación que tenía disponible.

P: Y, considerando que esto era importante y que siempre se pueden cometer errores, una vez que terminó el informe, ¿lo revisó antes de enviarlo al jefe de área?

R: Sí, lo leí dos veces antes de enviarlo.

P: Y el informe que usted envió al jefe de área, ¿usted lo firmó?

R: Sí, eso es parte del protocolo de la compañía en estos casos.

P: Y el informe usted lo redactó en hojas con el membrete de la compañía, ¿cierto?

R: Así es...

Luego de recibir esta información, será bastante difícil que la testigo niegue que lo que le mostramos es su informe (tendrá su firma, el membrete de la compañía y su fecha coincidirá). Lo que haya dicho antes, y que luego demostraremos es incoherente con lo que dice hoy, estará rodeado de condiciones de legitimidad que le darán fuerza: fue redactado solo tres días después de los hechos, cuando tenía la memoria más fresca sobre los hechos que hoy; tuvo a la vista antecedentes que ahora no tiene; lo leyó dos veces antes de enviarlo; y puso atención a los detalles porque esto era importante.

Por supuesto, el esfuerzo y tiempo que dediquemos a validar las circunstancias en que fue prestada la declaración fuera de juicio dependerá de lo importante del punto y del grado de hostilidad del declarante. Mientras más importante y más hostil, más deberemos asegurar el punto.

c. *Demostrar que existe una inconsistencia*

Hasta ahora no hemos probado nada. Aunque el tribunal pueda suponer que algo pasará, todavía no se han sentado las bases para un incidente pues no hay todavía información explícita sobre una contradicción en concreto que permita recibir la declaración prestada fuera de juicio como prueba. Será necesario, por tanto, manifestarla. Puede haber muchas maneras distintas de hacerlo. Podríamos hacerlo preguntando algo como “Y en este informe usted no señaló que los correos habían sido enviados después de las 11, ¿verdad?”, o “en este informe usted señaló una hora distinta para el envío de los correos, ¿cierto?”, o la más directa “¿Y en este informe usted señaló que los correos habían sido enviados a las 9:30 y no a las 11 de la mañana como nos acaba de decir, ¿es efectivo?”.

En este momento quedará en evidencia de que hay una controversia respecto de lo declarado en el juicio y, dependiendo de la respuesta del declarante, quedará abierta la puerta para practicar prueba al respecto. Si la señora López contestara afirmativamente a nuestra pregunta (“sí, en el informe dije que había sido a las 9:30”), todo quedaría ahí. Sin embargo, aunque lo anterior es posible, lo más probable es que lo niegue de alguna manera (“no, se equivoca, yo nunca dije eso, al menos no así como usted lo dice”). En este momento habrá una contradicción, habrá un incidente y se podrá practicar prueba al respecto.

d. *Reconocimiento*

Ahora queremos usar la declaración fuera de juicio como prueba del incidente. Pero para hacerlo, primero necesitamos que el declarante reconozca la declaración como propia. Si esa no es su declaración, lo que hemos hecho hasta ahora habrá servido de nada.

Como sabemos que el declarante es hostil, hemos sentado las bases para el reconocimiento de la declaración antes de hacer evidente la contradicción. De lo contrario, exponemos nuestro punto muy temprano y nos arriesgamos a un escenario que nos dificulte más aún las cosas. En el caso de la señora López, ella ya nos dijo que hizo un informe por escrito, que ese informe fue firmado por ella, que lleva el membrete de la compañía y que fue entregado tres días después de los hechos (5 de mayo).

Recién en este momento, por primera vez, tomaremos la declaración anterior para que, antes de usarla, sea reconocida por el declarante. Esta vez, a diferencia de lo que haríamos en el examen directo, podremos pedir el reconocimiento con preguntas sugestivas, como en este ejemplo:

P: Señora López, ¿el membrete que aparece aquí, es el de la compañía en la que usted trabaja?

R: Sí.

P: Y esta firma que aparece al final, ¿es su firma?

R: Sí, esa es mi firma.

P: ¿Y cuál es la fecha que aparece aquí, al inicio de este documento?

R: 5 de mayo.

P: Tres días después de los hechos, ¿correcto?

R: Sí.

P: ¿Es este el informe que usted redactó y presentó al jefe de área?

R: Sí, ese es...

Al igual que cuando usamos la declaración fuera de juicio para ayudar a la memoria del declarante, es aún más importante entregar una copia o mostrarla a la contraparte para que esté al tanto de lo que ocurre y pueda decidir si es pertinente presentar una objeción.

e. *Uso*

Una vez que la declaración anterior ya ha sido reconocida, podremos usar la declaración prestada fuera de juicio. En este caso, como nuestro objetivo es desacreditar al declarante, usaremos un método distinto al empleado para ayudar a la memoria. Ahora queremos que, con toda claridad, surja la parte específica de esa declaración que es inconsistente. Para esto, podemos pedirle al declarante que lea en voz alta la parte de esa declaración que hemos ya destacado o podemos leerla nosotros mismos, si la declaración estuviese escrita. Si estuviese contenida en cualquier otro soporte, habrá que reproducirla en la parte que corresponda de acuerdo a su formato.

Finalmente, como un consejo general al intentar manifestar inconsistencias, es imprescindible que la inconsistencia que decidamos demostrar sea relevante. Si hacemos todo el esfuerzo que implica manifestar una

inconsistencia para terminar probando solo una diferencia meramente cosmética entre ambas declaraciones, perderemos credibilidad y nos ganaremos la antipatía del tribunal al que le hemos hecho perder tiempo valioso.

CAPÍTULO VIII.

OBJECIONES A LAS PREGUNTAS

La forma de hacer preguntas en un juicio tiene ciertas reglas que provienen de las técnicas de litigación. Estas reglas están pensadas para hacer la litigación más efectiva. Pero la forma de preguntar también tiene reglas en la ley. La función de estas reglas es proteger ciertos valores relevantes para el sistema judicial durante la producción de la prueba.

Para lograr esta protección, entre otras medidas, la ley prohíbe ciertas maneras de preguntar. El artículo 41.5 N°5 del Código Procesal Civil es la norma central en esta materia. Ahí se establecen una serie de límites. Revisaremos estos límites a continuación.

Si bien cada uno de estos límites puede estar destinado a proteger más de un valor del sistema judicial, los revisaremos agrupados en torno a los valores que consideramos preponderantes para su justificación. De esta manera podremos simplificar su revisión y, al mismo tiempo, profundizar la comprensión de sus alcances y manifestaciones más precisas.

1. Proteger la calidad de la información

Como ya hemos señalado a lo largo de este manual, asegurar que la audiencia de juicio sea un escenario que permita contar con información confiable es un valor central si se quiere evitar decisiones erradas. Para ello, es necesario facilitar que sean los mismos declarantes quienes entreguen la información de que disponen de manera libre y espontánea. En torno a este valor del sistema pueden agruparse los siguientes límites a la manera de preguntar.

1.1. Preguntas confusas

Una pregunta hecha de manera confusa o vaga puede llevar también a la confusión de la persona que contesta a esa pregunta. Un declarante confundido puede entregar una respuesta equivocada. El problema está en que la respuesta del declarante no manifiesta realmente lo que sabe, sino que es solo producto de su confusión. Se trata entonces de información de mala calidad que puede llevar a error al mismo tribunal al momento

de determinar los hechos. Por lo anterior, el Código Procesal Civil exige que las preguntas sean “claras y precisas”. Esto implica una prohibición de carácter general a las preguntas “confusas” y “vagas”.

Dentro de esta prohibición general podemos identificar varias manifestaciones específicas de formas de preguntar “confusas” y “vagas”. Ellas son las preguntas compuestas, las capciosas, las que tergiversan la prueba y las repetitivas. Todas tienen en común el peligro de producir declaraciones erróneas.

1.1.1. Preguntas compuestas

El Código Procesal Civil ordena que las preguntas “no se referirán a más de un hecho”. Las preguntas que contienen varios hechos, denominadas preguntas compuestas, son un tipo de pregunta confusa expresamente prohibida. Una pregunta compuesta puede confundir al declarante al incorporar más información de la que puede retener al momento de contestar. El riesgo es que un hecho sea aceptado o negado por el declarante, pero no porque efectivamente lo acepte o niegue, sino solo porque ese hecho entró de “polizón” en la pregunta, escondido entre otros muchos hechos.

Hay que tener presente que las preguntas compuestas están prohibidas por su peligro de confundir al declarante. Por lo mismo, para ser objetable, no bastaría que la pregunta contenga más de un hecho si, a pesar de ello, es clara. Veamos el siguiente ejemplo:

P: Entonces, señora López, su declaración es que mandó la oferta por correo electrónico y la respuesta la recibió por teléfono, ¿es eso correcto?

Esta es una pregunta que contiene varios hechos: que la señora López envió una oferta, que esa oferta la envió por correo electrónico, que hubo una respuesta, que esa respuesta la recibió ella, que esa respuesta la recibió después de hacer la oferta y que la vía de recepción fue por teléfono. A pesar de contener varios hechos, la pregunta parece bastante clara y no parece haber peligro de que la testigo conteste erróneamente solo por no entenderla. Por el contrario, la pregunta intenta aclarar sus dichos, destacando ciertos elementos de lo que ya declaró.

Una cosa distinta ocurriría en una pregunta como esta:

P: Señora López, ¿es cierto que el día 1 de mayo, que es un día feriado, usted redactó un correo electrónico con una oferta a todos sus

clientes, la que fue aceptada inmediatamente por mi cliente por vía telefónica?

Esta pregunta, que también contiene muchos hechos, sí es objetable pues la manera en que están dispuestos y relacionados unos con otros puede llevar a error a la testigo. Puede ser que la testigo esté de acuerdo con algunos de esos hechos y con otros no, pero la pregunta pone de su cargo intentar recordar cada uno de ellos para intentar aclarar su respuesta. *“Sí, envié una oferta por correo electrónico, pero no a todos nuestros clientes, sino solo a los que tenían la calidad de “clientes frecuentes”; el correo lo escribí el 1 de mayo en mi casa, porque era un día feriado, pero lo dejé en la bandeja de borradores para enviarlo al día siguiente, el 2 de mayo, que no es feriado; no sé a qué se refiere con inmediatamente, su cliente me llamó por teléfono dos días después, el 4 de mayo, y la oferta era válida por 24 horas...”*.

En definitiva, para poder resolver si la pregunta que contiene más de un hecho es objetable, no debe solo hacerse un cálculo aritmético (1 hecho + 1 hecho = 2 hechos), sino que es necesario evaluar si la agrupación de hechos la hace confusa.

1.2. Preguntas capciosas

El Código procesal Civil también prohíbe expresamente las preguntas capciosas. Estas preguntas son aquellas que inducen a error al declarante para favorecer la postura de la parte que realiza la pregunta. Con ellas se pretende confundir al declarante tramposamente para declarar algo distinto a su versión de los hechos solo por error. Una pregunta compuesta puede ser confusa y capciosa a la vez, como en el ejemplo anterior, cuando se incorporan muchos hechos en una misma pregunta para que la testigo acepte el conjunto de hechos afirmados aun cuando no está de acuerdo con todos, pero los acepta solo por no haber podido retener cada detalle.

La capciosidad de las preguntas puede manifestarse de muchas maneras. Cualquier tipo de engaño que ponga en peligro la calidad de la información del declarante quedaría cubierto por esta prohibición. A continuación, revisaremos algunas de sus manifestaciones más comunes.

1.2.1. Pregunta que tergiversa la prueba

Es común que los abogados incluyamos en nuestras preguntas afirmaciones que la misma persona que está declarando ya ha hecho. Este es un recurso que puede ser usado en el examen directo para centrar la

atención del declarante en algún tema en el que queramos profundizar (zoom) o para dar pie a explicar alguna debilidad, entre muchos otros. Así, por ejemplo:

P: Señor Pérez, usted señaló hace unos momentos que tiene una “vasta experiencia como ingeniero”. ¿Podría decirnos hace cuánto tiempo trabaja como ingeniero?...

También puede ser usado en el contraexamen para sentar los cimientos de la desacreditación del declarante o de su declaración:

P: Señor Pérez, usted señaló hace unos momentos que tiene una “vasta experiencia como ingeniero”, ¿fueron esas sus palabras?

R: Eso dije.

P: Usted se graduó de ingeniero hace 25 años, ¿cierto?

R: Así es.

P: ¿Y su declaración es entonces que tiene 25 años de “experiencia” como ingeniero?

R: Bueno... claro.

P: Pero la verdad es que, si bien usted es ingeniero hace 25 años, no comenzó a ejercer esta profesión sino hasta hace 5 años atrás, ¿cierto?...

Sea cual sea el fin que se persiga al usar las palabras del declarante, lo importante es que cuando se haga, se usen sus palabras exactas. Si, por el contrario, se modifican sus palabras, haciéndolas pasar explícita o implícitamente por sus palabras, la pregunta es objetable. Digamos que el testigo ha declarado que “no pasaron más de 30 segundos entre una cosa y otra...” y luego en el contraexamen se le pregunta de esta manera:

P: Señor Montoya, ¿es posible que, si pasaron “pocos segundos entre una cosa y otra”, no haya podido ver con detalle lo que ocurrió?

Esta forma de preguntar es objetable porque, al tergiversar lo que el testigo declaró, se está intentando desacreditar artificialmente su testimonio al usar información incorrecta.

1.2.2. Pregunta repetitiva

Preguntar varias veces lo mismo puede constituir también una forma engañosa de preguntar, induciendo al declarante a cometer un error. Con esta forma de preguntar se busca que el declarante entregue, en alguna de las oportunidades en que contesta, una respuesta distinta para generar artificialmente una contradicción. Veamos un ejemplo:

P: Señora López, ¿la oferta fue enviada el 1 de mayo?

R: No, fue redactada el 1 de mayo, pero enviada el 2 de mayo.

P: ¿Y a qué hora redactó la oferta?

R: No recuerdo exactamente la hora, probablemente cerca de las 16:00.

P: ¿Y a qué hora fue enviado el correo electrónico?

R: A las 9:30.

P: Ahora, respecto de la respuesta a la oferta, ¿es efectivo que la recibió por teléfono?

R: Sí, fue por teléfono.

P: ¿Y la llamada fue hecha a su teléfono personal?

R: No, al de mi oficina.

P: ¿Y a qué hora nos dijo que fue enviada la oferta?

R: Eh... fue en la tarde... ¡No! En la tarde redacté el correo, pero...

P: ¡Pero nada! ¡Primero nos dice que envió el correo a las 9:30 y ahora que fue en la tarde! ¡No tengo más preguntas!

Como se puede apreciar, la repetición de la pregunta “¿a qué hora fue enviada la oferta?” es confusa e induce a error a la testigo. ¿De verdad existe aquí una contradicción de la testigo o solo un error producto de la manera de preguntar? Para determinar si la pregunta es confusa, en este y otros casos, es necesario atender el contexto en que es realizada. En este caso, no se trata solo de hacer dos veces la misma pregunta. Se trata de hacerla dos veces en momentos diferentes, cuando ya ha terminado

de hablarse del tema y se vuelve al tema anterior de improviso y fuera de contexto. La segunda vez que se realiza la pregunta se hace en el contexto de otro asunto (llamado telefónico) que, si bien está relacionado, es distinto. Se hace además dentro de un conjunto de preguntas que exige distinciones detalladas: dos acciones distintas (redactar y enviar los correos), ocurridas en dos días distintos (1 y 2 de mayo) y en horas distintas (16:00 y 9:30). Para que una pregunta repetitiva sea objetable no basta, por ende, solo con repetir la misma pregunta. Lo relevante, finalmente, es que, considerando su contexto, produzca confusión en el declarante y lo lleve a afirmar hechos erróneamente solo por esa confusión.

Es importante tener también en consideración que, para ser objetable, una pregunta repetida debe haber sido previamente contestada. Si se realiza una pregunta y el declarante no la responde o responde con evasivas, entonces puede volver a repetirse cuantas veces sea necesario hasta que sea contestada. En el mismo sentido, es importante también considerar que no cualquier palabra que sale de la boca de un declarante es una respuesta a la pregunta que se hace. Para que una pregunta esté contestada, debe haber respondido a la pregunta que se realizó, y no a otra. Imaginemos este contraexamen:

P: Señora López, ¿a cuántas personas envió la oferta?

R: Envié cerca de 150 correos electrónicos.

P: Señora López, mi pregunta no fue cuántos correos electrónicos envié, sino que a cuántas personas envió la oferta...

R: A todos nuestros clientes frecuentes.

P: ¿Y cuántas personas son sus "clientes frecuentes" a los que envió la oferta?

R: Son 96 personas. Varios tienen más de una dirección de correo electrónico...

En este ejemplo la pregunta se repite tres veces (dos veces idénticamente, una con una leve variación). Las dos primeras veces, hubo una respuesta de la testigo, pero esa respuesta no contestaba lo que se había preguntado. Esto hace que, aunque la pregunta se haya realizado tres veces, no sea objetable.

Por último, hay que tomar en cuenta también que una pregunta será repetitiva cuando es la misma parte quien la repite. Si se ha preguntado

algo en el examen directo y luego se hace esa misma pregunta en el contraexamen, no hay una repetición.

1.3. Preguntas sugestivas en el examen directo

Como ya tuvimos oportunidad de revisar en el capítulo sobre las reglas de la prueba y en el de examen directo, las preguntas sugestivas o insinuadoras de la respuesta están prohibidas por regla general en el examen directo y, como toda regla general, tiene excepciones. Estas excepciones, como se recordará, están justificadas precisamente en el escaso peligro que esas hipótesis presentan para la calidad de la información que aportan los declarantes.

1.4. Preguntas ofensivas y vejatorias

Realizar preguntas en términos ofensivos y vejatorios a los declarantes tiene varios inconvenientes. Por una parte, toda persona tiene derecho a un trato digno. Por otra, permitirles transformaría a los juicios en escenarios desagradables para quienes concurren a declarar, incentivando su inasistencia y desánimo en colaborar. El sistema judicial debe entonces garantizar a las personas un escenario de debate civilizado, donde no serán sometidos a tratos humillantes. Por otra parte, las preguntas ofensivas y vejatorias pueden intimidar a los declarantes, coaccionándolos ilegítimamente y llevándolos a declarar lo que el abogado quiere solo para que todo termine de una vez. Es por este último motivo que se trata de una forma de preguntar que hace peligrar la calidad de la información que entrega la prueba.

En el contraexamen, que es donde probablemente más encontraremos preguntas objetables por esta razón, hay que considerar su propia naturaleza antes de resolver si la pregunta debe prohibirse: el contraexamen es naturalmente coactivo en cierto grado. Y lo es legítimamente: se busca controlar la calidad de la prueba, aunque la prueba no quiera, y muchas veces no quiere. Probar que un declarante no es creíble porque ha mentido en muchas otras ocasiones puede ser vejatorio para esa persona, pero es pertinente y permitido. Probar que un perito se equivoca, a pesar de su experiencia y conocimiento, puede ser humillante, pero pertinente y permitido. La propia naturaleza del contraexamen nos lleva a poner un apellido a las preguntas ofensivas o vejatorias que deben ser prohibidas: deben coaccionar ilegítimamente al declarante. La legitimidad o ilegitimidad de la coacción es difícil de determinar en abstracto y habrá que estar a las circunstancias de cada caso. En cualquier caso, la coacción puede provenir tanto del contenido de una pregunta como también de la forma en que se hace (subiendo la voz, por ejemplo).

2. Proteger el uso racional de los recursos del sistema judicial

El sistema judicial no escapa de las verdades del mundo: tenemos recursos escasos para satisfacer nuestras necesidades. Tenemos una cantidad determinada de juzgados, salas de audiencias, funcionarios, jueces y tiempo. Para hacer un uso eficiente de los recursos, es necesario entonces priorizar y focalizar su uso. Perder tiempo no solo afecta el uso racional de estos recursos, sino que también otros valores propios del sistema judicial. Así ocurre, por ejemplo, con el acceso a la justicia. Si el sistema judicial toma un tiempo excesivo en conocer cada asunto, las sentencias demorarán cada vez más en llegar. Todo lo anterior justifica que, en el desarrollo de cada juicio, se intente concentrar el debate en los hechos controvertidos. La protección de este valor es lo que justifica que el Código Procesal Civil prohíba las preguntas que revisaremos a continuación.

2.1. Preguntas sobre hechos evidentes, notorios o admitidos

Los hechos evidentes, notorios o admitidos no requieren de prueba para dar por acreditada judicialmente su existencia. Recibir prueba respecto de ellos implicará, por ende, un uso innecesario de tiempo. Lo mismo puede decirse respecto de las preguntas que se realicen a los declarantes al respecto. Eso sí, hay que aplicar esto con criterio: muchas veces es necesario preguntar por este tipo de hechos para construir ordenadamente y con claridad el camino hacia las preguntas sobre los demás hechos. Sirven para dar contexto y sentido a lo que viene a continuación.

2.2. Preguntas impertinentes

El Código Procesal Civil también prohíbe las preguntas que no guarden relación directa con los hechos controvertidos o el objeto de la pretensión dilatoria. Estas son preguntas impertinentes, es decir, preguntas que no tienden a hacer más o menos probable la existencia de los hechos en controversia o el objeto de la pretensión dilatoria. En otras palabras, se trata de preguntas que no sirven para probar las teorías del caso en disputa.

Para aplicar correctamente esta objeción es necesario tener en cuenta que, como veremos con más detalle en el capítulo sobre la audiencia preliminar, la pertinencia tiene una doble dimensión en los sistemas que dan libertad al juez para apreciar la prueba. En el caso de las preguntas, la pertinencia no se limita solo a que la respuesta buscada tienda a hacer más o menos probable algunas de las teorías del caso en disputa, sino que también a que tienda a hacer más o menos creíble al medio de prueba. Así, las preguntas destinadas a acreditar a los declarantes,

como aquellas destinadas a desacreditarlos a ellos o sus declaraciones, son también pertinentes. Entenderlo de otra manera solo sería aceptable en un sistema de prueba tasada, donde el legislador ya ha hecho, *a priori* y en abstracto, este trabajo por el juez. Por el contrario, en un sistema de libre apreciación, donde el juez debe “pesar” la prueba en concreto y en su conjunto, es parte de las funciones del juicio producir la información necesaria para que pueda determinar su valor probatorio (apreciarla).

2.3. Preguntas por opiniones

Los testigos son personas que declaran sobre hechos que han percibido a través de sus sentidos. Lo que nos importa de ellos, por ende, es su relato sobre los hechos que percibieron. Los jueces estarán a cargo de formarse una opinión sobre lo que significan estos hechos. Las opiniones que se hayan formado los mismos testigos sobre estos hechos no constituyen nada más que opiniones personales, sin peso probatorio. Esto implica que sus opiniones son impertinentes. Para evitar que los testigos vayan sobre estos asuntos, el Código Procesal Civil prohíbe que las preguntas incluyan valoraciones y calificaciones. Esta restricción no es aplicable a las preguntas y declaraciones de los peritos, porque lo que necesitamos de ellos son justamente sus opiniones (por eso vienen a declarar). Veamos un ejemplo de pregunta objetable por opinión:

P: Señor Pérez, ¿estaba don José en sus plenas capacidades al momento de firmar el contrato?

Estar en sus “plenas capacidades” no es un hecho. Es una calificación u opinión sobre el estado mental de un tercero que no puede percibirse directamente a través de los sentidos. Sin embargo, esa conclusión puede extraerse a partir de una serie de hechos. Por ello, para no ser objetado al hacer esta pregunta, es conveniente reconducir las opiniones a hechos concretos. La misma pregunta anterior podría reformularse de la siguiente manera:

P: Señor Pérez, ¿usted acompañó a don José a firmar el contrato?

R: Sí, yo estuve con él en ese momento.

P: ¿Sabe si don José leyó el contrato antes de firmarlo?

R: Trató de hacerlo, pero no pudo.

P: ¿A qué se refiere con que “no pudo”?

R: Me dijo que no se sentía bien, que le dolía la cabeza, que su vista le estaba fallando y que se sentía mareado.

P: ¿Y qué hizo con el contrato?

R: Me dijo que lo iba a firmar nomás... que confiaba en el demandante porque antes había hecho negocios similares con él.

P: ¿Y qué pasó luego de firmar del contrato?

R: Salimos de la oficina del demandante y, apenas nos subimos al automóvil, don José comenzó a quejarse y perdió el conocimiento. Lo llevé inmediatamente al hospital.

P: ¿Supo usted qué le pasó a don José?

R: Sí, el médico que lo atendió nos dijo más tarde que había tenido un derrame cerebral...

P: ¿Cuánto tiempo transcurrió entre la firma del contrato y la pérdida de conocimiento de don José en el auto?

R: No fue mucho. Firmó el contrato, me pidió que nos fuéramos rápidamente porque no se sentía bien, bajamos por el ascensor, llegamos al estacionamiento, nos subimos al auto y, antes de salir del estacionamiento, se desmayó. No deben haber sido más de 10 minutos.

Ahora, a partir de los hechos relatados por el testigo, tendremos argumentos para afirmar, y eventualmente el tribunal para concluir, que don José no estaba en sus "plenas capacidades" al momento de firmar el contrato pues estaba sufriendo los síntomas de un derrame cerebral.

Por último, respecto de las opiniones de los testigos hay que considerar ciertas excepciones. Si para dar una opinión no se requiere de conocimiento experto, sino que solo sentido común, es razonable que se permita. Imaginémonos la declaración de la madre del demandante en un juicio donde se está pidiendo indemnización por el daño moral:

P: Señora Jiménez, ¿cómo era su hijo antes del accidente?

R: Era un joven alegre, muy colaborador en la casa, responsable en sus estudios, muy buen amigo y hermano.

P: Y, a grandes rasgos, ¿cómo es su hijo hoy, después del accidente?

R: Anda siempre triste. No quiere salir de la casa. Está siempre sentado viendo televisión. No hay nada que lo motive... si incluso dejó de hacer deporte con sus amigos.

La declaración de la testigo está llena de opiniones (alegre, colaborador, responsable, triste, desmotivado), pero todos estaríamos de acuerdo en que la madre de este joven, a pesar de no ser psiquiatra, está en condiciones de dar estas opiniones, especialmente si, antes de entrar en esta línea de preguntas, hemos acreditado que ella ha vivido durante 20 años con su hijo y, por lo tanto, lo conoce muy bien. En general, como criterio para determinar si un testigo puede dar una opinión, puede tomarse en cuenta si dicha opinión requiere de un conocimiento específico, si el testigo se ha formado su opinión a partir de hechos que ha percibido directamente y si su opinión es útil para definir el asunto en cuestión.

2.4. Argumentativas

La restricción del Código Procesal Civil a incluir valoraciones y conclusiones puede tomar una forma distinta a la recién descrita. Puede no tratarse de una pregunta que pida una opinión al testigo, sino que de una opinión del abogado.

Imaginemos un examen directo en el que el abogado que presenta al declarante, luego de haber obtenido información sobre las fechas en que ocurrieron una serie de eventos, señalara *“Veo que usted tiene bastante claro el orden en que ocurrió todo”*. O que, en el contraexamen, luego de manifestar algunas contradicciones de un perito, el abogado dijera *“Es bastante claro que estas contradicciones dejan en tela de juicio su profesionalismo”*.

Si bien ninguna de estas afirmaciones son preguntas, todas son afirmaciones realizadas por el abogado en el contexto de su interrogatorio. Estas afirmaciones son objetables. A diferencia de los testigos, no se trata de que las opiniones de los abogados no interesen, sino más bien que son inoportunas. El momento para que los abogados litigantes manifestemos nuestras conclusiones sobre la prueba no es durante su presentación, sino que en los alegatos de clausura. En ese momento podremos analizar pormenorizadamente la información entregada por la prueba y concluir que tal testigo *“tenía clarísimo el orden en que ocurrió todo”*, o que tal perito *“a pesar de ser un experto, se equivocó en este caso, como quedó de manifiesto con las –no una, ni dos– sino que ocho significativas contradicciones que fueron demostradas en su contraexamen”*.

3. No solo preguntas, cualquier acción

Las diferentes prohibiciones establecidas en el Código Procesal Civil no deben entenderse limitadas solo a la forma de preguntar, sino que a toda acción de los litigantes que provoque una vulneración de los valores protegidos por dichas prohibiciones. Así, por ejemplo, no solo está prohibido hacer preguntas sugestivas en el examen directo, sino que está prohibido sugerir las respuestas de cualquier manera. Imaginemos a un abogado que pregunta “¿a qué lado de la calle estaba usted?” mientras inclina notoriamente su cabeza hacia la derecha, insinuando cuál es la respuesta que espera. La pregunta es sí misma es abierta, pero el accionar del abogado es sugestivo. Esto es objetable por la misma razón que la pregunta sugestiva es objetable en el examen directo. Lo mismo es aplicable a las demás prohibiciones a la forma de preguntar.

4. Procedimiento

La protección de valores que subyacen a las prohibiciones es entregada por la ley al juez, ya sea directamente o a través de la solicitud de las mismas partes. Los litigantes, entonces, están habilitados a oponerse a la forma en que son conducidos los interrogatorios. La manera en que esta oposición se manifiesta es a través de las objeciones.

Técnicamente, una objeción es un incidente: una cuestión accesoria a lo principal que surge durante el desarrollo del juicio. En una audiencia de juicio, el incidente producido por una de estas objeciones tiene una forma de resolución tremendamente sencilla y totalmente alejada de las formalidades propias del sistema escrito. Cada vez que la contraria formula una pregunta objetable, basta con decir “objeción”, entregando un breve fundamento de la razón que la justifica. Habrá oportunidades en que ese breve fundamento no sea más que “sugestiva”. En otras oportunidades, podrá ser necesario explicar algo más. El juez dará la oportunidad a la parte que formuló la pregunta de entregar sus argumentos y resolverá inmediatamente. Así lo regula el Código Procesal Civil en el artículo 114.1 sobre incidentes en audiencia. No hay que olvidar, sin embargo, que las audiencias tienen un carácter muy dinámico y que estos incidentes suelen ser muy sencillos, por lo que es propio del funcionamiento de las audiencias que, si el problema de la pregunta es muy evidente, el juez resuelva de plano o la misma parte reformule la pregunta sin necesidad de que sea ordenado por el tribunal.

5. Es una decisión estratégica

La dinámica anterior manifiesta también una de las dificultades de objetar preguntas: todo ocurre tremendamente rápido. La audiencia de juicio puede ser un ejercicio vertiginoso. Estamos escuchando el examen directo del testigo, integrando la información que entrega, comparándola con nuestra teoría del caso, determinando cuál de esa información podemos agregar al contraexamen que haremos en breves minutos, cuál desecharemos manteniendo la estructura que ya habíamos planeado y, mientras todo esto ocurre, la contraparte hace una pregunta sugestiva. Cuando logramos ballucear “objeción”, el testigo ya contestó la pregunta y el juez rechaza nuestra objeción. Muy tarde. Lo mismo ocurre a la inversa. Estamos haciendo nuestro contraexamen, el testigo es hostil, avanzamos paso a paso con cuidado para no romper la lógica de lo que estamos afirmando, el testigo no contesta realmente a la pregunta y volvemos a hacérsela, mientras contesta pensamos en la secuencia que seguirá, una respuesta inesperada nos obliga a escáner esa nueva información con nuestra teoría del caso para definir si nos daña o nos beneficia y, mientras todo esto ocurre, nos objetan la pregunta por impertinente. ¿Por qué causal nos objetaron? A veces no lo alcanzamos a retener. ¿Qué habíamos preguntado? A veces ni siquiera nos acordamos. Y si nos acordamos todavía no termina el problema. Nos empezamos a preguntar ¿por qué era esto tan importante? ¿qué era lo que quería obtener de aquí? ¿con cuál de los hechos controvertidos podría asociar esto? La habilidad para hacer y responder objeciones es un gran desafío que requiere mucho entrenamiento.

Pero a todas las dificultades anteriores hay que agregar otra. Las objeciones no se hacen por purismo técnico, se hacen por razones estratégicas. Una pregunta sugestiva en el examen directo no es un problema para nosotros si con ella se está obteniendo una información que nos favorece. Sin embargo, si se está sugiriendo al testigo responder algo que daña nuestra teoría del caso, entonces debemos oponernos. Solo en estos casos objetaremos.

CAPÍTULO IX.

PRUEBA MATERIAL

1. Introducción

Como ya señalamos en el capítulo sobre las reglas de la prueba, la prueba material consiste en cosas. Pueden ser tanto objetos o como documentos. Como medios de prueba que pueden aportar credibilidad y valor a nuestros casos, necesitamos hacerlos hablar y que lo hagan desde nuestra perspectiva de los hechos.

2. Agregando valor

Para eso, más allá de las presunciones legales y admisiones expresas o tácitas reguladas en la ley, nosotros podemos agregarles valor como medios probatorios a través de la declaración de las personas que concurren al juicio.

Digamos, por ejemplo, que tenemos una fotografía en la que aparece un árbol en la mitad de una plaza. Supongamos que sostenemos que ese es el árbol desde el que cayó el demandante, un niño de 12 años, cuando se rompió una rama que estaba podrida. Si nos quedamos solo con la fotografía, lo único que podremos concluir de ella es que ahí aparece *un árbol* en una plaza, pero por sí misma la fotografía no nos entrega ninguna información para concluir que ese es *el árbol* desde el que cayó el niño. Por supuesto, que nosotros como abogados litigantes afirmemos que ese es *el árbol* desde el que cayó el niño no constituye prueba: no fuimos testigos de ese hecho y difícilmente podríamos dar fe al respecto. Por lo anterior, para que esa fotografía tenga algún peso probatorio relevante en concreto, necesitaremos producir prueba independiente de la fotografía que nos permita acreditar que la afirmación que hacemos respecto de ella es verdadera. Y para eso nuestros propios declarantes serán nuestra principal herramienta.

Veamos este ejemplo:

P: Don Rubén, ¿podría decirle al tribunal dónde estaba usted el 17 de octubre?

R: Ese día yo estaba trabajando en la Plaza Central.

P: ¿Y en qué estaba trabajando en esa plaza?

R: En la empresa donde trabajo nos habían encargado podar los árboles que había ahí.

P: ¿Y pudieron hacer el trabajo que les habían encargado?

R: No pudimos avanzar mucho porque, mientras estábamos empezando con el primer árbol, hubo un accidente.

P: Don Rubén, antes de hablar del accidente, me gustaría que habláramos un poco de ese árbol en el que debían trabajar. ¿Podría describirle al tribunal cómo era?

R: Claro. Era una conífera monumental.

P: ¿Qué es una “conífera monumental”?

R: Monumental les llaman a los árboles gigantes. No sé exactamente cuánto medía este, pero no debe haber sido menos de 30 metros de altura.

P: ¿Y qué significa que sea una “conífera”?

R: Coníferas son los árboles que tienen sus semillas en formas de conos, como los pinos.

P: ¿Y podría describirnos específicamente cómo era la conífera en la que debían trabajar?

R: Sí, era un pino grande, como un árbol de navidad gigante. Tenía un tronco bastante grueso, de unos 4 metros de diámetro. Las primeras ramas, que eran las que teníamos que podar, estaban a unos 5 o 6 metros de altura.

P: Don Rubén, ahora le voy a mostrar una fotografía. Le voy a pedir que la observe con detención y le diga al tribunal qué es lo que ve ahí.

R: Bueno, aquí aparece el pino del que estábamos hablando.

P: ¿Cómo lo reconoce?

R: Lo reconozco porque esta es la Plaza Central. Además, en esa plaza hay solo dos árboles monumentales. El otro es un roble y son muy distintos a las coníferas. Además, por lo que pasó, nunca me voy a olvidar de ese árbol...

P: Ahora, don Rubén, viendo la fotografía del árbol, ¿podría explicarle al tribunal cómo ocurrió el accidente del que nos habló hace unos minutos?

Como se puede apreciar, el testigo es el que entrega la información que la fotografía por sí misma no puede entregar. Si el juez le cree al testigo al respecto, entonces habremos acreditado que esa fotografía es la fotografía del árbol desde el que cayó el niño.

Es importante que el reconocimiento de la prueba material entregue suficiente confianza para ser creído. Como se puede ver en el ejemplo, para lograr credibilidad, primero se le preguntó al testigo sobre las características del árbol sin que estuviera viendo la fotografía. De esta manera, cuando luego se le muestre la fotografía al testigo y al tribunal, confirmando que coincide con la descripción que hizo previamente el testigo, aumentará su credibilidad. Como también se ve en el ejemplo, las preguntas dirigidas a acreditar la prueba material fueron abiertas. Si, por el contrario, hiciéramos preguntas sugestivas (salvo que fuera un contraexamen), no produciríamos una acreditación de calidad. Así ocurriría si, en lugar de preguntar como en el ejemplo, nos acercáramos al testigo con la fotografía y le preguntáramos “Este es el árbol del accidente, ¿no es cierto?” o si al momento de ofrecer la fotografía dijéramos algo como “ahora le voy a mostrar la fotografía del árbol, ¿lo reconoce?”.

Hacer interactuar a los declarantes con la prueba material tiene varias ventajas. Además de acreditar la prueba material, ésta a su vez acredita al declarante. Si el declarante ha descrito algo que luego tiene sustento en otra prueba, entonces la declaración aparece también como más fidedigna. No es solo el declarante el que dice que había un árbol gigante en la plaza, hay también una fotografía que lo respalda. Por otra parte, hacer interactuar ambos tipos de prueba permite graficar de mejor manera lo que queremos hacer “ver” con la declaración. Así, una vez que el declarante tenga la fotografía, podrá explicarnos de una manera más clara los acontecimientos. Mientras vaya relatando lo sucedido, podrá ir mostrándonos en la fotografía a lo que se refiere: “la rama que nos habían encargado cortar es la que está ahí”; “el niño estaba en esa misma rama”; “la distancia entre esa rama y el suelo es de aproximadamente 6 metros”; “como se ve en la fotografía, en el árbol no había ningún aviso que señalara que estaba prohibido subir a los árboles”. La imagen que lograremos

con esta dinámica será mucho más clara y precisa que si sólo tuviéramos testimonio al respecto. Hay que considerar que para lograr el efecto esperado es necesario que tanto el declarante como el juez puedan ver la prueba material, asunto que hoy es fácil de lograr a través de su proyección, pero se requiere de cierta coordinación previa para resultar fluido.

CAPÍTULO X.

ALEGATOS

1. Alegato de apertura y alegato final

Aunque con una forma y objetivos distintos, tanto el alegato de apertura como el de cierre son los momentos de la audiencia de juicio en que los litigantes podemos presentar nuestros argumentos. El Código Procesal Civil reconoce expresamente la existencia del alegato de cierre en su artículo 102.5 al señalar que, luego de la práctica de la prueba, se recibirán “*las conclusiones de las partes*”. El alegato de apertura, en cambio, no está expresamente reconocido, pero tampoco está prohibido. Como veremos, sería una práctica recomendable que los jueces permitan a las partes realizarlo al inicio de la audiencia y antes de practicar la prueba, debido a los beneficios que aporta a todos quienes intervienen en la audiencia.

2. Alegatos de apertura

El alegato de apertura es un momento importante. Nos ofrece la oportunidad para, incluso antes de comenzar a rendir la prueba, crear una primera impresión ante el tribunal sobre la fuerza de nuestro caso. Aquí podremos empezar a ganar o empezar a perder. Por lo mismo, debemos aprovechar la oportunidad para hacer algo útil y sustantivo en beneficio de nuestra teoría del caso, evitando usar esta preciosa oportunidad solo para repetir la ley, lo dicho en la demanda o la contestación o aludir a formalismos innecesarios.

2.1. Contenidos del alegato de apertura

No hay una forma única de alegato de apertura. Las necesidades de cada caso y el estilo de cada abogado litigante determinarán cómo finalmente se manifieste y estructure. Sin embargo, hay ciertos contenidos que es importante incorporar para lograr su objetivo.

2.1.1. La teoría del caso

Antes de la audiencia de juicio las partes ya han presentado su demanda y contestación. Los hechos alegados por cada una ya son conocidos.

También ya se han definido los hechos controvertidos. Sin embargo, todavía no ha existido una oportunidad específica para que cada parte presente al tribunal su teoría del caso. Recordemos que la teoría del caso no se limita a describir el conjunto de hechos alegados por cada parte. Si fuese así, con la demanda y contestación bastaría. En ellas se contienen ya todos los hechos que pueden ser alegados. Pero la teoría del caso es más que eso. La teoría del caso es la idea alrededor de la cual se articulan los hechos y la prueba. Es la *explicación* (el punto de vista) que cada parte ofrece al tribunal para interpretar el conjunto de hechos y de medios de prueba que se conocerán en el juicio. Dependiendo del punto de vista que ofrezcamos los litigantes, los hechos y la prueba podrán ser entendidos de maneras muy distintas.

Veamos este caso. Digamos que el demandado, una empresa dedicada a la venta de acero, hizo una oferta a algunos de sus clientes para comprar con un 15% de descuento. El demandante aceptó la oferta dentro del plazo establecido (76 horas) y a través del medio señalado (correo electrónico). Sin embargo, ninguno de los correos que envió el demandante con la aceptación de la oferta pudo llegar a su destinatario. Luego de cada intento, recibía un mensaje de regreso señalando que había existido un error en la recepción. Entonces, la aceptación de la oferta no fue reconocida por el demandado. Esto le ha causado perjuicios a nuestro cliente (el demandante), quien se obligó con sus propios clientes a realizar trabajos de construcción a un precio inferior asumiendo que compraría el acero a un precio más bajo (el de la oferta). Luego de haber investigado los hechos, construimos nuestra teoría del caso: luego de hacer llegar libre y voluntariamente su oferta a sus clientes, el demandado se *arrepintió* porque durante la vigencia de la oferta el precio del acero subió un 20% tras conocerse los datos sobre la reactivación de la economía china. A través de esta idea (el arrepentimiento del demandado), ordenaremos todo nuestro caso. Los hechos y las pruebas que practicaremos durante el juicio se explicarán en torno a ella. En el alegato de apertura, por lo mismo, debe incluir esta idea.

El alegato de apertura debe entonces contener la manifestación de nuestro punto de vista. Esto nos permitirá facilitarle al tribunal la tarea de comprender qué lugar ocupa cada hecho y cada prueba en el rompecabezas mayor que intentaremos armar durante el juicio. Si bien nada nos obliga a develar nuestra teoría del caso en este momento (podríamos optar por dejar todo en el misterio hasta el alegato final), es importante tener en cuenta los riesgos que una estrategia como esta conlleva. En primer lugar, estaríamos arriesgándonos a que el tribunal no entienda lo que estamos haciendo durante el juicio. El alegato de cierre puede llegar muy tarde para explicarlo. En segundo lugar, nos arriesgamos a que nuestro

silencio sea interpretado de una manera inconveniente: el tribunal podrá pensar que no nos queremos comprometer con una versión determinada de los hechos porque no la tenemos y que estamos a la espera de lo que ocurra durante el juicio para “acomodar” una sobre la marcha. Por último, podrá pensar también que no la develamos solo para impedir a la contraparte conocerla y, con ello, hacerse cargo de ella al practicar la prueba y presentar sus argumentos. Todo lo anterior expone nuestro caso a perder credibilidad (y a nosotros como litigantes también). Por lo anterior, si bien no puede descartarse que silenciar nuestra teoría del caso pueda resultar conveniente en ciertas situaciones, la verdad es que en la gran mayoría de los casos parece tratarse de una mala idea.

2.1.2. El mapa de ruta

Junto con ser el momento para manifestar la teoría del caso, el alegato de apertura es también una oportunidad para que los litigantes le expliquemos al tribunal cómo pretendemos llegar a nuestra meta. En otras palabras, es una oportunidad para que los litigantes le mostremos al tribunal el *mapa* por donde transitaremos. ¿Cuáles son los hitos más relevantes del juicio en los que hay que poner atención para resolverlo correctamente? ¿Cuáles son las claves de este caso para comprenderlo? Dependiendo de las circunstancias, el punto neurálgico podrá estar en cualquiera de los tres niveles de la litigación o en una mezcla de ellos: en la norma aplicable, en los hechos afirmados por cada parte o en la prueba practicada para acreditarlos. Independientemente de cuál sea la aproximación que se elija, lo relevante es que siempre debe hacerse desde lo concreto del caso, evitando enunciaciones vagas e imprecisas que no aportan mucho a la comprensión del caso. Anuncios como “*nuestra prueba acreditará con certeza los hechos que hemos alegado*” no dicen nada.

Veamos un ejemplo de mapa usando nuestro caso anterior. En nuestro alegato de apertura podríamos afirmar: “*El demandado, luego de haber realizado libre y voluntariamente una oferta a sus clientes de vender acero con un 15% de descuento, se arrepintió. Y se arrepintió porque, como veremos en las noticias de la prensa escrita aparecidas el 13 de abril, mientras estaba vigente su oferta, el precio del acero subió en un 20% debido a la reactivación de la economía China. Mantener los términos de su oferta lo harían dejar de ganar cerca de 5 millones de dólares. Esto lo demostraremos con un cálculo aritmético sencillo que haremos a partir de la información entregada por el propio demandado en su contestación. ¿Pero qué podía hacer el demandado para evitar perder tanto dinero? ¿Cómo podría evitar que, estando vigente su oferta, sus clientes no la aceptaran? Todo indicaría que ahora estarían incluso más dispuestos que antes a aceptarla. Y entonces ideó un plan muy rápido y fácil*

de implementar: bloqueó la cuenta de correo electrónico donde debían, según sus propias instrucciones, enviarse las aceptaciones a su oferta. Con esto ya no tenía que convencer a sus clientes de rechazar su oferta. Simplemente debía “taparse los oídos”. Como probaremos en este juicio a través de la declaración de don Federico Gutiérrez, ingeniero informático de reconocida trayectoria, es posible manipular una cuenta para que deje de recibir correos. Esto se hace a través de la “saturación artificial del servidor”. Este es un término que hay que recordar. Será crucial para entender lo que ocurrió. Don Federico Gutiérrez nos explicará cómo opera este mecanismo y que cualquier técnico informático con conocimientos básicos puede hacerlo. Probaremos también que entre los trabajadores permanentes del demandado hay dos técnicos en informática. Por otra parte, recibiremos también la declaración de nuestro cliente, quien nos dirá cómo, durante la mañana del 14 de abril, envió por correo electrónico su aceptación a la oferta del demandado, recibiendo como respuesta un mensaje automático que señalaba “Delibery status notification (failed)”. Nos contará también como continuo intentando en otras 15 oportunidades, en todas las cuales recibió la misma respuesta. Veremos todos y cada uno de estos correos electrónicos y sus respectivos mensajes de error. El demandado podrá decir en su defensa que el problema lo tuvo el demandante con su propio servicio de correos. Pero entonces tendrá que explicarnos por qué otros tres clientes del demandado, que decidieron también aceptar su oferta el mismo 14 de abril, tuvieron exactamente el mismo problema. Todos ellos declararán en este juicio y veremos los correos y las respuestas de error que recibieron. También tendrá que explicar cómo todos ellos declararán que sólo tuvieron problemas para enviar su respuesta a la dirección del demandado mientras podían enviar y recibir mensajes desde y hacia otras direcciones de correos electrónicos...”.

2.1.3. Introducción de los personajes

En este primer momento de la audiencia, también debemos introducir al tribunal a las personas que verán a continuación. Se trata de identificar a los participantes con la finalidad de que el tribunal comprenda cuál es su papel en los hechos y, de esa manera, comprenda mejor nuestro caso. Así, podríamos hablar del “demandante” durante todo el juicio o podríamos identificarlo con su nombre. Hacerlo ayuda a humanizar el conflicto. Más aún, también podemos identificar a los participantes entregando la información que los define desde nuestra teoría del caso: “*el demandante, don Humberto Hernández, quien perdió su empresa por el arrepentimiento del demandado*” o “*doña Mónica Jiménez, la única testigo presencial de los hechos*”.

2.1.4. Bases legales para la sentencia

El alegato de apertura puede contener también la enunciación de los presupuestos legales necesarios para resolver el asunto puesto en conocimiento del tribunal. Aquí la idea es hacer algo más que repetir la ley (los jueces ya la conocen), sino que acercar la ley al caso concreto. Así, podríamos afirmar en nuestro alegato solo que *“Se debe condenar al demandado porque en este caso hubo una aceptación válida de la oferta”* o podríamos agregar que *“Luego de recibir la declaración de don Humberto y de ver las copias de sus correos electrónicos, quedará claro que aceptó en 15 oportunidades la oferta, que lo hizo durante la mañana del 14 de abril, es decir, dentro del plazo, y en la forma que el demandado estipuló en su oferta, todo lo cual hace que su aceptación haya sido válida; si el demandado decidió “tapar sus oídos” para no escuchar las respuestas, esto no significa que la aceptación sea inválida, sino que el demandado ha incumplido con su oferta de mala fe”*.

En algunas oportunidades será también este el momento para hablar sobre la correcta interpretación que debe dársele a la ley aplicable al caso. Pero no hay que equivocarse: aunque a los abogados muchas veces nos guste hablar de la doctrina o la jurisprudencia, esto solo tendrá sentido en el alegato de apertura si el caso realmente presenta una controversia pertinente sobre el punto, lo que probablemente se dará en una cantidad menor de casos. Hacerlo cuando no es necesario transforma al alegato de apertura en un ejercicio estéril que solo hará quedarse dormidos a los jueces.

3. Algunas consideraciones adicionales

3.1. Promesa

El alegato de apertura es una promesa sobre lo que ocurrirá durante la audiencia de juicio. Y las promesas incumplidas se cobran. Por lo mismo, es necesario ser cautelosos a la hora de hacer afirmaciones exageradas sobre nuestro caso que luego no podremos cumplir. Por el contrario, si no hemos exagerado y las cosas han ido según lo planeado, en el alegato de cierre podremos mostrar cómo hemos cumplido lo prometido y trataremos de resaltar todos los incumplimientos en que ha caído la contraparte.

3.2. Sin conclusiones

Al momento de hacer nuestro alegato de apertura, la prueba aún no ha sido rendida. Por eso, no es posible sacar conclusiones específicas acer-

ca de la prueba en concreto. Una cosa es mostrarle al tribunal nuestro mapa (cómo probaremos) y otra distinta es entrar en el detalle de qué dirá exactamente cada testigo o de por qué tal testigo es creíble y tal otro debe ser desechado. Para hacer un análisis específico de la prueba, debemos primero practicarla y luego, cuando hayamos producido la materia prima para valorarla, podremos sacar nuestras conclusiones en el alegato de clausura.

3.3. Anticipar las debilidades

Al hacer nuestra teoría del caso hemos detectado las debilidades que presenta. No hay casos perfectos, por lo que será habitual encontrarse con debilidades. Si hemos decidido llegar hasta la audiencia de juicio, es porque evaluamos que, a pesar de ellas, tenemos una explicación suficientemente satisfactoria. El alegato de apertura es la oportunidad para exponer las debilidades y sus explicaciones. Ocultarlas no es una buena idea: si son mostradas por la contraparte, inevitablemente quedará la impresión de que tratamos de ocultarlas y eso debilitará nuestra credibilidad. Hacerse cargo de ellas solo una vez que la contraparte las ha traído al debate, no tiene el mismo impacto en términos de credibilidad.

3.4. Duración del alegato

Al igual que cualquier ser humano, los jueces tienen una capacidad limitada para mantener la atención. Esto hace que el uso del tiempo deba ser también parte de nuestras consideraciones estratégicas. Nuestro alegato debe consumir la menor cantidad de tiempo posible. Y aunque a los abogados a veces nos parezca difícil, mientras menos se hable y más se diga, mejor. Debemos elegir sobre qué hablaremos, sin inundar al tribunal de información y detalles innecesarios que suelen aparecer cuando estamos improvisando y no sabemos cómo terminar. Si lo hacemos, en lugar de haber aclarado las cosas a nuestro favor, habremos confundido más al tribunal.

4. Alegato de cierre

Si litigamos correctamente, durante la audiencia de juicio produjimos nuestra prueba, entregamos las razones para hacerla creíble y relevamos todas las deficiencias de la prueba de la contraparte. Como la prueba no habla por sí sola, la hicimos hablar, y no de cualquier manera, sino que de una forma coherente con nuestra teoría del caso. Al hacer esto transformamos una materia prima (la información que contiene cada medio de prueba) en un producto con valor agregado (la prueba de una

afirmación que es coherente con el resto de nuestras afirmaciones y que satisface la ley).

Sin embargo, todo el trabajo que hicimos durante la práctica de la prueba está todavía incompleto: no hemos tenido la oportunidad de analizar la prueba en su totalidad. Solo hemos trabajado individualmente con cada pieza del rompecabezas y nos falta el trabajo final de “ensamblaje”. Dependiendo de cómo armemos las distintas piezas, podremos tener resultados muy distintos.

Como ya se puede adelantar, existe un fuerte vínculo entre el alegato de cierre y la sentencia. Este vínculo manifiesta la importancia capital del alegato de cierre: es la oportunidad para *proponerle la sentencia al tribunal*. Es este vínculo el que determina el contenido medular que debe ofrecer nuestro alegato. Por lo tanto, para definir su contenido, debemos ver qué es lo que la ley le exige al juez hacer en la sentencia.

En lo central, y dejando de lado los aspectos formales, el artículo 61.2 señala que la sentencia deberá contener *“La enunciación, clara, precisa y ordenada cronológicamente de los hechos probados y no probados de importancia para la decisión, con referencia concreta a los medios de prueba en que se apoya la conclusión y de los criterios de apreciación de esos elementos”*. En la gran mayoría de los casos, nuestro alegato deberá concentrarse en este punto: qué medios de prueba creíbles (o no) han servido para acreditar (o no) los hechos que satisfacen (o no) los elementos de una determinada figura legal. En otros casos, probablemente los menos, también deberemos hacer un esfuerzo argumentativo respecto del significado y alcance de los elementos normativos aplicables.

En cualquier caso, la relación entre alegatos de cierre y sentencia no significa que los primeros deban realizarse exactamente en el mismo formato que se le exige a la segunda. Aquí los litigantes tenemos libertad para organizar nuestros alegatos de cierre. Así, entonces, no tenemos necesariamente que organizarlo a partir de los hechos, ni estos tienen que presentarse “cronológicamente”. Lo que importa, sea cual sea la estructura que elijamos, es que contenga lo sustancial: que ofrezcamos al tribunal las razones concretas de por qué nuestra teoría del caso es más probable que la de la contraria.

4.1. Momento para sacar conclusiones

El alegato de cierre es el primer y único momento en el juicio donde los litigantes podemos ofrecer al tribunal nuestras conclusiones concretas. Antes de este momento no es pertinente hacerlo ya que la prueba no ha

sido producida completamente. Solo una vez que toda la prueba ha sido practicada en el juicio –la propia y la de la contraria–, es posible analizarla y presentar nuestras opiniones al respecto.

Si el alegato de cierre consistiera en contestar una pregunta, sería ésta: ¿Por qué el juez debería fallar a mi favor? La respuesta, que puede manifestarse de infinitas maneras, debe estar integrada al menos por estos elementos para quien tiene la carga de probar: Porque (1) tales medios de prueba de buena calidad (2) han probado tales hechos (3) que satisfacen tales elementos de la ley. Por supuesto, a lo anterior siempre es conveniente sumar las razones que expliquen por qué la contraria no ha podido hacer lo mismo respecto de todos o algunos de los elementos recién descritos. Para el que no tiene la carga de probar, el esfuerzo consistirá en explicar por qué la contraparte no ha cumplido con su carga. Si se trata de una defensa pasiva (que se asila en la carga de la prueba), tendrá que explicar cómo la contraria no logró cumplir con su carga por insuficiencias en cualquiera de los tres elementos antes descritos. Si se trata de una defensa activa, puede sumar a lo anterior las razones que expliquen por qué su teoría del caso es más probable que la de la contraria.

Sea cual sea la posición que nos corresponda representar en el juicio, lo importante es que nuestro análisis debe ser concreto. El alegato de cierre no es un momento para la retórica ni discursos abstractos sobre la “ley” o la “justicia”. Se trata, por el contrario, de un ejercicio específico sobre la prueba practicada en el juicio, de cómo ella acredita ciertos hechos y de cómo estos hechos satisfacen la ley (o no).

4.1.1. Pruebas de buena calidad

Al afirmar que nuestra prueba es de buena calidad y, por ende, debe ser creída, debemos explicar al juez varias cosas. Para comenzar, es necesario indicarle de qué prueba estamos hablando en concreto. ¿Cuáles son esos medios de prueba? El hecho de que el juez haya estado presente durante toda la audiencia de juicio no significa que entienda de la misma forma que nosotros qué hechos específicos han sido probados con cada una de las pruebas que fueron presentadas. Esto nos queda claro cuando al leer la sentencia, muchas veces nos encontramos con la sorpresa de que el juez ha entendido la prueba de una forma que nunca se nos ocurrió podría haber sido entendida, que ni incluso la contraria interpretó de esa manera, y que si hubiésemos podido saber que el juez lo estaba entendiendo todo al revés, lo podríamos haber sacado de su error, pero ya es muy tarde. Por eso, hacer afirmaciones genéricas sobre la prueba sirve de poco y nada: *“la prueba presentada por esta parte no deja dudas sobre la existencia de este hecho...”*. Este tipo de afirmaciones deja demasiado

espacio para muchas interpretaciones y para el juez no es útil. Cuando dicte su sentencia, estaría incumpliendo su obligación de fundamentación si se limitara a señalar algo como lo anterior, pues está obligado a realizar un análisis pormenorizado de todos los medios de prueba (y de cada uno de ellos), para luego explicar el razonamiento que ha usado para dar por acreditados los hechos que ha resuelto tener por verdaderos.

Aclararle al tribunal de qué prueba estamos hablando no se cumple tampoco con una enumeración de la prueba practicada en el juicio que sirve para acreditar la existencia de un hecho. Así, no sería suficiente afirmar que *“Para acreditar que la oferta fue recibida el 12 de abril, presentamos la declaración de don Juan Pinto y Mario Vargas, a lo que hay que sumar la copia del correo electrónico presentada por el demandante”*. Determinar de qué prueba estamos hablando implica un esfuerzo más específico que explicita su contenido: *“Para acreditar que la oferta fue recibida el 12 de abril, presentamos la declaración de don Juan Pinto, quien declaró que recibió el correo en esa fecha mientras trabajaba en su computadora, y también la declaración de don Mario Vargas, ingeniero informático, quien declaró que había realizado una pericia a la computadora del señor Pinto, concluyendo que los metadatos mostraban que la fecha de recepción del correo electrónico fue efectivamente el 12 de abril, confirmando con ello que la fecha que aparece impresa en copia del correo electrónico presentada por el demandante –12 de abril– no había sido adulterada”*.

Generalmente, dependiendo del grado de controversia que presente el hecho, no bastará con que un testigo haya declarado sobre la existencia de un hecho para que el juez lo dé por probado. Puede ser que otra prueba de la contraparte diga lo contrario. Debemos entonces explicar también porque nuestros medios de prueba son más creíbles o los de la contraria menos creíbles. El análisis de credibilidad de la prueba, al igual que todo lo que haremos en nuestro alegato, debe ser concreto y específico para tener efecto. Debemos entonces identificar con precisión las razones que hacen creíble o no a cada uno de los medios de prueba. Para esto, es importante tener en cuenta algunos criterios:

- Coherencia interna: podremos afirmar que un determinado medio de prueba es más o menos creíble dependiendo de la existencia o de la ausencia de contradicciones entre los distintos datos informativos que entrega el mismo medio de prueba.
- Coherencia externa: también podremos afirmar que un determinado medio de prueba es más o menos creíble si es consistente o inconsistente con la información entregada por otros elementos ajenos a esa misma prueba. Así, habrá coherencia externa si

lo informado por nuestra prueba es consistente con lo informado por otras producidas durante el juicio, especialmente si son de la contraria. Pero lo “externo” no está limitado solo a comparar lo dicho por el medio de prueba con lo dicho por otros medios de prueba. En lo “externo” hay cuestiones de la más variada índole: lo dicho en la demanda o en la contestación, los hechos públicos y notorios, los hechos no controvertidos, la lógica, la experiencia, la ciencia y el correcto entendimiento humano.

Todas las incoherencias en cualquiera de estos ámbitos (interno y externo) ponen en peligro la credibilidad de la prueba, pero la sola existencia de incoherencias no tiene porqué terminar definitivamente con su credibilidad: si durante el juicio hicimos el esfuerzo de adelantamos estas debilidades y les dimos una explicación razonable, ahora será el momento de usarlas para reafirmar su fuerza probatoria. Por otra parte, si la incoherencia de nuestra prueba se encuentra en su contradicción con otra de la contraria, entonces para reafirmar su valor tendremos que explicar por qué debe ser preferida la nuestra, para lo cual echaremos mano a los elementos de desacreditación que obtuvimos en su contraexamen.

- **Acreditación:** podremos afirmar que nuestra prueba es creíble porque durante el juicio entregamos razones para hacerla creíble. Así, durante el examen directo de nuestros declarantes habremos producido información al respecto a través de las preguntas de acreditación, como también fuimos adelantando debilidades y entregando razones que daban cuenta de sus dichos, todo lo cual podremos usar ahora para reafirmar su credibilidad.
- **Ausencia de desacreditación:** podremos afirmar también que nuestra prueba es creíble porque, sujeta al contraexamen de la contraria y eventualmente a las preguntas del tribunal, no fue posible extraer de ella ninguna información relevante que dañara su credibilidad. Si –diríamos en nuestro alegato– el medio de prueba fue sometido a todos estos controles y salió triunfante, entonces la información que entregó es confiable y debe ser creída.
- **Ausencia de contradicción sobre el punto:** por último, podremos también reafirmar la credibilidad de nuestra prueba recordando al tribunal que el hecho probado por esta no fue controvertido por la contraria en el juicio. Para esto, no solo puede argumentarse que el hecho no fue negado en alguno de los escritos de discusión (demanda o contestación), sino también que durante

la audiencia de juicio no fue presentada ninguna prueba concreta que señalara lo contrario, independientemente de que el hecho hubiese sido negado originalmente por la contraparte.

4.1.2. Han probado tales afirmaciones

Ya sabemos con cuál prueba específica y creíble hemos intentado probar un determinado hecho, pero todavía debemos explicar cómo lo informado por esa prueba hace a ese hecho más probable o menos probable. A veces esa relación será evidente. Así ocurrirá generalmente si nuestra prueba es directa: afirmamos que el bus cruzó con luz roja y recibimos la declaración de un testigo creíble que afirma haber visto al bus pasar con luz roja. No será necesario construir un argumento muy sofisticado para hacer ver al tribunal que, si le creemos al testigo que vio pasar al bus con luz roja, se ha probado que el bus cruzó con luz roja. Otras veces, en cambio, necesitaremos hacer un esfuerzo mayor. Esto ocurrirá cuando tenemos prueba indirecta, lo que implicará la prueba de hechos indiciarios que, en su conjunto, harán más o menos probable la existencia del hecho principal que intentamos probar. En estos casos, será necesario realizar un ejercicio argumentativo adicional en el que tendremos que agrupar estos hechos indiciarios de una manera coherente que cierre suficientemente la probabilidad de que los hechos hayan ocurrido de otra manera.

Por otra parte, los hechos que hayamos probado deben ser coherentes con la teoría del caso que hemos propuesto. Como ya habíamos señalado, la teoría del caso está compuesta por una serie de afirmaciones sobre hechos (proposiciones fácticas) respecto de las cuales se recibió prueba en el juicio, pero no hay que olvidar que la teoría del caso es más que la suma de una serie de afirmaciones de hecho agrupadas en torno a elementos legales. La teoría del caso es una explicación y en torno a esta explicación agrupamos los hechos y les conferimos un determinado significado. El alegato de cierre será también el momento en que podremos expresar al tribunal esta explicación desde la cual hemos presentado nuestro caso, resaltando el significado que le damos a los hechos y su coherencia. Lo mismo podremos hacer a la inversa: explicaremos cómo los hechos alegados por la contraria son inconsistentes entre ellos o con su teoría del caso.

4.1.3. Que satisfacen tales elementos de la ley

Cada vez que hay un conflicto que llega a un tribunal, este puede estar radicado en el derecho, en los hechos o en una mezcla de ambos. El conflicto que radica en el derecho (cuál norma es aplicable al caso o cuál es el significado correcto que debe dársele a la norma en el caso), es

un conflicto fundamental cuyo resultado puede ser determinante para el resultado del proceso. A pesar de lo anterior, como ya hemos señalado, la gran mayoría de las veces el significado de la ley no es un aspecto importante. La mayoría de las veces el derecho está claro y el debate está en los hechos y su prueba. Por lo mismo, salvo que se trate de uno de esos casos excepcionales, los alegatos de cierre no deben gastar tiempo en discursos normativos que poco y nada aportan al conocimiento que el juez ya tiene sobre el asunto.

Otra cosa distinta será si, teniendo la carga de la prueba, le facilitamos el trabajo al juez al explicarle cuáles son los hechos con los que hemos pretendido satisfacer cada uno de los elementos normativos exigidos por la ley o, si no tenemos la carga de la prueba, explicándole cuál o cuáles son los elementos normativos que no han sido satisfechos con los hechos afirmados por la contraria.

4.2. Estructura

El objetivo central de nuestro alegato de clausura es persuadir al tribunal de que nuestra teoría del caso ha sido probada durante el juicio y debe ser preferida a la de la contraparte. No debemos olvidar que, independientemente de la estructura que decidamos darle al alegato de cierre, siempre debe estar dirigido a este fin.

4.2.1. Temático

Estructurar el alegato de cierre en torno a ciertos temas resulta generalmente muy eficaz. En esta estructura se detectan los temas que constituyen el núcleo de la controversia y en torno a ellos se analizan los hechos y la prueba practicada durante el juicio. Esta estructura permite centrar la atención y el esfuerzo argumentativo en los hechos y la prueba que son determinantes para resolver el conflicto. Así, en nuestro caso de la oferta de compra de acero, uno de los temas centrales será el bloqueo de la cuenta de correo del demandado. Nuestro alegato de clausura al respecto podría ser así: *“sostuvimos desde un comienzo que el demandado decidió “tapar sus oídos” para no recibir las respuestas a su oferta. Como nos explicó don Federico Gutiérrez, ingeniero informático y miembro del comité de ciberseguridad del gobierno, esto puede lograrse “saturando artificialmente el servidor”. En términos técnicos, nos dijo que esto se lograba inundando el servidor con paquetes infinitos a través del código ping. Cuando lo dijo, ninguno de nosotros entendió nada. Probablemente el demandado esperaba que nos pasara eso. Sin embargo, luego don Federico nos lo explicó en palabras simples: usando un programa que se descarga gratuitamente de internet, se mandan miles de correos electró-*

nicos por segundo a una misma dirección de correo electrónico. El servidor es incapaz de administrar un tráfico tan masivo de información y se bloquea. Deja de recibir los correos. Nos dijo que cuando esto ocurre, el mismo servidor avisa del problema a través de un correo señalando “Deliberly status notification (failed)”, exactamente el mismo mensaje que recibió don Humberto y los otros tres clientes que aceptaron la oferta del demandado el 13 de abril. Preguntado por el abogado de la contraparte, don Federico reconoció que el mensaje “Deliberly status notification (failed)” es un mensaje de error genérico que no nos dice lo suficiente para saber exactamente cuál fue la causa del error. Sin embargo, repreguntado al respecto, nos explicó que, si la persona que mandó el correo que resultó bloqueado no tenía problemas para enviar correos a otras direcciones y para recibir correos desde otras direcciones, la única explicación técnica posible estaba en un problema en el servidor del destinatario. Es decir, en el servidor del demandado. ¿Podía don Humberto enviar y recibir otros correos? No solo recibimos su declaración afirmativa al respecto, sino que aquí mismo entramos a su cuenta de correo y vimos en su casilla de entrada los correos que recibió en esa misma fecha. Eran 57 correos. Entramos también a su casilla de correos enviados y vimos que en la misma fecha había enviado otros 35 correos. Lo mismo hicimos con cada uno de los otros tres clientes del demandado que declararon: en total, recibieron 214 correos y enviaron otros 187. Por su parte, en su declaración el demandado afirmó que no tenía idea de computación. Que a sus 78 años ya no tenía tiempo que perder en esas cosas. Pero el demandado no necesitaba saber nada de computación, solo necesitaba a Arturo Benítez y a Enrique Peralta, los dos técnicos informáticos que probamos tenía contratados para resolver justamente “esas cosas” que no entendía. Y además, don Federico, nuestro experto en informática, nos indicó que cualquiera podía realizar un sabotaje como este. Que incluso antes del juicio había hecho una búsqueda sencilla en internet y había encontrado tutoriales que explicaban paso a paso cómo hacerlo...”.

Como en el alegato debiésemos hacernos cargo de toda la prueba practicada en el juicio, pero no todas ellas forman parte del núcleo de la controversia, es una buena idea despejarlas rápidamente antes de centrarnos en lo fundamental. Muchas veces puede ocurrir que, aunque se haya fijado un hecho como controvertido en la audiencia preliminar, finalmente en el juicio no se haya producido debate al respecto. Si fuese así, este sería un hecho a despejar antes de centrarse en lo nuclear: “*Si bien es cierto la demandada negó inicialmente que don Humberto hubiese contestado aceptando la oferta, luego en el juicio no debatió este hecho. No objetó de ninguna manera los correos electrónicos que presentamos donde se leía con toda claridad las palabras “acepto la oferta de comprar*

con 15% de descuento”, ni tampoco contraexaminó a don Humberto sobre este punto”.

4.2.2. Cronológico

Otra de las formas de organizar el alegato de cierre es en el orden en que ocurrieron los hechos que alegamos. Hasta este momento, el juicio transcurrió en el orden de la prueba, el que no siempre puede organizarse cronológicamente: un mismo declarante puede hablar de lo que ocurrió en distintos momentos. Ordenar ahora la información cronológicamente puede ayudar a comprender mejor los eventos. Así, podríamos señalar en nuestro alegato de cierre *“En primer lugar, acreditamos que con fecha 12 de abril el demandado envió un correo electrónico que contenía una oferta para vender acero con un 15% de descuento. Para esto, presentamos una copia del correo electrónico que recibió don Humberto al respecto. También las copias de ese mismo correo que recibieron los otros tres clientes que declararon como testigos. Pero más importante aún, al ser interrogado el mismo demandado reconoció haber enviado la oferta en esa fecha y en esos términos. En segundo lugar, probamos que don Humberto contestó aceptando la oferta el 13 de abril a las 9:02 a.m...”*.

El orden cronológico no es necesariamente la mejor manera de hacer persuasiva nuestra teoría del caso. El orden cronológico dificulta resaltar las partes relevantes de nuestra teoría del caso y puede terminar por ocultar entre el ruido lo que realmente importa. Por lo mismo, de usarse un orden cronológico, resulta conveniente hacerlo en el contexto de un orden temático: primero fijamos el tema y luego lo desarrollamos cronológicamente.

4.2.3. Probatorio

Otra manera de organizar el alegato de cierre es en el orden de la prueba. En esta estructura se revisa lo que aportó cada medio de prueba durante el juicio. Puede hacerse en el orden que sea: en el orden en que la prueba se produjo, agrupado por tipo de medio de prueba (testigos, documentos, etc.) o cualquier otro. Esta estructura es probablemente la menos recomendable. No permite aclarar cómo se dio por probado cada hecho, ni menos aún persuadir de que nuestra teoría del caso es más probable que la de la contraria. Es un formato que dificulta el razonamiento conjunto respecto de la prueba. Cuando se hace, lo que queda es una descripción de lo que ocurrió en el juicio, una fotografía, pero que no muestra las razones por las cuales una determinada teoría del caso debiera prevalecer sobre la otra.

CAPÍTULO XI. EXAMEN DIRECTO Y CONTRAEXAMEN DE PERITOS

1. Introducción

Como ya tuvimos oportunidad de revisar, la regla general es que los peritos deben concurrir personalmente a declarar. En ese caso, su declaración se realizará a través de las preguntas de los abogados litigantes en el mismo orden establecido para los testigos: primero la parte proponente (examen directo), luego la contraria (contraexamen) y finalmente el tribunal. En sus preguntas podrán “hacer observaciones, pedir aclaraciones, ampliaciones, explicaciones de operaciones, métodos, premisas, fuentes o incluso impugnar y cuestionar el informe con otros medios probatorios” (artículo 45.4).

En general, el examen directo y contraexamen de los peritos se rigen por las mismas reglas de litigación que ya revisamos respecto de los demás declarantes, pero con algunas diferencias. Esto es lo que revisaremos en este capítulo.

2. Ámbito de la declaración

A diferencia de lo que ocurre con los demás declarantes, los peritos vienen a declarar respecto de sus opiniones. Y vienen a hacerlo porque su conocimiento es necesario por la dificultad que un “no experto” tendría para llegar a entender el fenómeno de que se trate. El sentido común no sería suficiente. Esto marca una primera diferencia con los demás declarantes: no corresponde objetar al perito por estar dando una opinión. Pero aquí hay que tener mucho cuidado: no será objetable siempre y cuando sus opiniones estén dentro del marco de experticia que se ha acreditado del perito. Cuando habla fuera de su experticia, es un lego como cualquiera.

3. Desafíos en el examen directo

Una de las principales dificultades que enfrentamos al presentar la declaración de un perito es que habla en otro idioma. El idioma de su propio conocimiento experto. Esto nos plantea un desafío especial, pues debe-

remos hacer un esfuerzo por traducir su declaración a un lenguaje que todos podamos entender. Usar analogías con asuntos que todos conozcamos es una buena manera de lograr esta traducción.

Un segundo desafío está en la acreditación del perito. En general su acreditación se hará tanto por la vía de su experiencia como por la de su conocimiento. Los años y la cantidad de veces que haya realizado una determinada operación, serán de ayuda para acreditar su experiencia. Los títulos académicos, años de estudio y calificaciones, podrán hacer lo suyo respecto de su conocimiento. Sin embargo, como vimos respecto de los declarantes en general en el capítulo de examen directo, la acreditación debe hacerse en concreto. Es decir, se debe acreditar para lo que viene a decir. Por lo mismo, siempre habrá que poner atención a este punto al momento de elegir cómo acreditaremos al experto. Por supuesto, el esfuerzo que hagamos en este punto dependerá de lo relevante y controvertida que sea la afirmación que viene a probar.

El orden en que presentemos el relato del perito también será diferente que respecto de los demás declarantes. El perito no ha presenciado los hechos, por lo que no tiene estrictamente una historia que reproducir. Por el contrario, el perito ha realizado una serie de operaciones siguiendo un determinado método, que le ha permitido llegar a ciertas conclusiones. En este sentido, su declaración debe ser organizada de una manera temática: conclusiones y método para llegar a esas conclusiones.

4. Desafíos en el contraexamen

El contraexamen de un experto es probablemente el escenario de cualquier litigante tema más. Estamos frente a un experto al que queremos refutar, sin ser expertos. La preparación de un contraexamen como este requiere de más preparación que cualquiera.

Dentro de las líneas de desacreditación de los expertos podemos encontrar también la de interés y conducta previa. En el interés podemos considerar los honorarios pagados por realizar la pericia, aunque esto por sí mismo no significa nada. No es sospechoso que alguien cobre por trabajar. Lo que sería sospechoso es cobrar en exceso. Por otra parte, una línea de desacreditación por conducta previa puede encontrarse en el historial de declaraciones en juicio. Así, por ejemplo, si un mismo perito ha declarado varias veces en juicio y siempre a favor de la misma parte. También puede desacreditarse a un perito por carecer de las competencias que dice tener. Tal vez sea cierto que es un médico, pero es un mal médico. O tal vez sea ingeniero, pero no tiene la especialidad que dice tener. También podemos construir una línea de desacreditación cuando

demostramos que las opiniones del experto exceden lo que su ciencia le permite concluir. Y todo aquello que concluye fuera de su ciencia, no es más que opinión lega sin fundamento científico.

5. Uso del informe pericial

En los casos en que el perito deba concurrir a declarar, el informe que ha realizado y que es conocido por las partes cumple un rol fundamental. Por una parte, es la materia prima que usarán los litigantes para preparar su litigación, tanto el examen directo como, especialmente, el contraexamen. Pero también será una herramienta útil durante su declaración en la audiencia de juicio, pues al constituir su declaración prestada fuera de juicio, podrá ser utilizada tanto para ayudar a su memoria como para manifestar contradicciones. En este último evento es muy importante tener en cuenta que existen contradicciones explícitas como también contradicciones por omisión. En una contradicción explícita, el perito dice una cosa en el juicio que es diferente a lo que señaló en el informe. En una contradicción por omisión, el perito dice algo en el juicio respecto de lo cual no dijo nada en su informe. Este tipo de contradicciones serán relevantes solo en la medida que se prepare correctamente el punto: debe quedar claro que si es cierto lo que dice el perito, eso debiera haberlo consignado en su informe.

CAPÍTULO XII.

AUDIENCIA PRELIMINAR

1. Introducción

Cuando hablemos de la audiencia preliminar nos estaremos refiriéndonos en general a la audiencia que antecede a la eventual audiencia de prueba (juicio). Dependiendo del tipo de procedimiento aplicable, esta audiencia tendrá lugar inmediatamente antes de la audiencia de juicio y tenderá confundirse con ella pues se realizará en el mismo momento. Así ocurre en los procedimientos de audiencia única. En ellos, la audiencia preliminar y la de juicio se realizan una a continuación de la otra. En otros casos, la audiencia preliminar será fácilmente diferenciable de la audiencia de juicio pues se realizará en dos momentos distintos y distanciados en el tiempo. Este es el caso de la audiencia preliminar regulada explícitamente con ese nombre en el código. En cualquier caso, las funciones y objetivos que se buscan lograr en la audiencia preliminar de todo tipo de procedimiento son fundamentalmente los mismos, por lo que las trataremos conjuntamente.

2. Objetivos de la audiencia preliminar

La audiencia preliminar es una audiencia compleja en la que se definen asuntos muy técnicos y determinantes para el futuro del proceso. Es compleja también porque en ella está llamada a definir diversos asuntos. A grandes rasgos, en esta audiencia pueden ocurrir tres cosas: (1) que termine el proceso a través de una sentencia definitiva sin necesidad de recibir prueba, (2) que termine el proceso a través de un modo colaborativo o (3) que prepare la audiencia de juicio (la que podrá tener lugar inmediatamente o en un momento distinto).

Dentro de los objetivos específicos de la audiencia preliminar, el código hace una enumeración de las diversas actividades que el juez debe realizar en ella en el artículo 102.3. En la regulación de los demás procedimientos, el código hace una enumeración similar. Estas distintas actividades las podemos agrupar en torno a los siguientes objetivos: (1) conocimiento y depuración del conflicto; (2) conclusión temprana del conflicto; (3) determinación de la prueba.

2.1. Conocimiento y depuración del conflicto

Para cumplir este objetivo, el código establece una serie de actividades que deben ser realizadas por el juez y los litigantes. Entre ellas se encuentra el informe a las partes sobre el objeto del proceso y el orden en que se conocerán las cuestiones a resolver, como también la ratificación, aclaración, ajuste y substanciación de las proposiciones de las partes, la definición de la cuantía del proceso y la fijación de lo que será objeto del debate.

También será parte de la depuración del conflicto la resolución de todas las cuestiones accesorias que es necesario resolver antes de seguir adelante: La contestación por el actor o el reconvencido de las excepciones opuestas; la resolución sobre alegaciones de actividad procesal defectuosa, excepciones procesales y saneamiento; y la recepción, la admisión y la práctica de prueba pertinente sobre alegaciones de actividad procesal defectuosa no resueltas anteriormente, vicios de procedimiento invocados en la audiencia y excepciones procesales.

2.2. Conclusión temprana del conflicto

El código establece que uno de los objetivos de la audiencia preliminar será la de lograr la conciliación. Si bien los abogados litigantes debemos preparar nuestra litigación teniendo siempre a la audiencia de juicio en el horizonte, eso no significa que siempre debamos forzar llegar a esa instancia. Para el sistema judicial, y muchas veces para las mismas partes, esta será la mejor manera de terminar con el conflicto. Pero será muy difícil para los litigantes saber si un acuerdo es la mejor vía para nuestros clientes, si previamente no hemos hecho el trabajo de preparación de la audiencia de juicio, lo que nos permitirá determinar si ese camino es más conveniente y hasta dónde estaríamos dispuestos a transar.

Por lo anterior, es trascendental que en esta instancia ya tengamos nuestro trabajo muy avanzado. Debemos saber con claridad cuál es la fuerza de nuestro caso y cuál es la fuerza del caso de la contraria. Pero, además, antes de esta audiencia y con la información anterior, ya debemos tener claro cuáles son los términos en que estaríamos dispuestos a llegar a un acuerdo. Ya debemos entonces haber adelantado escenarios y haberlos discutido con nuestro cliente, de manera de estar en condiciones de proponer el acuerdo o de reaccionar acertadamente a la oferta de la contraria o a la propuesta del tribunal.

3. Determinación de la prueba

Si, luego del llamado a conciliar, no hubiese existido posibilidad de acuerdo y existen hechos controvertidos entre las partes, será necesario preparar la audiencia de juicio. Para ello, la actividad central de la audiencia preliminar consistirá en determinar qué prueba será practicada en ese momento.

Para determinar qué prueba será admitida, el artículo 41.3 establece los criterios, los que podemos distinguir en dos grupos: criterios de admisibilidad y los criterios de exclusión. El criterio de admisibilidad que establece el código es el de la pertinencia, el que se manifiesta cuando señala que “serán admisibles las pruebas que tengan relación directa con los hechos y la pretensión, siempre que sean controvertidos”. Por lo mismo, el código dispone que será rechazada la prueba impertinente.

Por otra parte, el código señala cuáles son las razones por la cuales una prueba pertinente, a pesar de serlo, puede ser excluida: la prueba que se refiera a hechos admitidos expresamente o que deban tenerse como tales conforme a la ley, amparados a una presunción absoluta, evidentes o notorios, así como la impertinente, excesiva, inconducente o ilegal.

En definitiva, para admitir la prueba que fue ofrecida por las partes, el primer filtro que debe superarse es el de la pertinencia. Pero el hecho de que el medio de prueba ofrecido sea pertinente, no asegura que sea finalmente admitido, pues todavía puede existir una razón diversa a la pertinencia para excluirla. Esto significa que la pertinencia de la prueba es un requisito necesario, pero no suficiente. Para que un medio de prueba sea finalmente aceptado, debe ser pertinente y no estar en ninguna causal de exclusión.

3.1. Pertinencia

Para ser admitido, un medio de prueba debe ser pertinente en dos dimensiones. La primera, que definiremos como la pertinencia lógica del medio de prueba, es aquella en que el medio de prueba tiende a hacer más o menos probable la existencia del hecho que se alega. Normativamente está exigida en la ley cuando señala que “serán admisibles las pruebas que tengan relación directa con los *hechos...*”.

Así, si el hecho alegado es que “el bus cruzó con luz roja”, y el medio de prueba es la declaración de un testigo que dice haber visto al bus cruzar con luz roja, ese medio de prueba será pertinente pues, de ser creído, tiende a hacer más probable la existencia del hecho. Lo mismo ocurrirá

a la inversa: si el hecho alegado por una de las partes es que el bus cruzó con luz roja y el medio de prueba es un video en que aparece el bus cruzando con luz amarilla, entonces el medio de prueba será pertinente porque, de ser creído, tiende a hacer menos probable el hecho alegado. En definitiva, la pertinencia lógica del medio de prueba se determina dependiendo de la teoría del caso de cada parte.

Es importante destacar que para que un medio de prueba sea pertinente, basta con que *tienda* a hacer más o menos probable la existencia del hecho. No es un requisito para que la prueba sea pertinente que ella se baste a sí misma para acreditar por el hecho. Como en todo sistema de sana crítica, será el conjunto de la prueba apreciado en su conjunto el que irá sumando cada una de las pruebas para llegar a la conclusión final. Si un conjunto de pruebas que, cada una por separado, tiende insuficientemente a hacer probable un hecho, pueden en su conjunto permitirlo. Esto es especialmente importante al determinar la pertinencia de la prueba indiciaria. En estos casos, el medio de prueba tiende a hacer más probable un hecho secundario, pero el hecho secundario, de ser creído, tiende a hacer más probable el hecho principal. La determinación de la pertinencia de este tipo de medios de prueba requiere de mayor claridad y constituye un desafío para los abogados litigantes: si no somos capaces de explicar el vínculo entre el medio de prueba y el hecho principal a través del hecho secundario, arriesgamos que no sea admitido por impertinente.

Es importante también tener claro que, al momento de determinar la pertinencia de los medios de prueba, no se hace un juicio sobre su valor probatorio. El juicio de admisibilidad y el juicio de valoración apuntan a dos cuestiones muy diferentes sobre la prueba. En el juicio de admisibilidad, solo nos preguntamos si la prueba es pertinente, asumiendo en ese momento que lo que dice la prueba es verdad. Luego, en la audiencia de juicio, cuando la prueba sea practicada de acuerdo a las reglas de la prueba, podremos hacer juicios respecto de su valor probatorio.

La segunda dimensión de la pertinencia es la que llamamos la pertinencia lógica material. Normativamente viene exigida cuando la ley señala que “Serán admisibles las pruebas que tengan relación directa con la *pretensión...*”. Para determinar si existe pertinencia en esta dimensión, nos preguntamos si el hecho para el que se ofrece la prueba es pertinente. Es decir, si de ser creído el hecho, éste tiende a satisfacer alguno de los elementos de la teoría legal invocada. Si la respuesta es negativa, entonces por mucho que exista pertinencia lógica del medio de prueba con el hecho, el medio de prueba no será admitido pues carece de pertinencia lógica material.

Ambos niveles de la pertinencia deben ser satisfechos por el medio de prueba que se ofrece para ser admitido. Una carencia de pertinencia en cualquiera de las dos dimensiones la hará inadmisibile.

3.2. Exclusión

Si la prueba ha sido determinada como admisible (pertinente en sus dos dimensiones), entonces todavía puede ser excluida por una razón extrínseca a su pertinencia. De acuerdo al código, estas razones son las siguientes: hechos admitidos expresamente o que deban tenerse como tales conforme a la ley, amparados a una presunción absoluta, evidentes o notorios, así como la impertinente, excesiva, inconducente o ilegal.

En el caso de los hechos admitidos expresamente, los que deban tenerse como admitidos expresamente por la ley, amparados en una presunción absoluta y los evidentes o notorios, la razón de su exclusión se debe a que, a pesar de ser pertinentes, sin innecesarios pues no existe controversia respecto de ellos. La actividad probatoria constituiría solo una pérdida innecesaria de recursos del sistema judicial.

Una mención especial requiere la exclusión de la prueba excesiva. Su justificación también puede encontrarse en la necesidad de usar razonablemente el escaso tiempo judicial, pero el uso de esta facultad debe ponderarse con el legítimo derecho a la defensa de las partes. Para esto, hay que considerar en primer lugar que, aunque la norma no lo señale expresamente, para que la prueba sea excesiva debe estar toda dirigida a probar un mismo hecho. Si un litigante ofrece mucha prueba, pero cada uno de los medios de prueba está dirigido a probar un hecho distinto, entonces excluir un medio de prueba implicará eliminar por completo sus posibilidades de probar ese hecho, afectando severamente su derecho a la defensa. En segundo lugar, si para un mismo hecho se han ofrecido varios medios de prueba, hay que considerar cuánto tiende cada uno de ellos a hacer ese hecho más o menos probable. En algunas situaciones, especialmente cuando un hecho solo puede ser acreditado a través de prueba indiciaria, será necesario probarlo a través de diversos medios de prueba. Estos, en su conjunto, podrán dar por acreditado el hecho principal. Por último, también hay que considerar la importancia del hecho para el cual han sido ofrecidos los medios de prueba. El impacto en el derecho a la defensa no será igual si se le excluye prueba de un hecho accesorio a que se le excluya prueba del hecho central de su teoría del caso.

Por su parte, también podrá excluirse la prueba pertinente que sea inconducente. Esto se debe a que, a pesar de estar en un sistema de sana crí-

tica, todavía existen ciertos hechos que solo puede ser probados de una manera específica. Así ocurre por ejemplo en el procedimiento monitorio dinerario donde solo puede probarse la existencia del título ejecutivo a través de un documento. Si se pretendiera probar lo mismo con testigos, sería inconducente.

Por último, también puede excluirse la prueba pertinente pero ilegal. El debate sobre la conveniencia de excluir este tipo de pruebas es extenso, especialmente en materia civil. Hay que tener presente que la prueba ilegal es prueba pertinente y que, en muchas ocasiones, su ilegalidad no dice ninguna relación con su peso probatorio. Por el contrario, generalmente la prueba ilegal es prueba de fuerte peso probatorio, por lo que renunciar a ella es muchas veces sinónimo de renunciar a la verdad. El debate puede ser particularmente intenso en el Código Procesal Civil pues la ley no define lo que entiende por prueba ilegal. A pesar de lo interesante de este debate, como este no pretende ser una manual de derecho procesal, sino que de litigación, no profundizaremos en detalle en este problema. Ya le corresponderá a la doctrina y los tribunales perfilar este asunto. Lo que sí hay que tener presente aquí, es que esta es un área que ofrece espacios de intenso debate a los litigantes.

Llevar a cabo una reforma al sistema de justicia nunca es fácil, y mucho menos cuando ésta demanda cambios en las personas que se desenvuelven en él. El éxito de una reforma tiene una variable dependiente de la cultura y de las prácticas judiciales. Por ello, es necesario un profundo proceso de capacitación que permita a las y los involucrados adecuarse exitosamente a las nuevas estructuras.

El 1 de diciembre del año 2015, la Asamblea Legislativa de Costa Rica aprobó un nuevo Código Procesal Civil, cuya entrada en vigencia está programada para octubre de 2018. Dicho código consagra un sistema de justicia oral, el cual necesita de un cambio de paradigma, de nuevos conocimientos y destrezas, y de una nueva cultura judicial.

El Manual de Litigación permitirá a profesionales de la abogacía abordar los casos de manera técnica, estratégica y eficiente. Ha sido totalmente elaborado en base a la normativa local, y se abordan contenidos como Teoría del Caso, Examen directo, Contra Examen, Alegatos, entre otros.

Estos Manuales de Litigación y de Dirección de Audiencias Orales son un esfuerzo conjunto entre el Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA) y el Poder Judicial de Costa Rica, con el apoyo financiero de Global Affairs Canada (GAC), y han sido especialmente pensados para la nueva Justicia Civil costarricense. Confiamos que serán una herramienta para contribuir a una resolución de conflictos más justa y de mejor calidad.