

ESTRATEGIAS
LITIGATORIAS

Litigación Oral Y Argumentación

Manual Práctico



Universidad Nacional de Justicia y Derecho

MANUAL PRÁCTICO DE LITIGACIÓN ORAL Y ARGUMENTACIÓN

Dr. BORIS BARRIOS GONZALEZ

Profesor de Derecho Procesal Penal y Derecho Procesal Constitucional de los programas de postgrado y maestría de la Universidad Interamericana de Panamá (UIP), Universidad Americana (UAM) y Universidad de Las Américas (UDELAS).

Profesor Honorario de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM).
Doctor en Derecho, Suma Cum Lauda, por la Universidad Católica Santa María la
Antigua de Panamá.

Especialista en Justicia Constitucional y Tutela Jurisdiccional de los Derechos, por
la Universidad de Pisa, Italia.

PARTE I. REGLAS Y PRINCIPIOS DEL JUICIO ORAL

1. PRINCIPIO DE CONGRUENCIA.

El principio de congruencia se sustenta en la relación directa que debe existir entre acusación, enjuiciamiento y sentencia.

Es por ello que el artículo 358 del Código, referente a principios del juicio, establece que el juicio es la fase esencial del proceso. Se realizará sobre la base de la acusación, en forma oral, pública, contradictoria y concentrada.

El artículo 358 debe entenderse en relación con el 135 del mismo cuerpo jurídico, el cual establece que la sentencia debe recaer sobre los hechos, los fundamentos jurídicos y las pruebas objeto de la acusación.

Anótese que la congruencia de la decisión judicial ya no se agota en el viejo “binomio fáctico jurídico” de la justicia inquisitiva, sino en los tres factores de fundamentación: Los hechos, el derecho y la prueba.

2. EL JUICIO PÚBLICO.

Establece el artículo 361 del Código que todas las personas tienen derecho a acceder a la sala de audiencias. Las personas mayores de doce años podrán ingresar a la sala de audiencias cuando sean acompañadas por un mayor de edad que responda por su conducta.

Se podrá prohibir el acceso a cualquier persona que se presente en forma incompatible con la seriedad de la audiencia o, de ser el caso, ordenar su expulsión cuando provoque disturbios o asuma actitudes irregulares o provocativas.

El juicio es una de las fases del proceso penal acusatorio, y se cumple con la audiencia oral en la que una vez cumplida la investigación se presenta el caso por la fiscalía mediante la teoría del caso, se produce y se debate la prueba entre acusación y defensa y los demás intervenientes si los hubiera y que debe terminar con los alegatos de conclusión y la decisión judicial anunciada de manera oral y pública para después hacerse constar por escrito para los respectivos procedimientos.

El fundamento ideológico de la publicidad de la justicia evolucionó, desde la misma teoría política y constitucional que con el constitucionalismo de la segunda posguerra evoluciona del modelo de Estado liberal al Estado Constitucional, social y democrático de derecho, de la publicidad del juicio a la publicidad del proceso; porque en el Estado constitucional contemporáneo el modelo de justicia viene dado desde el mismo texto de la Constitución. Es por ello que la Convención Americana sobre derechos Humanos de 1969, artículo 8, numeral 5, establece que “el proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia”.

Nuestra constitución política de 1972, con el desfase de ser una constitución liberal dictada en tiempos del constitucionalismo social adolece del defecto de referirse, precisamente, a la publicidad del juicio y no del proceso, cuando en su artículo 22, párrafo segundo, establece que “...las personas acusadas de haber cometido un delito tienen derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad en juicio público que le haya asegurado todas las garantías¹ establecidas para su defensa...”.

Bajo esta orientación encontramos el artículo 9 de Código de Procedimiento y que referente a la publicidad del proceso dice que las actuaciones son públicas. Únicamente en los casos y por los motivos

¹ Frente a la idea de garantías es otro desfase que tiene la Constitución de 1972, porque se confunde derechos fundamentales con garantías; cuando el constitucionalismo de la segunda posguerra distingue el derecho de la garantía: El derecho es el fundamento principalista que se encuentra en el texto de la Constitución (de allí la nueva concepción de la Constitución material y no formal) o en los Convenios y Tratados internacionales suscritos; mientras que la garantía es el procedimiento para hacer efectivo el derecho fundamental, y por eso se habla de las “garantías jurisdiccionales de la Constitución” cuando nos referimos a los procedimientos fijados en el mismo texto de la Constitución para el ejercicio y tutela de los derechos fundamentales y, entonces, se entra en el escenario del Derecho Procesal Constitucional.

autorizados por este Código, podrá disponerse la reserva de algún acto del proceso.

3. EXCEPCIONES AL JUICIO PÚBLICO.

Si bien la regla general es que el juicio es público, el artículo 362 del Código, establece las excepciones a la publicidad y dice que el juicio será público. No obstante, el Tribunal podrá decidir fundamentalmente que se realice total o parcialmente en forma privada en los siguientes casos:

1. Cuando se pueda afectar la vida privada o la integridad física de alguno de los intervenientes.
2. Cuando peligre un secreto oficial, profesional, particular, comercial o industrial, cuya revelación cause perjuicio grave.
3. Cuando la víctima sea una persona menor de edad.

El Tribunal podrá imponer a las partes que intervienen en el acto el deber de guardar secreto sobre los hechos que presenciaron o conocieron.

Para los propósitos de las excepciones al juicio público debemos entender que impera la protección convencional de los derechos fundamentales, es decir que lo establecido en el artículo 362 del Código operará en la medida que no afecte derechos fundamentales protegidos por los convenios y tratados internacionales; y es aquí donde entra hoy que el operador de justicia no puede ser fugitivo de su tiempo y debe ser conocedor no sólo de la convencionalidad sino de los precedentes jurisprudenciales de la Corte Interamericana de los

Derechos Humanos que al amparo del control difuso de convencionalidad operan como precedentes vinculantes para el operador de justicia y que al debatir sobre conflictos de derechos (principios) fundamentales tiene que aplicar el juicio de ponderación y el principio de proporcionalidad amparado en la racionalidad argumentativa del proceso; formación de la que adolecen nuestros jueces de garantías y jueces de juicio por lo que la mayor de las veces sólo aplican las reglas del Código, por lo que hay una crisis en la tutela jurisdiccional de los derechos humanos y fundamentales.

4. PUBLICIDAD Y MEDIOS DE COMUNICACIÓN.

Sobre la publicidad y los medios de comunicación se regula en el artículo 363 del Código, que sobre la presencia de los medios de comunicación en el juicio establece que los representantes de los medios de comunicación podrán presenciar el debate e informar al público sobre lo que suceda.

El Tribunal señalará, en cada caso, las condiciones en que se ejercerán esas facultades y por resolución fundada podrá imponer restricciones cuando sea perjudicial para el desarrollo del debate o puedan afectarse los intereses indicados en el artículo anterior.

Si la víctima, el imputado o alguna persona que deba rendir declaración solicita que no se autorice a los medios de comunicación a que se grabe su voz o su imagen, el Tribunal hará respetar su petición.

5. ORALIDAD.

El juicio además de ser público será oral, por lo que el artículo 364 del Código se refiere a que la audiencia será oral. De esa forma deberán declarar el imputado y las demás personas que participen en ella.

Quienes no puedan hablar o no entiendan el idioma oficial declararán por escrito o por medio de intérpretes.

Las resoluciones del Tribunal durante la audiencia se dictarán verbalmente, quedando notificados todos por su pronunciamiento.

Con el Código italiano Vassalli de 1989, estructurado a modelo del evolucionado Estado constitucional, social y democrático de derecho, se generó, también, un nuevo modelo de impartir la justicia penal no sólo para Italia sino que sirvió de modelo para el proceso de reforma judicial penal de posguerra y lo que serían las nuevas codificaciones basadas en el acusatorio; y se adoptó el método de enjuiciamiento oral, y como contenido del método oral hacer efectivos los principio de publicidad ya no del juicio sino del proceso, del contradictorio, la inmediación efectiva y la adversariedad, la racionalidad práctica de las medidas coercitivas como caracteres que identifican al proceso penal acusatorio.

En efecto, el proceso acusatorio está orientado a la oralidad, y de ello se deriva la necesidad que ahora tienen los litigantes de manejar las técnicas de litigación oral y argumentación en base al discurso práctico racional, en particular en la práctica del

interrogatorio y el debate probatorio y la estructuración de los alegatos².

Todas codificaciones procesales penales de corte acusatorio exponen que el juicio oral y público es la fase esencial del proceso; y amparado en el principio de congruencia que se realizará sobre la base de la acusación, en forma oral, pública, contradictoria y concentrada (Art. 358).

En el juicio oral y después de las presentaciones iniciales de las partes se recibirá la prueba ofrecida, comenzando con la fiscalía, luego el querellante y al final la defensa. Dentro de su respectivo turno cada parte tendrá libertad para desahogarla o presentarla al tribunal, según corresponda a su propia teoría del caso (Art. 369 CPP).

Entre los principios probatorios de incidencia directa en el juicio oral podemos enunciar: La oralidad, la publicidad, la inmediación, la contradicción y la concentración.

La oralidad en la prueba permite que el medio y objeto de prueba se forme y se manifieste en toda su eficacia ante el juzgador imparcial y en presencia de las partes, y al ser practicada y controvertida de manera oral en la audiencia del juicio, entonces, se traduce en un método efectivo de ofrecer, presentar, practicar, controvertir y valorar los medios y el objeto de prueba; porque permite una verdadera confrontación dialéctica entre las partes, en

² RAMIREZ BASTIDAS, Yesid. *El Juicio Oral*. 2da edición; Bogotá (Colombia): Ediciones Doctrina y ley, 2004, p. 222

un escenario donde los intervenientes conocen y contradicen, de manera dinámica, los medios de conocimiento probatorios³.

Para el cumplimiento de la oralidad, los Códigos procesales acusatorios, a modelo del Código Vassalli, establecen la realización de audiencias previas de control jurisdiccional de garantías de la investigación y de una audiencia preparatoria del juicio en forma verbal para que en el juicio oral se practicaran las pruebas de testigos y experticias y se hagan las alegaciones que van a producir la decisión judicial que, también, debe ser anunciada sin dilación de manera oral al final de las alegaciones aunque después se sustente por escrito para los trámites de notificación y recursos judiciales.

Si en la nueva práctica judicial acusatoria la decisión final se va a tomar después de un debate oral y si el examen de la prueba y los alegatos se hacen, oralmente, en presencia del juzgador imparcial y la contraparte litigante, entonces, nos acercamos a una justicia más efectiva. Pero ello conlleva, a que la efectiva asimilación del principio de la oralidad presupone que la decisión judicial se funda en las evidencias aportadas en forma oral en la audiencia y que el tribunal de juicio pronunciará su decisión, sin dilación, inmediatamente terminados los alegatos y cerrado el debate (art. 375).

A tal efecto, el juzgador dictará su fallo con base en los actos verbales y no en base a las actas del resultado de la investigación.

³ JIMENEZ MARTINEZ, Javier. **Aspectos Básicos Sobre la Prueba en el Juicio Oral**. México D.F.: Raúl Jiménez Carro Editorial, 2011, p. 81

Una de las características del proceso acusatorio es la oralidad la cual se explota como la manera más efectiva de comunicación y de contención, que es justamente la esencia del acusatorio: El examen cruzado y la confrontación directa entre los involucrados⁴.

6. EL PRESIDENTE DEL TRIBUNAL DE JUICIO.

En el tribunal de juicio habrá un presidente, quien según el artículo 365 del Código será quien presida el acto, dirigirá la audiencia, hará las advertencias legales y recibirá los juramentos y las declaraciones.

También ejercerá el poder de disciplina y moderará la discusión y los interrogatorios impidiendo intervenciones impertinentes, sin coartar por ello el ejercicio de la acusación ni la amplitud de la defensa. El Tribunal, en pleno, resolverá cuando una decisión de quien presida sea impugnada.

Cuando actúe más de un Fiscal, querellante o defensor, por parte, se requerirá la autorización del Juez que presida la audiencia

7. INICIO DE LA AUDIENCIA ORAL.

Para dar inicio a la audiencia oral, según el artículo 366 del Código, una vez constituido el Tribunal, quien presida verificará la presencia de las partes, los testigos, los peritos o los intérpretes y

⁴ GONZÁLEZ NAVARRO, Antonio Luis. **Sistema de Juzgamiento Penal Acusatorio**. Bogotá (Colombia): Editorial Leyer, 2005, p. 537.

declarará abierto el juicio, advirtiendo al acusado sobre la importancia y el significado de lo que va a suceder e indicándole que esté atento a lo que va a oír.

8. PLANTEAMIENTO DE LA TEORÍA DEL CASO.

Atendiendo a lo establecido en el artículo 367 del Código, referente a la presentación inicial, comúnmente conocida como planteamiento de la teoría del caso, inmediatamente, el Presidente del Tribunal ordenará al Fiscal que presente su teoría del caso, luego al querellante y finalmente al defensor y a los intervenientes si los hubiera.

El Juez, atendiendo a la complejidad del juicio, podrá limitar el tiempo de las intervenciones.

9. INTERVENCIÓN ORAL DEL ACUSADO EN LA AUDIENCIA DE JUICIO.

Según el artículo 368, el acusado podrá prestar declaración voluntaria en cualquier momento durante la audiencia. En tal caso, el Juez Presidente de la Sala le permitirá que lo haga libremente, luego podrá ser interrogado, en primer lugar, por el defensor y después podrá ser contrainterrogado por el Fiscal y el querellante. El Presidente podrá formularle preguntas, pero solo destinadas a aclarar sus dichos.

En cualquier estado del juicio, el acusado podrá solicitar ser oído, con el fin de aclarar o complementar sus dichos.

El acusado declarará siempre con libertad de movimiento, sin el uso de instrumentos de seguridad, salvo cuando sea absolutamente indispensable para evitar su fuga o daños a otras personas.

10. OFRECIMIENTO Y PRÁCTICA DE PRUEBAS.

Luego de la instalación del tribunal de juicio y de las exposiciones de la teoría del caso por los litigantes se pasará al ofrecimiento de pruebas.

En tal sentido el artículo 369 del Código establece que después de las presentaciones iniciales de las partes se recibirá la prueba ofrecida, comenzando con la del Fiscal, luego el querellante y al final la defensa. Dentro de su respectivo turno cada parte tendrá libertad para desahogarla o presentarla al Tribunal, según corresponda a su propia teoría del caso.

11. LIBERTAD DE LA PRUEBA.

En el proceso penal acusatorio impera, por regla, la libertad probatoria.

Por ello el artículo 376 del Código se refiere a la libertad probatoria y establece que los hechos punibles y sus circunstancias pueden ser acreditados mediante cualquier medio de prueba permitido, salvo las limitaciones que la ley establezca.

12. LAS PRUEBAS ILÍCITAS.

La prueba ilícita es uno de los temas de mayor interés garantista en el proceso penal acusatorio contemporáneo; garantismo que deriva de la regulación de los procedimientos y medios probatorios no sólo desde la perspectiva del Código de reglas sino, también, de la Constitución y los convenios y tratados internacionales.

No obstante, el artículo 377 del Código, referente a la licitud de las pruebas, establece que los elementos de prueba solo pueden ser valorados si han sido obtenidos por un medio lícito y conforme a las disposiciones de este Código.

En este aspecto es evidente que el codificador no atendió a las tendencias contemporáneas de la constitucionalización del proceso penal ni al control de convencionalidad y debió tomar en cuenta que el proceso penal acusatorio responde a estándares garantistas que no están en el Código.

13. EL DEBIDO PROCESO PROBATORIO.

El artículo 378 del Código se refiere a la oportunidad y relevancia de la prueba, y establece que para que sean apreciadas en el proceso, las pruebas deberán aducirse, admitirse, diligenciarse e incorporarse dentro de los términos u oportunidades señalados en este Código, y deberán referirse, directa o indirectamente, al objeto del hecho investigado y ser de utilidad para descubrir la verdad.

La idea de garantismo del proceso penal acusatorio contemporáneo no devine de la estructura del Código de Procedimiento Penal, el cual sólo consiste en reglas de procedimiento, sino del texto de la Constitución y los Convenios y Tratados

Internacionales suscritos por el Estado; de allí que el trabajo de los jueces de garantías y del tribunal de juicio sea, siempre, mirar a la Constitución y a los instrumentos internacionales tuteladores de los derechos fundamentales. Y en el caso de Panamá en donde rige la Constitución de 1972, de corte liberal, carente de garantismo, tanto el Juez de garantías como el tribunal de juicio están obligados a la revisión constante de los instrumentos internacionales protectores de los derechos humanos; de lo contrario estarán leyendo el Código procesal Penal Acusatorio pero aplicando el viejo y oprobioso sistema inquisitivo.

14. LECTURA Y REPRODUCCIÓN DE PRUEBAS EN JUICIO ORAL.

El artículo 379 del Código se refiere a la lectura de pruebas en el juicio y establece que solo podrán ser incorporados al juicio para su lectura o reproducción:

1. Las pruebas recibidas conforme a las reglas del anticipo jurisdiccional de prueba, sin perjuicio de que las partes exijan la práctica de estas pruebas oralmente cuando sea posible, si es que el testigo o perito se encuentra en el lugar del juicio y ha cesado el impedimento que permitió su anticipación.
2. Los informes periciales de ADN, alcoholemia y drogas, salvo que algún interviniente estime imprescindible la concurrencia del perito al juicio y el Tribunal así lo ordene.
3. Las declaraciones de coimputados que se encuentren en rebeldía, cuando resulten esenciales para la defensa, registradas conforme a este Código.

4. La prueba documental, las certificaciones y las actas de reconocimiento, registro o inspección, realizadas conforme a lo previsto por este Código.

La lectura de los elementos esenciales de las pruebas enunciadas no podrá omitirse ni aun con acuerdo de partes, salvo que a ella se hayan referido con suficiencia los testigos y peritos.

Cualquier otra prueba que se pretenda introducir al juicio por su lectura no tendrá ningún valor.

15. SANA CRÍTICA Y VALORACIÓN PROBATORIA.

El artículo 380, trata la apreciación de la prueba, y se refiere a que los jueces apreciarán cada uno de los elementos de prueba de acuerdo con la sana crítica. La apreciación no podrá contradecir las reglas de lógica, las máximas de la experiencia o los conocimientos científicos. El Tribunal formará su convicción de la valoración conjunta y armónica de toda la prueba producida.

Cuando el juicio se realice por Jurados, estos apreciarán la prueba de acuerdo con su íntima convicción.

16. LAS REGLAS DE EXCLUSIÓN PROBATORIA.

El artículo 381 del Código se refiere a la prueba ilícita y reglas de exclusión y establece que la prueba obtenida con inobservancia de las formas y condiciones establecidas en este Código o que implique violación de derechos y garantías del imputado previstos en la Constitución Política, los tratados internacionales ratificados por la

República de Panamá y este Código no tendrá valor ni servirá como presupuesto para fundamentar una decisión judicial

Al fin el codificador hace referencia a la tutela constitucional y al control de convencionalidad sobre la prueba, cuestión que omite en otras cuestiones fundamentales; y es que, en efecto, el garantismo el proceso penal acusatorio y la prueba que se ventila en el proceso escapa a una simple valoración de reglas para encontrar su protección en el texto constitucional y en su defecto en los Convenios y Tratados internacionales suscritos por Panamá.

17. LIBERTAD DE COMUNICACIÓN DEL IMPUTADO.

En el proceso penal acusatorio, como elemento sustancial, se garantiza la comunicación libre entre imputado y defensor, a lo largo de todo el proceso y, por supuesto, en el acto de audiencia oral. De allí que el artículo 370 del Código establezca que el imputado podrá comunicarse libremente con su defensor durante el juicio, siempre que ello no perturbe el orden de la audiencia, pero no podrá hacerlo mientras esté rindiendo su declaración en el juicio

18. LOS ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.

Una vez concluida la aducción y práctica de pruebas, la audiencia oral de la causa termina con los alegatos de conclusión y replicas a los que se refiere el artículo 371 del Código.

En efecto, terminada la recepción de las pruebas, el Presidente concederá, sucesivamente, la palabra al Fiscal, al querellante y al

defensor, para que en ese orden, por un término que no exceda de una hora, expresen sus alegatos finales (Artículo 371).

En la exposición de los alegatos finales o de conclusión no se podrán leer memoriales ni libros de texto, sin perjuicio de la lectura parcial de notas.

Agotada la fase de alegatos se concederá un término razonable para que las partes puedan replicar, pero corresponderá al defensor la última palabra. La réplica se limitará a la refutación de los argumentos adversarios que antes no hubieran sido discutidos.

Quien preside el juicio impedirá cualquier divagación, repetición o interrupción. Al finalizar el alegato, el orador expresará sus conclusiones de un modo concreto.

19. PRINCIPIO DE UNIDAD DEL ACTO DE AUDIENCIA.

El artículo 372 del Código se refiere a la continuidad, concentración y suspensión de la audiencia y establece que la audiencia se realizará sin interrupción, durante todas las sesiones consecutivas que sean necesarias hasta su terminación. No obstante, se podrá suspender por un plazo máximo de diez días calendario, en los casos siguientes:

1. Cuando deba resolverse alguna cuestión incidental que por su naturaleza no pueda decidirse inmediatamente.
2. Cuando sea necesario practicar algún acto fuera del lugar de la audiencia y no pueda cumplirse en el intervalo entre una y otra sesión.

3. Cuando no comparezcan testigos, peritos o intérpretes cuya intervención sea indispensable.

4. Si algún Juez, Fiscal o defensor no puede continuar su actuación en el juicio.

5. Por enfermedad comprobada del imputado, en cuyo caso podrá ordenarse la separación de juicios y continuarse el trámite con los otros imputados, siempre que no quede afectado el derecho de defensa.

6. Si alguna revelación o retractación inesperada produce alteraciones sustanciales en la causa, haciendo indispensable una prueba extraordinaria.

Siempre que la suspensión exceda el plazo máximo fijado, todo el debate deberá realizarse nuevamente.

El Tribunal decidirá la suspensión y anunciará el día y la hora de la nueva audiencia y ello valdrá como citación para todos los comparecientes.

20. PREVISIÓN DE LA NO SUSPENSIÓN DE LA AUDIENCIA.

El código prevé supuestos de ausencia de fiscal y defensor y a efectos de la no suspensión de la audiencia, el artículo 373 establece que para evitar suspensiones el Tribunal podrá requerir la presencia desde el inicio de un Fiscal o un defensor suplente.

Tampoco será necesaria la suspensión de la audiencia cuando hayan intervenido más de un Fiscal o defensor

21. LA VÍCTIMA EN LA AUDIENCIA.

El artículo 374 del Código, trata la exposición de la víctima y refiere a que si en el juicio está presente la víctima y desea exponer se le concederá la palabra, por un término máximo de quince minutos, aunque no haya intervenido en el procedimiento.

Finalmente, se preguntará al imputado si tiene algo más que manifestar y se declarará cerrado el debate.

22. DELIBERACIÓN.

El artículo 375 del Código se refiere a la deliberación y establece que cerrado el debate, los jueces pasarán, de inmediato y sin interrupción, a deliberar en sesión permanente

23. DE LA JUSTICIA DE REGLAS A LA JUSTICIA DE PRINCIPIOS.

El proceso penal acusatorio deviene del modelo legislativo del Código Vassalli de 1989, en Italia, y se basa en el modelo de justicia penal acusatoria, oral, pública, adversarial y concentrada, que hace la transición de la justicia inquisitiva instaurada, también, en Italia al inicio de la década de los 30, con el Código Rocco; pero, también, es el resultado de la transformación del Estado Liberal al Estado Constitucional, Social y Democrático de Derecho derivado de la segunda posguerra, y de allí la concepción de la justicia garantista porque responde al cambio evolutivo de la justicia de reglas a la justicia de principios; es decir, que en el proceso penal acusatorio debe garantizarse y hacerse efectivo la tutela jurisdiccional de los

derechos fundamentales de las partes en juicio bajo los principios de publicidad, oralidad, adversariedad, concentración y unidad de acto.

No obstante, toda la concepción de un proceso garantista, por igualdad, a las partes, se cae si no se entiende que es un nuevo modelo de justicia que se sustenta ya no sólo en las reglas de procedimiento contenidas en el Código sino que ese procedimiento debe, siempre, adecuarse al texto de la Constitución y al control difuso de convencionalidad y los tratados que tutelan derechos fundamentales.

De lo expuesto deriva por qué el artículo 1 del Código se refiere a la Interpretación y prevalencia de principios, y aún en una redacción deficiente establece que “el proceso penal se fundamentará en las garantías, los principios y las reglas descritos en este Título. Las normas contenidas en este Código deberán interpretarse siempre de conformidad con estos”.

Es una redacción deficiente porque el codificador no entendió el sentido garantista de la justicia penal acusatorio contemporánea y no levantó la mirada al texto de la Constitución y a la convencionalidad que hoy imponen su control para la tutela efectiva de los derechos fundamentales, y porque los principios hoy no están en el orden legal sino constitucional y supranacional; ello explica también por qué hoy se habla del Estado garantiista que viene a ser sinónimo del Estado constitucional, de donde toma el proceso penal acusatorio su emblema de garantista.

24. EL PROCESO PENAL ACUSATORIO ES ARGUMENTATIVO.

Otro valor garantista que se introduce al proceso penal acusatorio, contemporáneo y que se sustenta en un neoprocesalismo que toma del constitucionalismo contemporáneo el juicio de ponderación y el principio de proporcionalidad bajo la estructura de la racionalidad procesal es la argumentación, ya no la motivación.

En este sentido el Código Procesal Penal Acusatorio de Panamá nació viejo, porque mantiene el cuestionable concepto de la “motivación” de las decisiones judiciales a modelos del desfasado positivismo lógico jurídico que imperó en el Estado liberal para justificar el autoritarismo judicial y que hoy resulta antagónico con el discurso práctico racional que se impone a la nueva justicia penal acusatoria.

Así se explica, entonces, que el artículo 22 del Código, nos hable de “motivación” y establezca que las autoridades judiciales y del Ministerio Público tienen el deber de motivar jurídicamente, de manera congruente, clara y precisa, sus decisiones judiciales, salvo las de mero trámite. La simple mención de las pruebas y la petición de las partes o de exposiciones genéricas no suple la motivación jurídica.

25. RESOLUCIONES JUDICIALES.

Según el artículo 133 del Código, en relación a los tipos y forma de las resoluciones judiciales, expresa que los jueces se pronunciarán mediante autos o sentencias y sus decisiones serán siempre motivadas. Dictarán sentencia para poner término al proceso y autos para todos los demás casos.

Las resoluciones judiciales contendrán:

1. El día, el lugar y la identificación del proceso.
2. El objeto a decidir y las peticiones de las partes.
3. La decisión y sus fundamentos fácticos, probatorios y jurídicos.
4. La firma del Juez o Magistrado.

Las diligencias de mero trámite serán firmadas por el director de la Oficina Judicial, indicando el lugar y la fecha

26. ARGUMENTACIÓN.

En el artículo 134 el codificador, esta vez de manera contradictoria con el mismo texto del artículo, vuelve a usar el concepto de “motivación”, aunque en la estructura del artículo se refiere a “fundamentación”.

¿Por qué hoy es argumentar y no motivar? Una manera de explicarlo es en atención a la función garantizadora de la justicia penal acusatoria, en el estado contemporáneo, que debe tutelar efectivamente los derechos fundamentales de las partes en el juicio oral, público, adversarial, concentrado y en unidad de acto, y para esa función debe tomar los postulados del constitucionalismo contemporáneo referente al juicio de ponderación, el principio de proporcionalidad y la estructura de racionalidad; y estos postulados no caben bajo el desfasado eslogan de la “motivación” que se ampara en el juego de premisas y la conclusión ideado por el positivismo lógico jurídico y con lo que, por autoritarismo, se validaba una sentencia judicial en la justicia inquisitiva; y es que al decir de Manson, en su

argumentaciones los juristas utilizan, sin duda, numerosos recursos que no son enteramente lógico-formales⁵.

Expuesto lo anterior vale, entonces, referirnos ahora al texto del artículo 134 del Código, que trata la “motivación de las resoluciones” y establece que las sentencias y los autos contendrán una fundamentación clara y precisa. En ella se expresarán los razonamientos de hecho y de derecho en que se basan las decisiones, así como la indicación del valor otorgado a los medios de prueba.

La simple relación de las pruebas o la mención de lo alegado o solicitado por las partes no reemplazarán, en ningún caso, la fundamentación. Será insuficiente cuando se utilicen fórmulas preelaboradas, afirmaciones dogmáticas, frases rutinarias, la simple descripción de los hechos o la sola mención de los elementos de prueba.

27. RETORNANDO AL PRINCIPIO DE CONGRUENCIA.

Al inicio de esta sección nos referimos al artículo 358 del Código, para iniciar con unos de los principios del proceso penal acusatorio más esenciales, cual es el principio de congruencia, por el cual se establece que el juicio es la fase esencial del proceso. Se realizará sobre la base de la acusación, en forma oral, pública, contradictoria y concentrada.

No obstante, el artículo 135 del mismo Código, también se refiere, al principio de congruencia, pero ahora en particular para

⁵ MANSON, Manuel. *Argumentación, Derecho y Lógica. Introducción Lógico-filosófica al estudio de la argumentación jurídica*. Madrid (España): EDUSOFE, 2008, p. 26.

establecer que la sentencia debe recaer sobre los hechos, los fundamentos jurídicos y las pruebas objeto de la acusación.

PARTE II

EL DEBER DE RENDIR TESTIMONIO Y LA COMPARECENCIA A DECLARAR EN LA AUDIENCIA ORAL

1. EL LLAMADO JUDICIAL AL DEBER DE RENDIR DECLARACIÓN TESTIMONIAL ORAL.

El artículo 387 del Código se refiere al deber de declarar, y establece que toda persona tendrá la obligación de concurrir al llamamiento judicial y declarar la verdad de cuanto conozca y le sea preguntado, salvo las excepciones establecidas por ley. No podrá ocultar hechos, circunstancias o elementos relacionados con la investigación.

El testigo no tendrá la obligación de declarar sobre hechos que le puedan acarrear responsabilidad penal.

1.1. El derecho de abstenerse a declarar.

Atendiendo a valores éticos y sociales, el Código recoge la tradición del derecho a no declarar, que la ley concede a ciertas

personas ubicadas en relaciones de afinidad, parentesco o a quienes ejerzan ciertas profesiones u oficios relacionadas con el acusado.

Así, el artículo 388 del Código, establece la “facultad de abstención”, y refiere a que podrán abstenerse de testificar contra el imputado el cónyuge o conviviente en unión de hecho, ascendientes, descendientes o hermanos, sus parientes colaterales hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, su tutor o pupilo.

Para hacer efectiva la tutela judicial del derecho de abstención, la parte final del artículo 388 del Código prevé que antes de prestar testimonio estas personas deben ser advertidas de su facultad de abstención. Ellas pueden ejercer dicha facultad en cualquier momento, aun durante su declaración, incluso para preguntas particulares.

1.2. Otras personas beneficiadas con el derecho de abstención a declarar.

El Código identifica a otras personas beneficiadas con el derecho de abstención en atención a razones de profesión u oficio frente al imputado.

A tal efecto, el artículo 390 del Código, en complemento del artículo 389, sobre el deber de abstención, refiere que deberán abstenerse de declarar:

1. El abogado o apoderado sobre las confidencias que haya recibido de sus clientes y los consejos que haya dado a estos en lo relativo al proceso que maneja.
2. El confesor acerca de las revelaciones hechas por el penitente.

3. El médico o el sicólogo en cuanto a las confidencias que le hayan hecho sus pacientes relativas a la consulta profesional.

Sin embargo, estas personas, salvo el confesor, no podrán negar el testimonio cuando sean liberadas por el interesado del deber de guardar secreto.

En este último caso, de ser citadas, deben comparecer y explicar las razones de su abstención. Si el Juez estima que el testigo invoca erróneamente la facultad de abstenerse o la reserva del secreto, ordenará su declaración mediante resolución fundada.

1.2.1. El derecho de abstención opera para no declarar o respecto a preguntas en particular.

Una particularidad que es necesario establecer aquí, y antes de entrar al interrogatorio, es que el amparo del artículo 388, sobre el derecho de abstenerse a declarar en el acto de audiencia, contra el acusado, opera como un derecho que le asiste a la persona que se encuentre en el supuesto normativo de parentesco o afinidad para no sentarse a declarar en el acto de audiencia; o bien, aceptando declarar en el acto de audiencia, el derecho de abstención opera entonces para no contestar preguntas en particular atendiendo a valores, precisamente, de parentesco y afinidad.

2. EXCEPCIONES AL DEBER DE DECLARAR EN LA AUDIENCIA.

En derecho se suele afirmar que la regla tiene excepción y la prueba de testimonio o de declarar en audiencia es un ejemplo,

porque el artículo 396 del Código, se refiere a las excepciones a la obligación de comparecencia a declarar en el acto de audiencia.

Ahora bien, no se trata de una excepción a la obligación de rendir testimonio o declarar en el caso que se juzga sino a la comparecencia a rendir la declaración en el mismo acto de audiencia.

Dice el artículo 396 que cuando se requiera la declaración testimonial del Presidente y Vicepresidente de la República, los Diputados, los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, los Ministros de Estado, los Viceministros de Estado, los Procuradores, los Directores de Entidades Autónomas y Semiautónomas del Estado, los Magistrados de los Tribunales Superiores, los Magistrados del Tribunal Electoral, los Embajadores y Cónsules, los Jueces y Fiscales, estos pueden solicitar que la deposición se realice en el lugar donde cumplen sus funciones.

El artículo 396, que comentamos, pareciera presentar un error técnico de redacción, porque no se trata de una excepción al deber de declarar en la causa que se ventila sino que en atención a la prerrogativa, en razón del cargo o función que se ejerce, de pedir que se le reciba la declaración testimonial de que se trate pero “en el lugar donde cumplen sus funciones”; ello es claro, entonces, que no se trata de una excepción al deber de declarar en la causa sino una prerrogativa que el codificador establece en función del cargo que ejerce el testigo; prerrogativa a la que puede, en efecto, renunciar y comparecer al acto de audiencia a rendir su testimonio.

3. EL TRATO ESPECIAL AL TESTIMONIO DE MENORES O PERSONAS VULNERABLES.

La previsión de los derechos humanos y fundamentales contenidas en instrumentos internacionales que tienen el carácter de normativa supranacional imponen un tratamiento especial a menores de edad y personas vulnerables, de allí que el Código de Procedimiento Penal deba asimilar esos controles de convencionalidad y si bien no entran en los supuestos para no declarar se impone brindar protección especial.

Bajo esta orientación el artículo 391 se refiere al testimonio de menores y personas vulnerables, y establece que cuando deba recibirse testimonio de menores de edad o de otras personas que se encuentren en circunstancias especiales de vulnerabilidad, el Fiscal o el Tribunal, según el caso, podrá disponer su recepción en privado y con el auxilio de familiares o peritos especializados.

En estos casos – dice el artículo 391 - se procurará obtener grabación o video filmación íntegra del testimonio para su exhibición en el debate.

Pero además, se establece que cuando proceda, se dispondrá lo necesario para que la recepción de estos testimonios se realice en una sala debidamente acondicionada, que permita el control de la diligencia por la persona imputada y su defensor.

Para los casos de uso de intérpretes o traductores, dice la parte final del artículo 391 que en caso de personas que no puedan expresarse fácilmente en español o que adolezcan de algún impedimento manifiesto, se pueden disponer las medidas necesarias para que el interrogado sea asistido por un intérprete o traductor o se

exprese por escrito o de la forma que facilite la realización de la diligencia.

4. EL DESACATO DE TESTIGOS

Según expone el artículo 152 del Código, para la celebración de audiencias se citará oportunamente a las partes, testigos o personas que intervendrán en la audiencia.

El artículo 152 establece que las citaciones se realizarán por orden del Juez o el Tribunal de Juicio y serán adelantadas por la Oficina Judicial o la que haga sus veces. Para la citación se utilizarán los medios técnicos posibles y se podrá, si es necesario, recurrir a la Policía Nacional para su cumplimiento.

La citación indicará la clase de audiencia o diligencia para lo que se requiere, con la identificación del proceso.

El deber de declarar en el proceso penal, respondiendo al llamado judicial a que se refiere el artículo 387 del Código, si se incumple por parte del ciudadano que no entra en los supuestos del derecho de abstención, tiene como sanción la “conducción” bajo orden del tribunal, y a eso se refiere el artículo 392 del Código, el cual expone que el testigo, citado en debida forma, que no se presente a la primera convocatoria sin justo motivo será conducido al despacho requirente por medio del organismo policial.

Aclara el mismo artículo 392 que la afectación a la libertad física, producto de la conducción, no podrá prolongarse más allá del agotamiento de la diligencia o actuación que la motiva.

No obstante, atendiendo al derecho fundamental de la libertad que queda comprometido con la orden de “conducción”⁶, a que se refiere el artículo 392, presenta un vicio de constitucionalidad; y es que al tratarse de una privación técnica⁷ de la libertad que implica la “conducción” y, que la misma norma reconoce que se produce, no puede ser objeto de un mandato sin acto jurisdiccional argumentado, como por ejemplo, la declaración de “desacato” del testigo para, entonces, poder justificar una orden de conducción.

5. LA PRÁCTICA DEL TESTIMONIO EN EL EXTRANJERO.

En los casos en que el testimonio tenga que ser receptado desde el extranjero, el procedimiento está regulado por el artículo 393, referente a testigo en el extranjero, y establece que si el testigo se halla en el extranjero se procederá conforme a las reglas de la cooperación judicial. Sin embargo, se podrá requerir la autorización del Estado en el cual se encuentre para que sea interrogado por el agente consular, por un Juez o por un Fiscal, según sea la fase del procedimiento y la naturaleza del acto de que se trate, siempre que se

⁶ Una orden de conducción girada por un despacho jurisdiccional es, en efecto, una orden de restricción de la libertad, y el derecho a la libertad es un derecho fundamental protegido por la Constitución y los convenios internacionales tuteladores de los derechos humanos y fundamentales que sólo prevén como excepción el mandato de autoridad competente, conforme a trámites legales y por motivo previamente definido en la ley. Luego, entonces, la orden o el mandato de conducción debe estar debidamente sustentado o fundamentado en una causa de justificación que podría ser la declaración de desacato; de lo contrario se corre la posibilidad cierta que la orden o el mandato pueda ser atacado por violatorio del derecho fundamental a la libertad contenido en la constitución y en la Convención Americana de los Derecho Humanos y atacada por violación de un derecho fundamental.

⁷ Hablamos de una “privación técnica” de la libertad porque si bien no hay una orden de detención o privación, en efecto, se trata de una restricción de la libertad contenida en una orden o mandato de autoridad, pero que por defectos de forma no alcanza a constituirse en un mandato de privación de libertad de autoridad competente, dictado conforme a los trámites legales, y debidamente argumentado conforme a motivo previamente definido en la ley, procedimiento que se exige como mecanismo de protección de la libertad.

garantice el derecho de defensa. Lo anterior es sin perjuicio de que se puedan tomar por vía de los medios tecnológicos.

6. FUNDAMENTO JURÍDICO DE ACREDITACIÓN DE TESTIGOS.

La aducción de un testigo que deba comparecer al acto de audiencia oral, por petición de una de las partes litigantes, **requiere de** un procedimiento de acreditación, al que el artículo 394 del Código, denomina “Individualización del testigo”, y establece que **antes** de comenzar la declaración, el testigo será instruido acerca de sus obligaciones y de las responsabilidades por su incumplimiento. Prestará juramento y será interrogado sobre su nombre, apellido, estado civil, profesión, domicilio, vínculo de parentesco y de interés con las partes, y en torno a cualquier otra circunstancia útil para apreciar su veracidad.

En ese procedimiento de acreditación, el artículo 394 prevé que si el testigo teme por su integridad física o la de otra persona, podrá autorizársele que no anuncie públicamente su domicilio y otros datos de referencias, de lo cual se tomará nota reservada, pero el testigo no podrá ocultar su identidad ni se le eximirá de comparecer en juicio. A continuación se le interrogará del hecho.

7. EL TESTIGO RETICENTE.

El artículo 395 del Código se refiere al testigo reticente y establece que toda persona citada para prestar declaración, según lo dispuesto en el artículo 152, que no comparezca o se niegue a

satisfacer el objeto de la citación será sancionada con una multa de veinticinco balboas (B/.25.00) a cien balboas (B/.100.00). Esta sanción la aplica el Juez, a solicitud del Ministerio Público o de la parte interesada.

8. LIBERTAD Y LÍMITES DEL INTERROGATORIO Y

Tanto el interrogatorio directo, el cual realiza el litigante que aporta el testigo, como el contrainterrogatorio que realiza la contraparte, tienen reglas de cumplimiento, sin las cuales el debate se haría un caos.

Es por ello que encontramos el artículo 400, sobre los métodos de interrogación, el cual expone que en sus interrogatorios, las partes que hubieran presentado a un testigo o perito no podrán formular sus preguntas de tal manera que ellas sugirieran la respuesta. Durante el contrainterrogatorio, las partes podrán confrontar al perito o testigo con sus propios dichos u otras versiones de los hechos presentadas en el juicio⁸, admitiéndose las preguntas sugestivas. En ningún caso se admitirán preguntas engañosas, repetitivas o destinadas a coaccionar ilegítimamente al testigo o perito, ni las que fueran formuladas en términos poco claros para ellos.

9. LECTURAS, SOLO COMO “AYUDA MEMORIA”.

⁸ En el aparte relativo al contra-interrogatorio tratamos una crítica a la redacción de este artículo a propósito de la permisibilidad de contra-interrogar al testigo con “otras versiones de los hechos presentadas en el juicio”, que puede atentar contra la integridad del testimonio.

Tanto el interrogatorio de testigos como las deposiciones de peritos deben ser expuestas de manera oral ante el tribunal o jueces y partes; y éstos deben expresar sus testimonios y pericias de manera natural, de viva voz; y es que atendiendo a la calidad de testigo la persona debe declarar conforme a los hechos que percibió y el perito conforme a su experticia sobre la ciencia, arte o técnica que profesa; luego, entonces, las lecturas sólo deben constituir un medio de “ayuda memoria” para el deponente y no el fundamento de su deposición.

En este sentido, el artículo 401, sobre la lectura para apoyo de memoria en la audiencia del juicio oral, al regular la materia nos refiere a que cuando fuera necesario ayudar a la memoria del testigo o perito, cuando esté prestando declaración o para demostrar o superar contradicciones o para solicitar las aclaraciones pertinentes, se podrá leer en el interrogatorio o contrainterrogatorio parte o partes de sus declaraciones anteriores prestadas ante los organismos de policía, el Fiscal o el Juez de Garantías. Con los mismos objetivos, se podrán leer durante la declaración de un perito partes del informe que él hubiera elaborado

10. EL PRINCIPIO DE INTEGRIDAD DEL TESTIMONIO.

La razón de plantear ante el tribunal de juicio una “teoría del caso” y fundarla en pruebas de testimonio obedece al imperativo de la comprobación fáctica de los hechos objeto del proceso.

La prueba recae sobre hechos, y la prueba testimonial es el medio probatorio idóneo, por naturaleza, para acreditar los hechos objeto del proceso penal acusatorio, pero la declaración testimonial

debe estar provista de la mayor objetividad posible para que sea creíble; luego, entonces, la declaración testimonial tiene una integridad que deriva de la naturaleza de la persona humana que depone y de las condiciones jurídicas y fácticas que rodearon la percepción de los hechos y la forma en que realiza la deposición en el acto de audiencia.

Es por ello que todas las codificaciones contemporáneas que recogen el modelo de justicia penal acusatoria establecen no sólo el procedimiento para llevar al ciudadano conocedor de los hechos objeto del proceso a que declare sino, también, la protección de su integridad física y moral sin perjuicio de cuestionar su credibilidad.

En este orden es que el artículo 403, al referirse a la continuidad e integridad del testimonio, dice que el testigo no será interrumpido en sus respuestas y se recogerán como él las diga, y deberá responder por sí mismo de palabra sin utilizar ningún borrador. Sin embargo, el Juez podrá, de oficio o a solicitud de parte, cuando advierta que el testigo se aparta de lo preguntado, requerirlo para que su respuesta se concrete a la pregunta o repreuntas formuladas⁹.

11. LA PROTECCIÓN DE TESTIGOS Y VÍCTIMAS.

El artículo 404, se refiere a la protección de testigos, víctimas y colaboradores, y establece que fuera de los supuestos previstos en el artículo 332 de este Código, cuando exista riesgo para la vida o integridad física del testigo, víctima, colaborador o cualquiera otra persona que intervenga en el proceso penal, en la audiencia se tomarán las medidas de protección necesarias para reducir o eliminar

⁹ Esta última parte del artículo 403 es el fundamento legal para la permisibilidad de interrogatorio bajo el supuesto de testigo hostil.

las posibilidades de que sufra perjuicio. Estas medidas se hacen extensivas a favor del cónyuge o conviviente, ascendientes, descendientes o hermanos. En ningún caso, las medidas previstas en este artículo menoscabarán el derecho de defensa y el principio de contradicción que le asiste al imputado.

12. ADVERTENCIAS PREVIAS AL TESTIGO.

Según el texto del artículo 405, sobre extensión del testimonio, se refiere a que a los testigos que se examinen para comprobar el hecho punible se les advertirá que deben deponer sobre todo lo que contribuya a determinar la ejecución, la naturaleza, la extensión y la circunstancia de lugar, tiempo y modo, los antecedentes, las conexiones y las consecuencias del hecho.

PARTE III

TECNICAS DE LITIGACIÓN ORAL

CAPITULO I

TEORÍA DEL CASO O DECLARACIÓN INICIAL

1. CONCEPTO.

En la literatura sobre litigación oral podemos encontrar que el momento de apertura de la audiencia oral recibe, indistintamente, la denominación de “declaración inicial”, “alegato de apertura”, “presentación inicial” o, simplemente, presentación de la “teoría del caso”, y se sustenta en el diseño del programa metodológico que abarca hasta la exposición que hace el litigante en la audiencia del juicio oral, para presentar, jurídicamente, su caso sustentado en hechos y pruebas a presentar.

En un sentido más práctico, la exposición oral de la “teoría del caso” es obligatoria para la fiscalía y opcional para la defensa, y consiste en la expresión verbal de los hechos que se pueden reconstruir mediante prueba y que en su conjunto hace la hipótesis fáctica; adecuándose a una teoría jurídica que mediante la presentación de pruebas sirva para explicar la ocurrencia de los hechos; y es una declaración inicial o de apertura porque precede al debate probatorio oral.

Si la exposición oral de la “teoría del caso” es el momento oportuno para presentar la metodología seleccionada para acusar o defender una causa penal, ello implica que es admisible, entonces, en este momento, tanto la declaración de inocencia como condición de procedibilidad para la realización de la audiencia, como la declaración de culpabilidad del acusado, en cuyo caso se pasa a dictar sentencia.

La exposición oral de la “teoría del caso” es, también, el momento para la presentación y admisión de los preacuerdos, que se pacten entre la fiscalía y la defensa sobre la pretensión punitiva, que al no ser violatorio de derechos fundamentales y aceptados por el tribunal o juzgador pasan a formar parte de la sentencia.

2. FUNDAMENTO JURÍDICO.

Partiendo del enunciado del artículo 366 del Código, referente al inicio del juicio oral, se establece que constituido el Tribunal, quien presida verificará la presencia de las partes, los testigos, los peritos o los intérpretes y declarará abierto el juicio, advirtiendo al acusado sobre la importancia y el significado de lo que va a suceder e indicándole que esté atento a lo que va a oír.

Complementa el artículo 367 del Código, sobre la presentación inicial, que Inmediatamente, el Presidente del Tribunal ordenará al Fiscal que presente su teoría del caso, luego al querellante y finalmente al defensor y a los intervenientes si los hubiera.

El Juez, atendiendo a la complejidad del juicio, podrá limitar el tiempo de las intervenciones.

3. EL PROGRAMA METODOLÓGICO

El programa metodológico consiste, precisamente, en la elección de la estrategia metodológica que más conviene implementar según las pretensiones que se busquen probar durante la audiencia oral del juicio penal; implica la planeación investigativa¹⁰ y que abarca hasta el control de las condiciones exigidas por el manual de procedimiento del sistema de cadena de custodia¹¹.

¹⁰ BERNAL ARÉVALO, Benjamín. **Técnicas de Investigación Criminal en el Sistema Acusatorio**. 3^a Edición; Bogotá (Colombia): Ediciones Jurídicas Andrés Morales, 2011, p. 364.

¹¹ INSTITUTO DE MEDICINA LEGAL Y CIENCIAS FORENSES. **Manual de Procedimiento del Sistema de Cadena de Custodia**. Panamá: Editora Novo, 2011, p. 9.

No podemos plantearnos la teoría del caso atendiendo a un formato o a un modelo único a seguir, el diseño de la teoría del caso depende de las particularidades de la causa que se representa, de las fortalezas y debilidades y del estilo del litigante.

No obstante, existen algunos factores y elementos que no pueden faltar.

3.1. El diseño.

El diseño implica la estructuración de la teoría del caso atendiendo a los factores o elementos que le son necesarios.

3.1.1. Los tres factores.

Para el diseño del programa metodológico importan tres factores básicos:

3.1.1.1. La hipótesis fáctica en base a la cual se va a plantear el caso.

Toda teoría del caso requiere de una investigación previa, de cuyo resultado el litigante debe abordar la hipótesis que pretende confirmar o probar en el juicio, estableciendo, finalmente, cuál es el hecho y las circunstancias sobre que giró la investigación y que será objeto de prueba.

La investigación sobre el hecho y sus circunstancias debe darle forma a la teoría del caso y ésta debe exponer el “hecho problema” objeto del planeamiento hipotético a probar.

Toda la investigación deberá girar en torno al “hecho problema” y sus circunstancias y, en consecuencia, ese “hecho problema” deberá ser el objeto del planteamiento de la teoría fáctica.

De lo expuesto resulta, entonces, que la hipótesis que se elija para construir el caso será la que orientará, entre otros aspectos, las variables de la hipótesis que vienen a ser los medios probatorios a producir¹² y la invocación y evaluación de la norma que servirá, entonces, de sustento de la teoría jurídica del caso.

3.1.1.2. La hipótesis jurídica mediante la cual se sustentará el caso.

Para la formulación de una hipótesis jurídica (también puede hablarse de una teoría jurídica) se puede partir de la descripción del supuesto de hecho de la norma jurídica que se considere aplicable al caso.

Para la elaboración de la hipótesis jurídica o la teoría jurídica, como se le quiera llamar, es imprescindible tomar en cuenta que las normas jurídicas, en efecto, se estructuran en dos partes: El supuesto de hecho y la consecuencia jurídica; o lo que la dogmática penal

¹² HIGA SILVA, César. *Litigación, Argumentación y Teoría del Caso*. Lima (Perú): ARA Editores, 2011, p. 32

denomina “conducta”, o el tipo penal, y la “sanción”. En este sentido, la hipótesis jurídica que se seleccione para sustentar el caso tiene que adecuarse al supuesto de hecho de la norma, o la “conducta” o el “tipo penal” y, por consecuencia, se solicita se le aplique lo dispuesto en el valor sancionador de la norma.

La hipótesis jurídica viene a ser una adecuación jurídica de los hechos del caso en base al ordenamiento jurídico penal vigente; de allí que si los hechos o la conducta se adecuan a los postulados del supuesto de hecho de la norma, entonces, el acusado tiene el derecho a reclamar lo dispuesto en la norma a su favor.

Se trata, si se quiere, bajo el modelo clásico y el positivismo lógico jurídico, y en palabras de Higa Silva, que la hipótesis que se formule debe poder ser subsumida dentro del supuesto de la norma que se pretende invocar¹³; y a lo cual se le agregaría la adecuada sustentación argumentativa.

3.1.1.3. El orden y exposición de la evidencia física y material probatorio en que sustenta la hipótesis fáctica y que servirá de sustento argumentativo de la hipótesis jurídica.

El orden del material probatorio debe planearse en función de probar la hipótesis fáctica, pero tomando en cuenta que servirá de sustento argumentativo de la hipótesis jurídica; ello nos dice que hay

¹³ *Ibíd.*, p. 34.

una relación directa y de causa a efecto entre la hipótesis fáctica y la hipótesis jurídica, que implica que si no logra probarse la hipótesis fáctica el litigante tendrá dificultades para la sustentación argumentativa en el alegato final.

Para entender la diferencia entre la hipótesis fáctica y la hipótesis jurídica y la planeación de ambas en el juicio oral debemos iniciar por saber que la hipótesis fáctica se sustenta en la descripción de un evento real, esto es en base a hechos y de allí que la prueba debe vertirse a probar las variables o proposiciones de la hipótesis fáctica, porque sólo los hechos son objeto de prueba; en tanto que la hipótesis jurídica, al sustentarse en norma de derecho positivo, entonces, no se sustenta en hechos sino en juicios de valores que no pueden ser objeto de prueba, de allí que el derecho no requiere de prueba, por lo que el debate en torno a la interpretación y aplicación de la norma gire en torno a legitimidad, validez y eficacia como contenido de una decisión judicial y lo cual se expone, entonces, de manera argumentativa.

3.1.2. La unidad de los tres factores.

La eficacia del planteamiento de una buena teoría del caso se explica, también, en el orden de sustanciación del juicio oral, a tal efecto vale observar los artículos 367, 369 y 371, todos del Código.

Atendiendo a lo normado en el artículo 367, inmediatamente, el Presidente del Tribunal ordenará al Fiscal que presente su teoría del caso, luego al querellante y finalmente al defensor y a los intervenientes si los hubiera.

El Juez, atendiendo a la complejidad del juicio, podrá limitar el tiempo de las intervenciones.

En tanto que el artículo 369 nos refiere que después de las presentaciones iniciales de las partes se recibirá la prueba ofrecida, comenzando con la del Fiscal, luego el querellante y al final la defensa. Dentro de su respectivo turno cada parte tendrá libertad para desahogarla o presentarla al Tribunal, según corresponda a su propia teoría del caso.

Finalmente, el artículo 371, sobre los alegatos de conclusión, nos dice que terminada la recepción de las pruebas, el Presidente concederá, sucesivamente, la palabra al Fiscal, al querellante y al defensor, para que en ese orden, por un término que no exceda de una hora, expresen sus alegatos finales.

Vale, entonces, retomar la distinción entre hipótesis fáctica e hipótesis jurídica, porque esta distinción es esencial en la planeación metodológica del caso: y es que para los efectos de la evolución del caso en el escenario del juicio oral y público, el litigante debe tener presente que sólo la hipótesis fáctica requiere de prueba; mientras que la hipótesis jurídica requiere de argumentación. Ambas hipótesis tienen su evolución importante en el juicio y de allí que, por una parte, el litigante deba prepararse para probar, en el debate probatorio y, por otra parte, deba prepararse para argumentar en los alegatos finales.

Se entiende que la audiencia del juicio oral es el medio procesal y jurisdiccionalmente idóneo para introducir hechos y pruebas, porque la teoría de la argumentación en el sistema acusatorio exige argumentar sobre hechos y, por ello, también, el modo de comprobar esos hechos. En efecto, es que sólo después de comprobado el

hecho, la teoría de la argumentación exige argumentar sobre el tipo penal, es decir, si ese hecho es o no delito. Una vez esto, el tercer tema de la argumentación es el valor, es decir, las causales excluyentes, las agravantes y/o las atenuantes y, finalmente, si se merece una pena¹⁴. Es claro, entonces, que la importancia de las preguntas centran la atención, más que en la contradicción e inmediación de las audiencias, en los efectos procesales de esas preguntas en la decisión jurisdiccional, porque la inteligencia de la pregunta – que supone un modo de argumentación – exige, igualmente, que por ella se introduzca – o se deje de introducir – la realidad del hecho y la verdad del autor de ese hecho.

Los tres factores básicos de la teoría del caso son irremplazables, porque juntos son la estructura en torno a la cual al litigante debe girar a lo largo de todo el juicio oral, para establecer un orden de prioridad en la aducción y la presentación de la prueba, para identificar los énfasis atendiendo a las fortalezas y debilidades del caso, y que le permitirá, finalmente, la sustentación argumentativa.

Con razón dice Benavente que es tal la complejidad de la teoría del caso que escapa del mero alegato o exposición que se efectúe durante la audiencia del juicio oral; en efecto, si falta alguno de los tres niveles de análisis antes mencionados – lo fáctico, jurídico y probatorio – estaríamos en presencia de un simple relato o historia, pero no frente a un caso penal¹⁵.

¹⁴ HIDALGO MURILLO, José Daniel. *La Argumentación en la Audiencia Oral y Pública. Desde los principios de Inmediación y Contradicción*. Azcapotzalco (Méjico D.F.): Flores Editor, 2012, p. 58.

¹⁵ BENAVENTE CHORRES, Hesbert. *La Aplicación de la Teoría del Caso y la Teoría del Delito en el Proceso Penal Acusatorio*. Barcelona (España): Bosch Editor, 2011, p. 47.

3.1.3. Planeación del elemento temático y el uso de etiquetas.

Un elemento que opera como etiqueta de la teoría del caso y que se utiliza para plantear un mensaje claro, específico y directo al tribunal de juicio o juzgador es el elemento “temático” que implica un concepto que recoge, como emblema, la teoría del caso. Es el tema sobre el que versa la teoría del caso¹⁶.

Vale citar a este propósito a Espinosa Acuña quien explica que para lograr una narración persuasiva durante la presentación de la teoría del caso, es importante que desde la preparación del juicio se determinen los asuntos críticos del caso y se resuman en unas palabras o frase clara y memorable, esto es, el tema.

Para Espinosa Acuña, escoger un tema que será utilizado a lo largo de todo el juicio es una buena técnica para enviar mensajes claros y comunicar la hipótesis que se busca demostrar desde el comienzo del juicio oral; y por ello enseña que es distinto señalar, por ejemplo, que “Andrew Becket fue despedido por ser homosexual”, a decir “hablemos de lo que este caso en realidad se trata. El odio social generalizado y nuestro miedo respecto de los homosexuales. Y cómo ese clima de odio y temor se tradujo en el despido de este homosexual en particular, mi cliente, Andrew Becket”¹⁷.

Asimismo, se deben seleccionar etiquetas que servirán para hacer referencia a los eventos o personas involucradas en el caso. Es

¹⁶ ZULETA CANO, José Abad; NOREÑA CASTRILLÓN, Lina María y POSADA GONZÁLEZ, Viviana. **Guía Práctica del Sistema Penal Acusatorio**. 3^a Edición; Medellín (Colombia): Librería Jurídica Sánchez R. Ltda, 2012, p. 253.

¹⁷ ESPINOSA ACUÑA, David. **Las Técnicas del Juicio Oral**. Bogotá (Colombia): Editorial Carrera 7^a, 2011, p. 29

diferente referirse a “la víctima” que a “esta mujer ardida y cegada por los celos”; hablar de los “traguitos” que había bebido quien manejaba, a decir que el conductor se encontraba en estado de embriaguez; referirse a “ese negocio” en lugar de llamarlo por su nombre: “La empresa Ropa y Accesorios Lolita, S. A.”¹⁸.

Espinosa Acuña termina su punto afirmando que lo anterior no es un secreto si tenemos de presente que las palabras construyen realidades y que los términos utilizados en el juicio envían muchas veces mensajes entre líneas al juez¹⁹.

3.2. Importancia de la teoría del caso.

En la estructura de la teoría del caso se presenta una diferencia sustancial del garantista proceso penal acusatorio contemporáneo con el autoritario y arbitrario viejo proceso penal inquisitivo; y es que, en efecto, en el viejo proceso penal inquisitivo a lo largo de la audiencia ordinaria se especulaba sobre el otrora famoso “binomio fáctico jurídico” que se sustentaba en “hecho” y “ley”, de allí lo fáctico y lo jurídico, y porque todo el juicio giraba en torno a la verificación de “subsumir” el hecho objeto del juicio en la “hipótesis jurídica” que establecía la tipificación de la conducta (el tipo penal); no obstante, hoy en el paradigma garantista del proceso penal acusatorio ya no es cuestión del “binomio fáctico y jurídico” sino que ahora los litigantes debe abordar la audiencia distinguiendo tres factores, estos son: Los

¹⁸ *Ibid.*, p. 30

¹⁹ *Ídem.*

hechos en la hipótesis fáctica, el derecho en la teoría jurídica y, por separado, la prueba como sustento de las dos anteriores; y es que ello tiene un efecto directo en la decisión judicial o sentencia del caso por cuanto el Tribunal o juzgador deberá argumentar, igualmente, por separado los hechos probados, el derecho de sustentación validado y la prueba en que se sustenta lo fáctico y lo jurídico. He aquí la importancia de la teoría del caso.

De esta manera encuentra sentido el texto del artículo 134 del Código, el cual establece que las sentencias y los autos contendrán una fundamentación clara y precisa. En ella se expresarán los razonamientos de hecho y de derecho en que se basan las decisiones, así como la indicación del valor otorgado a los medios de prueba.

Calara el artículo 134 que la simple relación de las pruebas o la mención de lo alegado o solicitado por las partes no reemplazará, en ningún caso, la fundamentación. Será insuficiente cuando se utilicen fórmulas preelaboradas, afirmaciones dogmáticas, frases rutinarias, la simple descripción de los hechos o la sola mención de los elementos de prueba.

3.3. Los beneficios de trabajar con un programa metodológico.

El programa metodológico basado en los tres factores básicos es lo que permite identificar los aspectos probatorios fuertes y débiles del caso propio y, también, del caso de la contraparte; y es una estrategia metodológica por cuanto permite estudiar, por anticipado, las cuestiones que serán más controvertibles en la audiencia pública del

juicio oral y le permitirá al litigante concentrarse en aquellos aspectos probatorios que por su debilidad requieren de mayor celo estratégico.

El programa metodológico debe ser diseñado de tal manera que el litigante tenga una base para decidir sobre la conveniencia de adoptar o no métodos alternativos a la audiencia de juicio oral como:

- Preacuerdos.
- En el caso de la Fiscalía, la posibilidad de aplicar la excepción reglada del ejercicio de la acción penal o “principio de oportunidad”.
- La negociación de cargos a cambio de rebajas de pena.

El programa metodológico, también, debe ser un instrumento al servicio del litigante de manera que la identificación de aquellos hechos respecto de los cuales no tiene controversia insalvable con la contraparte pueda disponer de la alternativa de proponer estipulaciones probatorias.

4. LA TEORÍA DEL CASO Y LA LIBERTAD DE PROBAR.

Si bien en el proceso penal acusatorio y en particular en la celebración de la audiencia oral de la cusa se permite la libertad probatoria, lo que da la oportunidad de valerse de la prueba testimonial, prueba pericial, prueba documental, prueba de inspección o cualquier otro medio técnico o científico que no sean violatorios de los derechos humanos y fundamentales, el litigante debe saber adecuar la prueba que corresponde para acreditar un hecho.

En efecto, dice el artículo 376 del Código, sobre la libertad probatoria, que los hechos punibles y sus circunstancias pueden ser

acreditados mediante cualquier medio de prueba permitido, salvo las limitaciones que la ley establezca.

Ahora bien, la libertad probatoria tiene el límite de la prueba ilícita, y es por ello que el artículo 377 del Código, al referirse a la licitud de las pruebas, establece que los elementos de prueba solo pueden ser valorados si han sido obtenidos por un medio lícito y conforme a las disposiciones de este Código.

Es así, que en el acto de audiencia, y al amparo del artículo 421 del Código, sobre el reconocimiento de evidencias, se establece que los documentos y objetos pueden ser exhibidos al acusado, a los testigos y a los peritos para que los reconozcan o informen acerca de ellos.

No obstante, dice el artículo 421, en su segundo párrafo, que antes del reconocimiento de un objeto, se procederá a solicitar a la persona que deba reconocerlo que lo describa. Cuando se disponga el reconocimiento de voces, sonidos y cualquier elemento que pueda ser objeto de percepción sensorial, se observarán en lo posible las disposiciones previstas para el reconocimiento de personas.

En base a la libertad de probar, y atendiendo al texto del artículo 422 del Código, referente a otros medios de prueba, se establece que además de los medios de prueba previstos en este Código, podrán utilizarse otros distintos, siempre que no afecten garantías fundamentales ni violenten derechos humanos. La forma de su incorporación al procedimiento se adecuará al medio de prueba más análogo de los previstos.

5. PRESENTACIÓN FORMAL DE LA “TEORÍA DEL CASO”.

En el manual de procedimiento de fiscalía, en la justicia colombiana, se expone que la presentación del caso impone determinar los hechos jurídicamente relevantes, con indicación de las circunstancias de tiempo, modo y lugar como ocurrieron. Asimismo, de manera coordinada y cronológica con el recuento histórico, enunciar los elementos materiales probatorios que se pretender introducir en el debate probatorio para demostrar la teoría del caso, y general desde entonces el máximo interés y confianza del juez en los resultados de la práctica de pruebas. Por lo que la declaración inicial tiene contenido fáctico, probatorio y jurídico²⁰.

Es así que tomando como marco de referencia el “Manual de Procedimiento de Fiscalía en el Sistema Penal Acusatorio” colombiano, en la presentación formal de la “Teoría del Caso”, se recomienda tomar en cuenta las siguientes sugerencias:

- Seleccionar un nombre de impacto para titular el caso.
- Elegir un tema para la introducción, por ejemplo, una frase célebre que sirva como reflexión sobre el caso.
- Asumir una actitud firme en la presentación del caso, referirse directamente al acusado o acusador y a sus actos, según sea el caso.
- Dar a conocer al juez lo que pretende probar en el debate con sus testigos y las evidencias que van a introducir.
- Hacer referencia al aspecto jurídico en el que se subsume la teoría.

²⁰ **MANUAL DE PROCEDIMIENTO DE FISCALÍA EN EL SISTEMA PENAL ACUSATORIO.** Bogotá (Colombia): Fiscalía General de la Nación, 2006, p. 173.

- Anunciar al juez la solicitud para que declare culpable o inocente según la representación que se haga.
- Ser convincente; demostrar dominio, conocimiento y manejo del caso.
- Mantener contacto visual con el Tribunal de juicio o juez.
- Controlar el tiempo asignado para su intervención.
- Hablar con buen tono de voz.
- Utilizar ayudas visuales en casos complejos.
- Actuar con naturalidad, sin cambiar el estilo propio, sin exageraciones.
- Escuchar con atención la declaración inicial de la contraparte y tomar nota para comentar en su clausura sobre las promesas que aquella no cumplió.
- Hacer un bosquejo de lo que se va a decir y utilizarlo durante la intervención solamente como guía.
- Prometer únicamente lo que se puede cumplir.
- Tener presente que en este estadio no es posible la argumentación.

No hay un orden prevalenté en las sugerencias, queda al estilo del litigante darle un orden al contenido de la presentación formal de la “Teoría del Caso”, tomando en cuenta que es imprescindible que contenga o sea estructurado con los tres factores básico: lo fáctico, lo jurídico y lo probatorio.

Apoyándonos en Baytelman y Duce, vale comentar que una vez realizados los actos iniciales, entonces, cada parte tiene derecho a hacer un alegato de apertura. En ese alegato las partes presentarán al

tribunal el caso que están a punto de conocer, señalando qué es lo que la prueba demostrará y desde qué punto de vista específico ella debe ser apreciada. A diferencia del alegato final, el alegato de apertura no pretende analizar el peso o la credibilidad de la prueba, pues ésta todavía no se ha presentado. El objeto de estos alegatos de apertura es otro: presentar al tribunal la teoría del caso de cada parte y hacer una cierta “promesa” acerca de qué hechos, en qué términos generales, quedarán acreditados a partir de la prueba²¹.

6. CUESTIONES CLAVES PARA EL ÉXITO DE UNA PRESENTACIÓN FORMAL DE LA TEORÍA DEL CASO.

El tiempo necesario en que debe exponerse una teoría del caso efectiva oscila entre los 15 y 20 minutos, salvo que se trate de un caso complejo; pero aún en casos complejos el litigante se corre el riesgo de perder el interés y la concentración del tribunal de juicio o del juzgador, según el caso, si abunda en detalles innecesarios a la hipótesis fáctica.

La exposición de la teoría del caso no debe ser un discurso emocional ni retórico sino una narración cronológica amparada en el compromiso de probar hipótesis fáctica y jurídica; y es que constituye un elemento clave para tener éxito en la presentación formal de la teoría del caso ser claro y preciso en corto tiempo.

En la teoría del caso deben omitirse las argumentaciones, porque se trata de una exposición narrativa de los hechos en que el litigante debe concentrarse en la hipótesis operativa que va a ser

²¹ BAYTELMAN A., Andrés y DUCE J., Maurice. **Litigación Penal, Juicio Oral y Prueba**. México D.F.: Fondo de Cultura Económica, 2005, p. 50.

objeto de su verificación probatoria y no en la argumentación cuyo momento son las alegaciones finales y después del debate probatorio, pues no tiene sentido alegar cuando lo que está haciendo es describir los hechos y anunciar las pruebas.

7. LA PRESENTACIÓN DE LA TEORÍA DEL CASO ES UN DEBER PARA LA FISCALÍA.

Según se desprende del texto del artículo 367 del Código, sobre la presentación inicial, se establece que inmediatamente, el Presidente del Tribunal ordenará al Fiscal que presente su teoría del caso, luego al querellante y finalmente al defensor y a los intervenientes si los hubiera.

El Juez, atendiendo a la complejidad del juicio, podrá limitar el tiempo de las intervenciones.

Atendiendo a la naturaleza de justicia penal y en lo que incumbe a la titularidad de la acción penal en manos del Estado y que la delega al Ministerio Público, por lo que la fiscalía actúa en representación del Estado para la persecución de los delitos mediante el ejercicio de la acción penal, la presentación de la teoría del caso constituye un deber para la representación del Ministerio Público en el acto de audiencia oral de la cusa.

En otras legislaciones, como la colombiana, la declaración inicial debe ser realizada únicamente por la fiscalía y la defensa, el representante de las víctimas no está llamado a realizarla. Así lo confirmó la Corte Constitucional en la Sentencia C-209 de 2007, que al resolver una demanda de inconstitucionalidad el recurrente, alegando

el interés de la víctima, denunciaba la imposibilidad de presentar su teoría del caso en el juicio oral a causa de una prohibición normativa.

En la referida sentencia, la Corte Constitucional colombiana sostuvo que la víctima no debe intervenir directamente en la audiencia del juicio oral para controvertir pruebas, interrogar a los testigos o realizar su teoría del caso, pues alteraría el carácter adversarial del juicio oral.

Puntualizó la Corte Constitucional colombiana que dado el carácter adversarial de esta etapa del juicio penal y la necesidad de proteger la igualdad de armas, no puede la víctima participar de manera autónoma y al margen de la actuación del fiscal.

Vale aquí comentar con Solórzano Garavito que el "el sistema acusatorio, por su condición netamente adversarial, impone una obligación más fuerte al fiscal; en la medida en que le exige que sea más responsable y entienda que cuando decide acusar, es porque sabe cómo probar esa acusación y que será a través de los elementos que aportará y que se convertirán en pruebas en el juicio como podrá tener éxito. Nadie le exige a un fiscal que acuse, pero si lo hace debe poder sostener probatoriamente esa acusación y para ello será vital que haya elaborado con total rigurosidad la teoría del caso"²².

En el caso del proceso penal acusatorio panameño, atendiendo al texto del artículo 367 del Código, que reconoce la legitimidad para la presentación de la teoría del caso, y aún cuando la norma, expresamente, no lo diga, pero atendiendo a la naturaleza de la justicia penal, se debe entender que declarada la apertura del juicio

²² SOLÓRZANO GARAVITO, Carlos Roberto. *Sistema Acusatorio y Técnicas del Juicio Oral*. Bogotá (Colombia): Ediciones Nueva Jurídica, p. 82

oral, inmediatamente, el Presidente del Tribunal ordenará al Fiscal que presente, como obligación, su teoría del caso, y luego, con carácter opcional, al querellante y finalmente al defensor y a los intervenientes si los hubiera.

De lo expuesto, entonces resulta evidente que el artículo 367 presenta un error de técnica legislativa y quizás imputable al desconocimiento de la naturaleza de la justicia penal acusatoria, porque debió establecer el carácter obligatorio para la fiscalía y, por el contrario, el carácter opcional para la defensa y los intervenientes si los hubiera; porque como está redactado pareciera una obligación para todos, incluyendo a la defensa, en cuyo caso imponerle la presentación de un teoría del caso o declaración inicial sin que sea su voluntad sería violatorio de derechos fundamentales, porque confronta el derecho a guardar silencio que tiene el acusado, protegido por la Constitución y los Convenios internacionales.

8. LA DEFENSA NO ESTÁ OBLIGADA A PRESENTAR UNA DECLARACIÓN INICIAL O “TEORÍA DEL CASO” EN EL JUICIO ORAL.

El derecho humano y fundamental a la presunción de inocencia y, también, el derecho a guardar silencio le permiten a la defensa en juicio omitir o abstenerse de la presentación de la declaración inicial o teoría del caso, como táctica o estrategia defensiva.

En efecto, uno de los fundamentos de la justicia penal acusatoria es el de la presunción de inocencia del acusado en el enjuiciamiento penal; la presunción de inocencia establece que toda persona se presume inocente hasta tanto no haya un fallo judicial condenatorio en

firme, dictado en cumplimiento de las garantías procesales y los derechos fundamentales que rigen para la justicia penal²³.

Ahora bien, de la presunción de inocencia también se derivan otros derechos procesales estrechamente vinculados al debido proceso, tales como el derecho a no autoincriminarse o incriminar a familiares, o el derecho a guardar silencio y a que no se utilice ese derecho a su silencio como indicio o prueba en su contra²⁴.

Luego, entonces, al amparo de esa fundamentación principalista de la justicia penal acusatoria y como manifestación de la presunción de inocencia y el debido proceso la defensa no está obligada a intervenir en el juicio oral con la exposición de su teoría del caso.

El defensor debe aconsejar si el acusado se declara culpable o no culpable, y ello depende de la debilidad o fortaleza que tenga la teoría del caso que vaya a defender. Por eso se espera que el imputado cuente a su defensor lo que sabe, para identificar las fortalezas y debilidades que pueda tener el caso, y, en consecuencia, definir la presentación de evidencias, las estrategias defensivas y la misma posibilidad, previa evaluación de la prueba, de allanarse a los

²³ El numeral 2 del Artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), en cuanto normativa supranacional y al amparo del cual la Corte Interamericana ha vertido un conjunto de precedentes vinculantes para la jurisdicción interna conforme al control de convencionalidad establece que: “Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad....”; en tanto que el artículo 22 de la Constitución establece, en su párrafo segundo, establece que “(...) Las personas acusadas de haber cometido un delito tienen derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad en juicio público que le haya asegurado todas las garantías establecidas para su defensa...”.

²⁴ El literal “g” del numeral 2 del Artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), en cuanto normativa supranacional y sustentadora del control de convencionalidad establece que: “g) Derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable...”; en tanto que la Constitución Política, en su artículo 25 establece que: “Nadie está obligado a declarar en asunto criminal. Correccional o de policía, contra sí mismo, su cónyuge o sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad”.

cargos o llegar a acuerdos con el fiscal para obtener rebajas punitivas²⁵.

El artículo 93 del Código, sobre los derechos de la persona imputada, asimila el imperativo supranacional que a la persona humana se le reconocerán todos los derechos establecidos en la Constitución Política, los tratados y convenios internacionales de derechos humanos ratificados por la República de Panamá y entre ellos “abstenerse a declarar sin que ello la perjudique o sea utilizado en su contra, o a declarar como medio de defensa en la audiencia del juicio oral” (numeral 6)²⁶.

Vale aquí traer a cita un extracto de jurisprudencia extranjera, en este caso de la Corte Constitucional colombiana, que en fallo C-621 de 1998, bajo la ponencia del entonces Magistrado José Gregorio Hernández, ya expresaba que el acusado “no debe demostrar su inocencia. Le es lícito, entonces, hacer o dejar de hacer; decir o dejar de decir todo aquello que tienda a mantener la presunción que el ordenamiento jurídico ha establecido en su favor. Y en esa actitud, que es justamente la que el debido proceso protege, le es permitido callar. Más aún, la Constitución le asegura que no puede ser obligado a hablar si hacerlo puede verse personalmente comprometido, confesar o incriminar a sus allegados”.

²⁵ CANO JARAMILLO, Carlos Arturo. **Procedimiento Penal Acusatorio, Oralidad, Debate y Argumentación**. Bogotá (Colombia): Ediciones Jurídicas Andrés Morales, 2013, p. 244

²⁶ Artículo 93. Derechos de la persona imputada. A la persona imputada se le asegurarán todos los derechos establecidos en la Constitución Política, los tratados y convenios internacionales de derechos humanos ratificados por la República de Panamá y las leyes, desde el acto inicial del procedimiento dirigido en su contra hasta la conclusión del proceso. Entre ellos, los siguientes:
(...)

6. Abstenerse de declarar sin que ello la perjudique o sea utilizado en su contra, o a declarar como medio de defensa en la audiencia del juicio oral... (...).

De lo expuesto resulta, entonces, que el silencio constituye un medio de defensa válido, en cuando sea una estrategia defensiva; porque la defensa técnica debe estimar si de esta manera logra una estrategia defensiva más eficaz a los intereses de la causa que defiende, porque si se trata de silencio a causa de negligencia por falta de aplicación, entonces, se configura una falta de defensa y es causal de nulidad del proceso por violación del derecho fundamental a la defensa en juicio.

En efecto, desde el análisis constitucional principalista, el silencio del abogado defensor no vulnera los derechos del sindicado, siempre y cuando ese silencio se ampare en el derecho a guardar silencio del acusado y constituya una posición táctica o estratégica de la defensa ejercida con el propósito de conservar y defender los intereses del acusado; empero, no obstante, por el contrario, el silencio que deriva de la absoluta pasividad del abogado como negligencia por falta de aplicación o abandono inexcusable (Art. 105) sí configura una violación del derecho a la defensa técnica real y efectiva²⁷.

He aquí porqué hoy el operador de justicia no puede ser ignorante de la interpretación constitucional ni de la interpretación convencional y el acatamiento a los precedentes vinculantes contenidos en los fallos de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos; porque hoy la función de administrar justicia alcanza al

²⁷ En la tutela jurisdiccional del derecho fundamental a guardar silencio del acusado la Corte Constitucional colombiana, por ejemplo, ha sido reiterativa en la protección de ese derecho como táctica defensiva, pero no así como negligencia por falta de aplicación que configura la pasividad absoluta del abogado; véase las sentencias T-654 de 1998, con la ponencia de Eduardo Cifuentes Muñoz; T-776 de 1998, con la ponencia de Alfredo Beltrán Sierra; T-028 de 2005, con la ponencia de Clara Inés Vargas Hernández; T-066, T-068, T-106 de 2005, con las ponencias de Rodrigo Escobar Gil; T-962 de 2007, con la ponencia de Clara Inés Vargas Hernández; T-737 de 2007, con la ponencia de Jaime Córdova Triviño.

control constitucional y al control difuso de convencionalidad; y es que el operador de justicia tiene que examinar en cada caso particular el ejercicio del silencio por parte de la defensa, y no simplemente a la fórmula de la regla legal, porque, en efecto, el silencio, junto con la pasividad del litigante, no siempre constituye vicios que vulneran el derecho a la defensa.

En la práctica judicial se presentan casos en los cuales, por razones tácticas y estratégicas, es mejor optar por acogerse al derecho del acusado de guardar silencio y dejar en manos del Estado toda la carga probatoria, pues el Estado está obligado a probar la culpabilidad más allá de la duda razonable, porque la duda favorece al acusado; y, en efecto, hay casos en que la verdad puede estar detrás de una zona gris, y la defensa del acusado puede encontrarse en la encrucijada o la situación que la prueba que pida pueda perjudicar sus propios intereses; es frente a estos casos en que la defensa podrá optar por no presentar la teoría del caso.

Ejemplos:

- Llegado al acto de audiencia del juicio oral y público, en donde ya se ha cumplido la fase de investigación y se han dado las comunicaciones entre acusación y defensa, y los momentos procesales de negociación, la defensa no está obligada a llegar al acto de audiencia a aclarar las dudas de la investigación de la fiscalía; por lo que no presentar una teoría del caso puede

constituir un recurso estratégico basado en el derecho del acusado a guardar silencio y no afectar su situación jurídica.

- Si la presentación de la teoría del caso es, en efecto, una declaración inicial en la que se presenta una hipótesis fáctica, una teorización jurídica y el anuncio de pruebas, ello implica, en consecuencia, que de esa declaración inicial se pueden deducir situaciones jurídicas que afectarán la presunción de inocencia del acusado, por lo que guardar un estratégico silencio impedirá la deducción de situaciones agravantes en la posición jurídica de la defensa.
- Cuando el juicio tenga una prueba angular en torno a la cual girará el debate probatorio, pero no se tenga certeza sobre el desarrollo que tendrá la práctica de esa prueba, entonces, el silencio táctico manifestado en la no presentación de la teoría del caso puede ser una estrategia conveniente para la defensa del acusado.

El abogado defensor al no hacer uso del derecho a presentar una teoría del caso debe tener presente que su pasividad amparada en el derecho del acusado a guardar silencio opera siempre y cuando no implique un caso de negligencia por falta de aplicación o abandono de la defensa, porque la negligencia por falta de aplicación manifestado en el abandono inexcusable de la defensa conlleva no sólo a la nulidad del proceso por violación del derecho fundamental a la defensa técnica, sino a la imposición de las sanciones de naturaleza disciplinaria conforme al artículo 105 del Código.

CAPITULO II

LA INDAGACIÓN DE LA VERDAD MEDIANTE EL INTERROGATORIO Y CONTRAINTERROGATORIO DE TESTIGOS

1. MARCO CONCEPTUAL.

El cambio del modelo de enjuiciamiento inquisitivo escrito al modelo acusatorio oral tiene como escenario transformador la producción, adversariedad y argumentación de la prueba; en este sentido el cambio en la función que juega la prueba bajo el proceso penal acusatorio, oral, público, adversarial y concentrado está en la manera estratégica como se practica la prueba durante el juicio.

Durante todo el proceso de evolución de los mecanismos de indagación sobre la búsqueda de la verdad, que va de la verdad entre particulares a la verdad pública y que alcanza a la búsqueda de la verdad en la justicia penal, el eslabón es la prueba y en particular la prueba testimonial.

En efecto, la indagación tuvo un doble origen: un origen administrativo ligado al surgimiento del Estado en la época carolingia y un origen religioso, eclesiástico, que se hace presente durante toda la Edad Media.

Hoy, el proceso transformador del Estado de la segunda posguerra que ha transformado, desde la filosofía, no sólo la teoría política sino, también, las teorías constitucionales y jurídicas ha producido efectos directos sobre el modelo de justicia en el Estado constitucional contemporáneo; y uno de esos efectos transformadores

ha sido la evolución de la justicia inquisitiva, escrita y autoritaria a la justicia acusatoria, oral, adversarial y concentrada, en donde la aducción y práctica de la prueba oral, con la intervención directa de las partes, es el fundamento legitimador del nuevo modelo de juicio público y oral al amparo y tutela de la efectiva protección de los derechos fundamentales.

Hoy se establece una correlación directa entre el modelo de administración de justicia y el modelo democrático del Estado constitucional; porque al proclamarse el Estado garantista se entiende que hay mayor o menor democracia en la medida en que se tutelan los derechos humanos y fundamentales de los ciudadanos en el proceso judicial; y es que el operador de justicia de hoy debe entender que con el nuevo orden internacional que se inició con las primeras declaraciones de derechos por la ONU, en 1945, y que influyó directamente en la creación de las jurisdicciones internacionales de protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos indistintamente del Estado, ya justicia ya no sólo responde a un modelo de justicia codificada sino a los modelos de justicia internacional que hoy imponen sus controles aún en contra de la voluntad de los poderes Legislativos, Ejecutivos y Judiciales; y es que razón tenía Norberto Bobbio cuando ya desde 1984 decía que el futuro de la democracia está no sólo en la ampliación de los Estados democráticos, sino también y sobre todo en el proseguir el proceso de democratización del sistema internacional²⁸.

²⁸ BOBBIO, Norberto. *El Futuro de la Democracia*. 3ra Edición, 4ta Reimpresión; México: Fondo de Cultura Económica, 2001, p. 13.

2. MARCO TEÓRICO.

Desde su origen el procedimiento de indagación fue utilizado por el Procurador del Rey, como manifestación de la justicia monárquica, en la averiguación de las primeras formas de delito que implicaba no sólo una reparación entre particulares, sino también una ofensa al Rey, a la ley; y se valió del propósito de llamar, directamente, a las personas que podían declarar bajo juramento lo que vieron y, de ser posible, reconstruir por medio de ellas lo que realmente sucedió.

Con razón dice Foucault que si se consigue reunir efectivamente a las personas que pueden garantizar bajo juramento que vieron, si es posible establecer por medio de ellas que algo sucedió realmente, podrá obtenerse indirectamente, a través de la indagación y por medio de las personas que saben, el equivalente al delito flagrante. Entonces se podrán tratar gestos, actos, delitos, crímenes, que no están ya en el campo de la actualidad, como si fuesen delitos flagrantes. Se logra así una nueva manera de prorrogar la actualidad, al saber, como si aún estuviese presente. Esta inserción del procedimiento de indagación reactualizado, haciendo presente, sensible, inmediato, verdadero, lo ocurrido, como si lo estuviésemos presenciando, constituye un descubrimiento capital²⁹.

Aparte de las formas propias de los métodos y técnicas de interrogatorio, en el proceso penal la búsqueda de la verdad está limitada por el cumplimiento y tutela de los derechos fundamentales basados en el respeto de garantías protectoras de los derechos

²⁹ FOUCAULT, Michel. *La Verdad y Las Formas Jurídicas*. Barcelona (España): Editorial Gedisa, 2008, p. 85

humanos y fundamentales reconocidos en los textos constitucionales, tratados y convenios internacionales³⁰.

El proceso penal se ocupa de una realidad ya vivida y, en ese sentido, de hechos históricos, hechos que ya están en el pasado, hechos póstumos, hechos cuya verdad existencial sólo es posible reconstruirla³¹; por lo que se recurre a métodos y técnicas de comprobación y verificación científicamente aceptadas.

La prueba judicial nació con el testimonio y desde los primeros momentos de la transición de la indagación sobre la verdad entre particulares a la verdad pública, teniendo como fundamento la prueba de testigos, la credibilidad de un testigo no es una verdad tautológica y que al decir de Muñoz Conde es algo que admite discrepancias respecto a su valoración que, en última instancia, es el resultado de la experiencia, de conocimiento psicológico, de factores personales y profesionales, del nivel intelectual o moral del testigo; todo ello valorado por el juzgador en un determinado contexto, teniendo en cuenta también las declaraciones de otros testigos, la corroboración de sus declaraciones por otras fuentes de información³².

CAPITULO III **EL INTERROGATORIO DIRECTO Y EL INTERROGATORIO RE-DIRECTO**

1. MARCO JURÍDICO.

³⁰ MUÑOZ CONDE, Francisco. *La Búsqueda de la Verdad en el Proceso Penal*. Buenos Aires (Argentina): Editorial Hammurabi, 2007, p. 113.

³¹ CALVO GONZÁLEZ, José. “*La verdad de la verdad jurídica. Construcción y régimen narrativo*”, en la “*Revista Internazionale di Diritto*”, Giuffré, Milán, 1999, p. 29

³² MUÑOZ CONDE, Francisco. Ob. Cit., p. 115

En el proceso acusatorio, la prueba se presenta al juicio, por regla, mediante el interrogatorio directo; de allí que se imponga el deber de comparecencia al juicio de quien es llamado como testigo, que al decir del artículo 387 del Código, sobre el deber de declarar, establece que toda persona tendrá la obligación de concurrir al llamamiento judicial y declarar la verdad de cuanto conozca y le sea preguntado, salvo las excepciones establecidas por ley. No podrá ocultar hechos, circunstancias o elementos relacionados con la investigación.

El testigo no tendrá la obligación de declarar sobre hechos que le puedan acarrear responsabilidad penal (art. 387)

De acuerdo con el Código de Procedimiento (Ley 63 de 2008), toda persona está obligada a rendir, bajo juramento³³, el testimonio que se le solicite en el juicio oral y público o, excepcionalmente, como prueba anticipada en los actos de investigación (art. 319, 320).

En el marco de la litigación oral en el proceso penal acusatorio, el interrogatorio directo es realizado por la parte litigante que aduce y presenta el testigo con el propósito de aportar pruebas para sustentar su teoría del caso; de allí que según el artículo 398, sobre el

³³ Vale tener en cuenta el texto del artículo 391, sobre el testimonio de menores y personas vulnerables, que refiere a que cuando deba recibirse testimonio de menores de edad o de otras personas que se encuentren en circunstancias especiales de vulnerabilidad, el Fiscal o el Tribunal, según el caso, podrá disponer su recepción en privado y con el auxilio de familiares o peritos especializados.

En estos casos se procurará obtener grabación o videofilmación íntegra del testimonio para su exhibición en el debate.

Cuando proceda, se dispondrá lo necesario para que la recepción de estos testimonios se realice en una sala debidamente acondicionada, que permita el control de la diligencia por la persona imputada y su defensor.

En caso de personas que no puedan expresarse fácilmente en español o que adolezcan de algún impedimento manifiesto, se pueden disponer las medidas necesarias para que el interrogado sea asistido por un intérprete o traductor o se exprese por escrito o de la forma que facilite la realización de la diligencia.

interrogatorio, dice que los testigos serán interrogados por las partes, iniciando la que adujo el testimonio, y luego por la contraparte³⁴. Las preguntas pueden ser formuladas de manera amplia, pero relacionadas con el proceso sin hacerles sugerencias, ofrecerles las respuestas o presionarlos. Serán examinados por separado y entre ellos no debe existir ningún tipo de comunicación durante el desarrollo de esta diligencia.

Mediante la práctica del testimonio directo se debe proporcionar al tribunal de juicio una descripción de los eventos, de manera que se cumpla con la promesa del principio de inmediación y el juzgador pueda percibir del mismo testigo los pormenores de la descripción de los hechos.

En el interrogatorio directo el centro de atención debe ser el testigo y no el abogado que interroga; porque, en efecto, el interrogatorio permite que el testigo sea el centro de atención y, en definitiva, es a él a quien el tribunal le creerá o no y no al abogado. El testigo será recordado por la manera y el contenido de su testimonio, no porque las preguntas que se le hayan hecho hayan sido brillantes³⁵.

La importancia de un buen interrogatorio está en lograr presentar al tribunal o juzgador la prueba testimonial, valiéndonos de un inteligente y eficaz ejercicio de la persuasión, lo que constituye, a la vez, elementos de valoración de la prueba por parte del tribunal o juez: porque se presenta ante el decisor la acreditación del testigo, la fe

³⁴ En concordancia con el artículo 398 se debe atender al Artículo 399. Contrainterrogatorio. Después de que el testigo o perito haya declarado puede ser contrainterrogado por la parte contraria.

A solicitud fundada de una de las partes el Tribunal podrá autorizar un nuevo interrogatorio de los testigos o peritos que hubieran sido contrainterrogado

³⁵ **SOLÓRZANO GARAVITO**, Carlos Roberto. *Sistema Acusatorio y Técnicas del Juicio Oral*. Bogotá (Colombia): Ediciones Nueva Jurídica, p. 153.

sobre el estado de sanidad de los sentidos por los cuales percibió los hechos objeto de su declaración, el proceso de reconstrucción memorística, el comportamiento, la manera y particularidades de sus respuestas y sus atributos de personalidad³⁶.

2. CARACTERÍSTICAS DEL INTERROGATORIO DIRECTO.

La doctrina sobre litigación oral es coincidente en señalar que hay ciertos elementos que el litigante no puede omitir para que el interrogatorio directo sea exitoso³⁷.

Vale traer a cita el texto del artículo 397 del Código, que nos habla de las reglas sobre el testimonio, y nos dice que quien preside moderará el interrogatorio, evitará que el declarante conteste preguntas capciosas, sugestivas o impertinentes y procurará que el interrogatorio se conduzca sin presiones indebidas y sin ofender la dignidad de las personas.

De allí, entonces, que hay elementos caracterizadores que se identifican en el ejercicio técnico del interrogatorio directo.

2.1. La sencillez.

³⁶ Vale aquí tomar en cuenta el texto del artículo 380, sobre apreciación de la prueba, el cual nos dice que los jueces apreciarán cada uno de los elementos de prueba de acuerdo con la sana crítica. La apreciación no podrá contradecir las reglas de lógica, las máximas de la experiencia o los conocimientos científicos. El Tribunal formará su convicción de la valoración conjunta y armónica de toda la prueba producida. Cuando el juicio se realice por Jurados, estos apreciarán la prueba de acuerdo con su íntima convicción.

³⁷ **SOLÓRZANO GARAVITO**, Carlos Roberto. **Ob. cit.**, pp. 170-186.

El interrogatorio directo debe ser sencillo, permitiendo que la atención se centre en el testigo. El lenguaje que se utiliza debe ser sencillo y descriptivo, porque debe permitir recrear el escenario de lo ocurrido en la mente de los jueces y las partes; y en este sentido, el lenguaje sencillo y corriente tendrá más poder persuasivo que el uso de términos técnicos, jurídicos o complicados que distraerán la atención hacia el interrogador y no hacia el testigo.

2.2. La brevedad.

La brevedad en la pregunta unida a la sencillez, generalmente, son características que llevan al éxito de un buen interrogatorio directo.

2.3. Exposición del punto crítico del testimonio.

El interrogador debe procurar llegar a la parte crítica del testimonio por la vía más sencilla, breve y rápida posible; luego dedicarse a mostrar los complementos de la cuestión crítica del testimonio y de esa manera se permite que el tribunal de juicio asimile el testimonio³⁸.

2.4. El ritmo.

Además de actuar con sencillez, brevedad y de identificar el punto crítico del testimonio se deben tener en cuenta el ritmo y la

³⁸ No obstante, en éste sentido habrá quien diga que es mejor el suspenso y tejer el testimonio de manera que el punto crítico sea el final del testimonio...cuidado!...Que se está trabajando con las pasiones humanas y un error producto de la emoción o la intensidad puede llevar a lo inocuo y el interrogador ya no tendrá tiempo para corregir el error y perdió el testigo y la causa.

intensidad del testimonio al momento de recrear los eventos ocurridos. De lo que se trata es de lograr que la recreación de los eventos y hechos objeto del debate se lleven a cabo al ritmo adecuado para su entendimiento y de manera que el tribunal de juicio y las partes puedan visualizar los hechos y reconstruirlos de acuerdo a la descripción que haga el testigo. No obstante, tampoco se quiere que la conducción del interrogatorio pierda dinamismo o intensidad, porque entonces se produciría un efecto nocivo en que se podría perder la atención del tribunal de juicio o jueces y las partes intervenientes. La conducción del interrogatorio debe llevar a ser selectivo de los momentos del interrogatorio en los que es prudente detenerse y hacer algún énfasis y llevar a una descripción más lenta, pero también estar atento a los momentos en que se puede aumentar el ritmo y producir un interrogatorio más dinámico³⁹.

2.5. La actitud del litigante.

El que interroga debe ser, en efecto, un profesional apasionado en el ejercicio de su profesión; pero, también, debe procurar total autocontrol de sí mismo en la orientación del interrogatorio en la audiencia. Estamos de acuerdo en que debe ser “sosegado, ha de reflejar serenidad, frialdad en el interrogatorio, dominio y control de la situación...”⁴⁰. Los elementos de experiencia aquí son importantes, por

³⁹ <http://criminaldefense.homestead.com/direct.html> consulta: septiembre 20 de 2010.

⁴⁰ PABÓN PARRA, Pedro Alfonso. **Oralidad, Testimonio, Interrogatorio y Contrainterrogatorios en el Proceso Penal Acusatorio**. 1ra edición; Medellín (Colombia): Librería Editorial Jurídica Sánchez, 2005, p. 303.

ejemplo, la manera como el litigante modula el tono de la voz de acuerdo con las circunstancias del caso, en efecto, es un elemento que constituye una herramienta clave para lograr control⁴¹.

3. PREPARACIÓN DEL INTERROGATORIO DIRECTO.

En la justicia inquisitiva el interrogatorio es un ejercicio de poder, en la que se manifiesta, en toda su dimensión, el ejercicio del poder del fiscal o del juez, dependiendo del escenario en el que se declara, y el testimonio se rinde, inicialmente, ante el funcionario de instrucción, y el testimonio se recoge por escrito para su posterior valoración; pero en el proceso penal acusatorio, el testimonio se rinde de manera oral, pública y se sujeta a la adversariedad en virtud del interrogatorio directo, contrainterrogatorio, interrogatorio re-directo y recontra-interrogatorio, para su valoración.

La preparación del interrogatorio directo implica, entonces, en el proceso penal acusatorio, una cuestión de estrategia en la planificación del litigante frente a los testigos que llamará a la audiencia de juicio oral y las preguntas que les dirigirá en la audiencia misma del juicio oral.

La preparación del testigo para la audiencia oral no es una cuestión de conflicto moral ni ético, es una cuestión de estrategia natural al proceso acusatorio oral, público y adversarial y debe verse como parte de la estructura del debido proceso probatorio del proceso penal en la que los litigantes no sólo exponen su teoría del caso sino

⁴¹ Sobre la “vertiente lingüística” y la “vertiente actoral” en el juicio oral ver: LEÓN PARADA, Víctor Orielson. Al ABC del Nuevo Sistema Penal Acusatorio. El Juicio Oral. Bogotá (Colombia): Ecoe Ediciones, 2005, pp. 123–155.

que al ser la teoría del caso una exposición de contenido fáctico, entonces es, en efecto, una cuestión estratégica, así como la preparación que haga con cada uno de dichos testigos antes del juicio.

3.1. La táctica de “un testigo para un propósito”.

Debemos partir del hecho incontrovertible que el interrogatorio directo es la oportunidad procesal para que el litigante pruebe, mediante la aducción y práctica testimonial, la versión fáctica de su caso, esto es que pruebe las proposiciones fácticas de su teoría del caso.

La estrategia de litigación oral que debe plantear el litigante empieza por la sustentación de la teoría del caso y, de tal manera, la exposición de los supuestos fácticos que sustentan su teoría del caso y que anuncia su comprobación mediante la aportación de testigos. Si ello es así, y como en efecto lo es, es indispensable que por estrategia de litigación, la parte litigante no llame a declarar a un testigo sin un propósito de verificación fáctica en torno a la teoría del caso planteada; ello lleva, en un sentido lógico a exponer que el litigante debe evitar un interrogatorio sin propósito.

De lo que se trata es que debe haber un propósito claramente fáctico en pedir la comparecencia de un testigo a interrogatorio, de lo contrario se corre el riesgo de producir un debate por objeción de irrelevancia⁴².

⁴² *Ibid.*

Esta línea orientadora nos lleva a entender el sentido práctico de un testigo para un propósito; y en este sentido la preparación y adecuación de los testigos a las proposiciones fácticas de la teoría del caso es la clave para identificar los interrogatorios conducentes y relevantes de los inconducentes e irrelevantes; de allí que el litigante deba adecuar los testimonios a los elementos fácticos de su teoría del caso, y para tal sentido debe preguntarse ¿qué aspectos de mi teoría del caso debo probar con el interrogatorio directo de cada testimonio?

Bajo esta orientación, el litigante debería hacerse la siguiente pregunta: ¿Para qué me sirve este testigo y qué quiero establecer con su testimonio?

4. LA AGENDA TESTIMONIAL.

4.1. Concepto.

Si la teoría del caso está basada en proposiciones fácticas que deben ser comprobadas en el juicio oral, entonces, éstas deben ser verificadas por los testigos; ello nos lleva, indefectiblemente, a elaborar una agenda testimonial.

La agenda testimonial es la programación estratégica que se elabora dándole un orden secuencial a la presentación de testigos conforme a la teoría del caso que se haya planteado.

4.2. El propósito de la agenda testimonial.

El propósito de la agenda testimonial es establecer un orden estratégico para el llamado de los testigos a rendir declaración en unidad con la sustentación fáctica de la teoría del caso.

En efecto, el litigante debe preguntarse ¿en qué orden llamaré a los testigos en el juicio?⁴³ Es el litigante (representante del Ministerio Público, querellante o defensor) quien decide el orden de sus testigos atendiendo, en lo posible, a comprobar el orden fáctico de la teoría del caso.

En este sentido, la estrategia estará definida, primero, por la elaboración y sustentación de la teoría del caso y, segundo, por el orden en que sean llamados los testigos para sustentar las proposiciones fácticas de esa teoría del caso. Toca decidir si pone a los mejores testigos de primeras, o si prefiere cerrar los interrogatorios con los testigos más fuertes para probar su caso.

Hay aquí una consideración importante, y es que la parte acusadora suele llamar a los testigos en el orden que le permitirá contar la versión de los hechos de manera cronológica; ello tiene una explicación y es que es la parte acusadora a la que le corresponde presentar el caso al tribunal de juicio de manera histórica para el mejor entendimiento; de lo contrario, mediante una estrategia distinta, se corre el riesgo de que su caso no sea comprendido, en su justa dimensión, por el tribunal de juicio.

La defensa puede optar por la misma estrategia o preferir ordenar los testigos según el tema⁴⁴, atendiendo a explicar sobre la

⁴³ Direct examination III, criminal cases, 2000: <http://criminaldefense.homestead.com/direct.html>, consulta: octubre 3 de 20101.

⁴⁴ *Ibid.*

escena del crimen, el cuerpo del delito o hecho punible, las heridas de la víctima, el arma del delito, la relación del acusado con la víctima, las relaciones del acusado con otros sujetos de la investigación, etc.; y es que esa libertad de elección deriva de que la parte acusadora ya presentó el caso al tribunal y la defensa puede planificar su estrategia de litigación dependiendo el enfoque que le quiera dar a su defensa.

Según la estrategia que se establezca, el litigante puede ordenar los testigos atendiendo a los elementos fácticos principales sobre los que desea trabajar y que requieran demostración en su teoría del caso.

4.2.1. Tres ejemplos prácticos.

Establecer el orden de los testigos de acuerdo con los elementos fácticos principales de la teoría del caso:

A) Ordenar los testimonios y el interrogatorio en función de sustraer al acusado del lugar de los hechos:

1. Establecer por vía de testimonio que el acusado entró a su casa antes de la hora en que ocurrieron los hechos.
2. Establecer por vía de testimonio que una persona estuvo con el acusado cenando en un restaurante y lo dejó en su casa antes de la hora en que ocurrieron los hechos.
3. Testigo que habló por teléfono con el acusado cuando este llegó a su casa cerca de hora en que ocurrieron los hechos.

B) El acusado no tiene ninguna necesidad de hurtar dinero:

4. *Testigo de acreditación que de fe de sus altos ingresos económicos del acusado (funcionario del Banco donde deposita su dinero o su consejero de inversión que sirva de medio de prueba para acreditar la solvencia económica del acusado).*
5. Testigo de credibilidad que de fe de la honestidad e integridad del acusado.

C) La víctima del hurto odia al acusado y quiere culparlo de un delito que no cometió:

6. Testigo de referencia que conocía de las malas relaciones entre el acusador y el acusado, y de los actos hostiles del acusado contra el acusado.
7. Testigo de actos hostiles del acusador contra el acusado. .

5. EL SENTIDO PRÁCTICO ESTRATÉGICO DEL INTERROGATORIO DIRECTO.

El litigante debe estar claro que el sentido práctico estratégico del interrogatorio directo puede centrarse en un momento puntual y

relevante, o puede extenderse a los tres momentos temporales de un hecho: el antes, el durante y el después⁴⁵.

El sentido práctico estratégico del testimonio, entonces, radica en tener claro cuál de los momentos le conviene abordar con el testigo.

Si el interrogatorio oral forma parte del programa estratégico de conjunto, como en efecto así es, entonces, el litigante desde cualquier posición que implique su ejercicio litigioso, debe ser consciente de las preguntas que no le conviene hacer durante su interrogatorio⁴⁶, pues en todo caso los litigantes atendiendo a la representación que ostentan tienen sus competencias en la audiencia y en los interrogatorios: Interrogatorio directo vs contra-interrogatorio; interrogatorio re-directo vs re-contrainterrogatorio.

El litigante debe saber que tiene en manos el ejercicio de un interrogatorio técnico y, por lo tanto, ser consciente que luego de su intervención la contra parte también tiene derecho conforme a la práctica de la oralidad adversarial y que por tal razón, debe cuidar los efectos de su interrogatorio y hallazgos tanto para su causa como para la causa contraria. De allí que el litigante debe cuidarse de aquellas preguntas que piden detalles irrelevantes y, sobre todo, debe cuidarse de hacer preguntas cuya respuesta brinde detalles que pueden ser contradichos por la contraparte; detalles que, por ejemplo, pongan en duda la acreditación del testigo o hechos que puedan abrir la puerta a la inadmisibilidad de evidencias, o a producir dudas sobre la evidencia a no ser que esa sea, precisamente, la estrategia.

⁴⁵ Ibíd.

⁴⁶ Ibíd.

Una habilidad admisible en el interrogatorio oral es que el litigante puede escribir las preguntas que desea incluir en el interrogatorio con cada testigo, de esta manera evita la improvisación innecesaria y se plantea un orden estratégico en el interrogatorio y así podrá verificar, de manera constante, que tiene las preguntas más relevantes y que no las pasará por alto a pesar de la tensión que pueda haber en la audiencia.

Ahora bien, no debe confundirse una habilidad con una práctica perniciosa; y es que el litigante debe cuidarse de utilizar la habilidad de tener por escrito las preguntas y valerse de ellas con discreción, pero no usar el cuestionario como un guion rígido en la audiencia de juicio oral que le produzca un efecto adverso. En ese sentido, no debe leer las preguntas y cuidarse de no distraer la mirada en el cuestionario cuando el testigo esté respondiendo, porque eso distrae la atención del Tribunal, Juez o auditorio. El litigante mismo con su actuar y gestos produce interés o desinterés en la causa que lleva; puede inducir a la atención o inducir a la desatención; es por ello que el interrogador debe ser el primer en prestar interés a la respuesta del testigo.

En el escenario de la audiencia oral el litigante debe tener bien claro que es un actor de reparto y a veces un primer actor, y en tal sentido debe actuar con naturalidad, para solicitar permiso al Tribunal o Juez para acercarse al testigo de tal manera que éste pueda consultar documentos necesarios⁴⁷ no como lectura pero si como ayuda memoria o referencias, y ese manejo hábil del escenario se

⁴⁷ Cuando se procede de esta manera se le permitirá a las demás partes el examen de dichas pruebas documentales.

convierte, entonces, en una estrategia para demostrar un interrogatorio interesante, espontáneo y bien planeado.

6. PREVENIR EL CONTRAINTERROGATORIO.

El atributo natural de un litigante es tener malicia y su eficacia radica en cultivar habilidades. El litigante no sólo debe trabajar de manera frontal en la planeación de un interrogatorio eficaz sino, también, en las opciones que tendrá la contraparte en su contrainterrogatorio.

¿Cómo puede el litigante planear su interrogatorio y, a la vez, protegerse contra el contrainterrogatorio del adversario? La manera más simple de exponer esta realidad es que el litigante debe poder anticipar preguntas en el contrainterrogatorio a su testigo. Una técnica eficaz es identifique las debilidades del testigo y de su testimonio.

Todas las personas tenemos virtudes y defectos, algunas veces operan a favor o en contra dependiendo el momento y las circunstancias: los nervios, las discapacidades, las emociones, las pasiones. Trabajar el interrogatorio con un testigo implica conocerlo y, en este sentido, el litigante puede ponerlas al descubierto si es que son muy evidentes, y hasta puede amortiguar las debilidades del testigo con otros testimonios u otra clase de pruebas que diluyan la debilidad o refuerzen el testimonio o eliminen una duda que pueda producir la debilidad del testigo.

En un giro osado, a veces resulta hasta útil atacar al propio testigo para mostrar la debilidad y trabajar con la debilidad hasta

convertirla en certeza y evitar así el ataque del contrainterrogatorio, pero esto debe ser un riesgo calculado.

7. LA TAREA DE PREPARACIÓN DEL INTERROGATORIO.

Lo primero que debe hacer el litigante es explicar al testigo la razón por la cual se le está llamando a testificar y el objeto puntual de su intervención en el juicio oral.

Lo primero que debemos exponer es que el litigante debe instruir al testigo en un ambiente formal, para introducirlo al ambiente judicial, preferiblemente en la oficina, para que el testigo se familiarice con el escenario en el que va a actuar⁴⁸, y hasta se simule un interrogatorio. Parte de la preparación del testigo radica en que éste pierda el temor al escenario judicial. Para éste propósito, el mismo litigante quien hará el interrogatorio debe interactuar con el testigo. Mediante la interacción con el testigo se le hará saber a éste la importancia de su intervención en la audiencia de juicio oral.

En el aspecto práctico del interrogatorio es recomendable familiarizar al testigo con la guía de preguntas que ha preparado para él y, claro, explicándole que será sujeto de contrainterrogatorio y qué puede esperar del contrainterrogatorio.

La preparación del interrogatorio tiene como propósito que el día del testimonio el testigo no se sienta introducido, de sorpresa, a un escenario desconocido que lo haga caer en pánico; porque la persona que no está acostumbrada a los estrados judiciales puede ser víctima del pánico como efecto de un ambiente tenso, hostil y litigioso.

⁴⁸ <http://criminaldefense.homestead.com/direct.html>, consulta: octubre 3 de 2010.

La preparación del testigo implica explicarle hasta qué tipo de preguntas le harán en el juicio; inclusive, no estaría de más explíquele al testigo cómo se conduce un juicio oral⁴⁹ y mencióñele las personas que estarán allí presentes y sus roles.

Es recomendable hacer ensayos del interrogatorio con el testigo, así se puede verificar la calidad y forma de sus respuestas. Cuando se trate de la declaración del acusado o acusador, es pertinente pedirle a otro colega de confianza que haga las veces de la contraparte en el contrainterrogatorio⁵⁰.

Se debe instruir al testigo para que piense bien la respuesta a cada pregunta durante unos segundos antes de contestar, de ésta manera el testigo antes de responder dejan el espacio, durante el contrainterrogatorio, para el caso en que el litigante pueda presentar las objeciones oportunas.

Hay que explicarle al testigo que en caso que no comprenda la pregunta es totalmente válido y aceptable manifestarlo así, sin que ello implique una cuestión de reproche, ni de ilegalidad ni vergüenza, de manera que el interrogador la repita de manera entendible o la simplifique.

⁴⁹ Es cuestión es aclarar al testigo las dudas que pueda tener en relación a su papel en la audiencia y evitar que los nervios hagan presa de él. Para ello, es prudente explicarle al testigo que a lo largo de la audiencia los testigos serán interrogados separadamente, de tal manera que no puedan escuchar las declaraciones de quienes les preceden. Vale atender, también, el caso cuando el testigo es la víctima, o la intervención del acusado cuando decide declarar, o qué hacer cuando un testigo o perito es solicitado por la defensa o la fiscalía y aclararle el rol que desempeñan en la preparación de la investigación, los casos en que podrán permanecer de manera ininterrumpida en la sala de audiencias y cuando no. Explicarle que serán llamados a declarar de acuerdo con el orden establecido por la parte que los haya solicitado. Explicar al testigo esos detalles le permitirá manejar las emociones en el momento en que deberán pasar al estrado a declarar. Explicarle que primero serán interrogados los testigos de la acusación y luego los de la defensa. Si es primera vez que declara en una audiencia puede ser pertinente hasta explicarle la ubicación de las partes en el salón de audiencia.

⁵⁰ <http://crirninaldefense.homestead.com/direct.html>, Consulta: octubre 3 de 2010.

La preparación del testigo debe estar orientada a que, precisamente, el testigo no se apasiones ni se deje afectar emocionalmente con el contrainterrogatorio⁵¹. Instruirlo para que en caso de empezar a perder el control, el testigo haga las pausas antes de responder y se tome su tiempo para el autocontrol. De lo que se trata es que el testigo debe mantenerse calmado, manteniendo el control de las emociones; en este sentido una preparación de interrogatorio eficaz se denota cuando el testigo se muestra más calmado que el contra-interrogador. Por el contrario el éxito de un contrainterrogatorio radica en hacer caer en crisis al testigo, y ello puede generar un impacto negativo ante el Tribunal, juez o auditorio. El testigo se debe instruido con los elementos probatorios que se van a utilizar para ilustrar mejor la versión de los hechos. Si el litigante tiene previsto proyectar imágenes por medio de video, fotos, dibujos, diapositivas, mapas, etc., entonces, hay que asegúrese que el testigo esté familiarizado con esos elementos y explicarle lo que se espera que él haga al momento de pedirle su intervención con alguno de esos elementos de prueba.

El empleo de elementos visuales resulta útil para imprimirle dinamismo al interrogatorio y permitirle al testigo contar su versión de los hechos de una manera fluida, lúdica, verás e ilustrativa, pero el testigo debe estar familiarizado y hasta instruido en la utilización del elemento.

Sobre lo expuesto antes, en torno a la preparación del testimonio y del testigo, cualquier persona lega en asuntos de juicios orales

⁵¹ Ibíd.

puede llegar a pensar que es ilegal, impropio o incorrecto; es por ello que hay que explicarle al testigo que la instrucción o la preparación que se le está dando no sólo es perfectamente válido sino, también, lícito y de práctica común, y hasta se le puede advertir que es posible que en la audiencia sea contrainterrogado sobre las personas con quienes se entrevistó antes de la audiencia y hasta si fui instruido en las cosas del tribunal y la audiencia y hasta quién lo instruyó; y que si se le presentan esas preguntas por vía del contrainterrogatorio puede responder con total libertad diciendo la verdad⁵².

8. HABILIDADES TÉCNICAS DE LITIGACIÓN ORAL EN EL INTERROGATORIO DIRECTO⁵³.

8.1. El uso de la técnica de la repetición.

La técnica de la repetición en el interrogatorio directo se toma del sistema norteamericano; y es que mediante la hábil técnica de la repetición el litigante busca resaltarle al juez los elementos más importantes que quiere demostrar valiéndose de la prueba testimonial en la audiencia.

El manejo hábil de la técnica de la repetición le permite al litigante relacionar la prueba testimonial con los demás elementos probatorios ya incorporados al juicio o que tenga programado incorporar y no dejar el testimonio como una prueba aislada sino unirla

⁵² **SOLÓRZANO GARAVITO**, Carlos Roberto. Ob. cit., p. 153

⁵³ **REYES MEDINA**, César. La Técnicas del Proceso Oral en el Sistema Penal Acusatorio Colombiano. Manual General para Operadores Jurídicos. 2da Edición; Bogotá (Colombia): USAID, 2009, PP• 156-158.

al caudal probatorio y que le servirá en la argumentación de su caso en la audiencia de juicio oral.

La técnica de la repetición tiene por propósito que la información introducida al juicio una segunda, tercera o las veces posibles, sea más evidente que la anterior⁵⁴ y que produzca un efecto de credibilidad y certeza en el ánimo del Tribunal, Juez o auditorio; con tal propósito la habilidad está en variar el formato por medio del cual se introduce la misma información. Se busca demostrar un aspecto importante de su defensa o acusación; así, por ejemplo, se puede hacer, primero, mediante testimonio; luego, mediante una prueba documental; y, más tarde, con un “exhibit” demostrativo⁵⁵.

Ahora bien, lo advertido en el párrafo anterior, como ejemplo, es sólo enunciativo y no excluye otras diversas maneras de introducir la técnica repetitiva, y es que en tal sentido no hay un modelo a seguir, dependerá de la estrategia que se planifique para repetir la información. Así, también, se puede introducir la repetición mediante dos o tres testimonios sucesivos, de manera que la repetición se haga evidente.

8.2. Preguntas de transición.

Una técnica importante en el interrogatorio, es el uso de preguntas de transición y de orientación que el litigante debe hacer al testigo en la secuencia de preguntas, de manera que en el contexto de la narración se pueda llevar al testigo de un tema a otro, o de un lugar

⁵⁴ Direct examination, en: [hp/www.triaLtheater.com/wordpress/category/directe-exarnination/](http://www.triaLtheater.com/wordpress/category/directe-exarnination/) consulta: octubre 29 de 2010.

⁵⁵ *Ibíd.*

a otro o de una fecha a otra sin distraer la atención del Tribunal de la cronología de los acontecimientos.

8.2.1. Tres ejemplos de preguntas de transición y reorientación.

Ejemplo 1.

Con la venia del Tribunal. Ahora quiero que vayamos de los sucesos de la noche del 20 de Mayo a lo que sucedió en la mañana del día siguiente. ¿Qué fue lo primero que hizo cuando se levantó aquel día 21 de Mayo?

Ejemplo 2.

Entiendo/ muy bien/ gracias. Ahora quiero que vayamos atrás en el tiempo. 15 años antes de lo ocurrido en el año 2009. Específicamente el año 1995. ¿Cómo era su relación con el acusado?

Ejemplo 3.

Con permiso del Tribunal...Señor Pedro Pablo... por favor, dejemos por ahora la cuestión relativa a las conversaciones que tenía usted con el Señor Luis Alberto... Y le pido que nos diga, ahora, si usted, en algún momento escuchó conversación entre el Señor Manuel Mario... y el Señor Luis Alberto... semanas antes del homicidio.

Esta técnica bien elaborada y expuesta con habilidad natural por el litigante es lo que permite la facilidad y fluidez de la declaración,

permitiendo resaltar los eventos importantes del testimonio de manera natural y sin provocar objeciones por razón del argumento adversarial de conducción o guía del testigo.

8.3. El interrogatorio frente a testigos hostiles.

No obstante la tarea de entrevistas previas con los testigos, ya en la audiencia puede ocurrir que el testigo niegue todo o conteste con evasivas a lo que ya le había comentado o explicado a la fiscalía o al abogado defensor en sus entrevistas previamente documentadas.

Una de esas posiciones de rebeldía en que puede caer un testigo en el acto de audiencia se denomina “testigo hostil”; y se manifiesta por la reticencia del testigo en responder al interrogador.

En efecto, la “hostilidad” del testigo se manifiesta en la aptitud de no responder a la preguntas del interrogador o de responder con evasivas o cambiar la versión expuesta en la entrevista previa, entonces, el litigante puede solicitar al Tribunal o Juez su intervención para conseguir que el testigo responda la pregunta que le han formulado o que lo haga de manera clara y precisa.

Mediante el tratamiento de “testigo hostil” no se trata ni de intimidar ni coaccionar al testigo sino que cumpla con su deber de declarar.

En este sentido el artículo 403 del Código, que se refiere a la continuidad e integridad del testimonio, expone que el testigo no será interrumpido en sus respuestas y se recogerán como él las diga, y deberá responder por sí mismo de palabra sin utilizar ningún borrador. Sin embargo, el Juez podrá, de oficio o a solicitud de parte, cuando

advierta que el testigo se aparta de lo preguntado, requerirlo para que su respuesta se concrete a la pregunta o repregunta formulada.

Otra manera de proceder contra el testigo hostil es que el litigante puede impugnar la credibilidad del testigo⁵⁶. La impugnación de credibilidad se puede proponer ya sea al inicio de sus respuestas evasivas u hostiles para impedir afirmaciones dañinas a su caso, o ya sea al final para desacreditar al testigo y con ello la totalidad de su testimonio.

8.4. Acreditación del testigo.

8.4.1. Definición.

La acreditación del testigo es, por lo general, el momento inicial del testimonio, mediante el cual el litigante debe procurar establecer los créditos y características personales, profesionales o circunstanciales de la persona que la hacen merecedora de credibilidad ante el Tribunal, Juez o auditorio, para rendir declaración testimonial en la audiencia que se ventila.

8.4.2. El propósito de la acreditación.

La acreditación tiene como propósito identificar y habilitar el testigo frente al Tribunal de audiencia, esto es individualizarlo en su persona y legitimarlo en su comparecencia en el acto de audiencia.

⁵⁶ Ver PABÓN PARRA, Pedro Alfonso. Ob. cit., p. 174.

En palabras de Fontanet Maldonado, se trata de “humanizar al testigo frente al juzgador”⁵⁷; porque consiste en la oportunidad que tiene el litigante para establecer la calidad de la persona y hasta sus cualidades de ser humano, ciudadano, profesional, miembro de familia, empresario, científico, etc⁵⁸.; y con razón dice Fontanet que la acreditación de un testigo dependerá grandemente del tipo de testigo y del caso que se esté ventilando; porque en algunos casos la acreditación deberá ser rigurosa, mientras que en otros casos bastará con unas meras preguntas que lo identifiquen⁵⁹.

Tomamos de Fontanet el ejemplo de un caso de robo y la acreditación de un testigo de profesión contable (que a la vez es el perjudicado) pero que no conoce al acusado, ni existe ningún tipo de relación entre uno y el otro, por lo que no será necesaria una acreditación extensa:

Ejemplo:

- Fiscal: Por favor en voz alta y clara diga su nombre.
- Testigo: Mi nombre es Pedro González.
- Fiscal: Testigo, ¿a qué usted se dedica?
- Testigo: Soy contable.
- Fiscal: ¿Cuál es su estado civil?
- Testigo: Soy casado.
- Fiscal: ¿Tiene hijos?

⁵⁷ FONTANET MALDONADO, Julio E. **Principios y Técnicas de la Práctica Forense**. San Juan de Puerto Rico: Jurídica Editores, 2010, p. 69.

⁵⁸ Cuando hablamos de humanizar al testigo frente al juzgador lo que se quiere decir es que el proponente, el litigante que va a realizar el interrogatorio directo, debe identificarlo como persona, con su nombre, profesión u oficio, vida familiar, etc.

⁵⁹ **Ídem**.

-Testigo: Tengo tres, dos nenas y un nene.

Debemos anotar con Fontanet que, en efecto, las preguntas del fiscal están dirigidas, fundamentalmente, a identificar al testigo y presentarlo como un padre de familia; y es porque el tipo de caso y las particularidades del testigo no ameritan una acreditación más exigente porque ni el carácter ni las posibles motivaciones del testigo están en controversia. Pero, claro, distinto es el caso en que una afectada por el delito de violación esté testificando y de los hechos surge que conocía al acusado previamente y que tenía una relación afectiva. En este caso el fiscal tendrá que hacer una acreditación rigurosa de manera que fortalezca la presencia del testigo frente al juzgador, en vista de que se espera un contrainterrogatorio incisivo en relación a esas relaciones afectivas previas.

Ejemplo:

-Fiscal: Testigo, su nombre.

-Testigo: Lisa Soler.

-Fiscal: ¿Doña Lisa a qué usted se dedica?

-Testigo: Soy secretaria.

-Fiscal: ¿Su estado civil?

-Testigo: Soy soltera por divorcio.

-Fiscal: ¿En donde trabaja?

-Testigo: Trabajo en el bufete de abogados Pérez y Pérez.

-Fiscal: ¿Cuáles son sus funciones allí?

-Testigo: Preparo memorandos, archivo documentos en los expedientes y hago todo tipo de trabajo legal relacionado.

-Fiscal: ¿Desde cuándo labora allí?

-Testigo: Hace como cinco años.

-Fiscal: ¿Dónde había trabajado antes?

-Testigo: Este es mi primer trabajo a tiempo completo, hace cinco años que me gradué de un bachillerato en ciencias secretariales en la universidad interamericana. Previo a ello, había trabajado a tiempo parcial para ayudar a pagarme los estudios y colaborar con mi madre.

En este otro contexto, siguiendo a Fontanet⁶⁰, puede percibirse que el fiscal modifica cualitativa y cuantitativamente las preguntas; y se evidencia que el fiscal quiere que el tribunal de juicio o juzgador conozca más sobre la testigo, en torno a que es una mujer trabajadora, estudiosa y que incluso había contribuido con los gastos del hogar mientras estudiaba; cualidades que, definitivamente, son aprovechables en un interrogatorio directo, previendo que también van a ser examinadas por el contra-interrogador.

Vale anotar que en la práctica, la acreditación del testigo constituye una excelente estrategia frente a testigos que se encuentren nerviosos o afectados por el miedo escénico; y es que al momento de la acreditación el litigante tiene la libertad de hacer preguntas aisladas del tema principal del interrogatorio. Es un momento para adaptar al testigo con preguntas que le permitan familiarizarse con el escenario extraño al que ha sido llamado y para

⁶⁰ Ídem.

que gane más confiado y hacerlo sentir lo más a gusto posible atendiendo a las circunstancias⁶¹.

8.4.3. Prohibición de preguntas capciosas, sugestivas o impertinentes.

El artículo 397 del Código se refiere a las reglas sobre el testimonio y dice que quien preside moderará el interrogatorio, evitará que el declarante conteste preguntas capciosas, sugestivas o impertinentes y procurará que el interrogatorio se conduzca sin presiones indebidas y sin ofender la dignidad de las personas.

En el interrogatorio directo, entonces, es de reglas evitar las preguntas capciosas, sugestivas o impertinentes, porque afectan la integridad del testimonio.

Las preguntas capciosas son aquellas que se hacen para confundir al testigo; o son aquellas en que se pone al testigo en una encrucijada de doble sentido en que cualquier respuesta puede incriminarlo o hacer incriminar a alguien y ello atenta contra la objetividad.

Las preguntas sugestivas en el interrogatorio directo son aquellas que buscan direccionar la respuesta del testigo en un sentido en particular, el caso evidente son las asertivas o negativas, que piden al testigo una respuesta de *sí* o *no*, o aquellas preguntas que contengan la respuesta en la misma pregunta.

En tanto que las preguntas impertinentes son aquellas que no se relación con el objeto del testimonio, están fuera de orden, pero que

⁶¹ Ver <http://criminaldefense.hornestead.com/direct.html>

suelen hacerse para incomodar al testigo, para producirle un shock emotivo, para desorientarlo.

En definitiva, el ordenamiento procesal penal prohíbe, expresamente, este tipo de preguntas, por lo tanto son completamente objetables; porque el interrogatorio directo debe limitarse a buscar esclarecer los aspectos principales de la controversia penal mediante la presentación del caso ante el tribunal y, por tanto, debe preguntarse sobre los hechos objeto del juicio o en relación directa con la credibilidad de otro testigo o sobre la afirmación o refutación de una prueba. A tal efecto, en apego a la imparcialidad que debe garantizar el juzgador, no se puede permitir preguntas sugestivas ni se puede guiar al testigo a una respuesta interesada

En la técnica del interrogatorio, el litigante puede evitar las preguntas sugestivas o capciosas formulando las preguntas de manera abierta, conforme al clásico modelo de la investigación social: ¿Qué...? ¿Cuándo...? ¿Cómo? ¿Dónde...? ¿Por qué...? De otra manera, la pregunta debe tener carácter general y no particular. Pero también se le puede solicitar al testigo que profundice en su explicación o descripción.

8.5. El interrogatorio re-directo.

En el procedimiento penal acusatorio adversarial y el juicio oral se debe prever un espacio temporal posterior al contrainterrogatorio para aclarar, rebatir, o ampliar aquellos puntos debatidos: se trata del interrogatorio re-directo.

El codificador panameño incurrió en un desfase legislativo, a mi entender, producto del mal manejo de la técnica del interrogatorio y la improvisación legislativa y en vez de crear, específicamente, el Re-Directo y el Re-Contrainterrogatorio, habla de “un nuevo interrogatorio de los testigos” una vez concluida el Contra- Interrogatorio, con lo que rompió el orden adversarial del interrogatorio y deja una puerta abierta a la parcialidad y la arbitrariedad producto de una defectuosa técnica de codificación prevista en el artículo 399 del Código.

En efecto, dice el artículo 399, sobre el contrainterrogatorio, que “después de que el testigo o perito haya declarado puede ser contrainterrogado por la parte contraria”, lo cual, en efecto así debe ser.

No obstante, en la segunda parte del artículo 399, en una redacción de mala técnica, dice que “a solicitud fundada de una de las partes el Tribunal podrá autorizar un nuevo interrogatorio de los testigos o peritos que hubieran sido contrainterrogados”, y esta redacción en manos de un Tribunal o juez arbitrario, emocional o desconocedor de las reglas del debate oral puede traer no sólo conflictos sino decisiones amañadas.

La redacción final del artículo 399 resulta aberrante, porque luego de las pasiones despertadas en un interrogatorio Directo y un Contra-Interrogatorio el codificador dejó a la discrecionalidad del Tribunal o Juez de permitir otro interrogatorio sin definirlo como Re-Directo y Re-Contrainterrogatorio, ni hacer referencia a igualdad de condiciones para las partes; pero lo que es más grave es que no establece bajo que reglas se desarrollará el innombrado “nuevo interrogatorio”.

Contrario a la mala redacción del artículo 399 del Código, lo que puede impedir la parcialidad del Tribunal es que el artículo 399 se interprete, al amparo del principio de la racionalidad del proceso, cómo el fundamento del Re-Directo y el Re-Contrainterrogatorio.

Vale traer a cita aquí, como ejemplo, el artículo 391 del Código Procesal Penal de Colombia (Ley 906 de 2004), el cual se refiere a que “(...) Quien hubiere intervenido en el interrogatorio directo podrá agotar un turno de preguntas dirigidas a la aclaración de los puntos debatidos en el contrainterrogatorio, el cual se denomina Re-Directo. En este evento se deberán seguir las mismas reglas del directo (...)”.

El caso es que la realización del Re-Directo o del Re-Contrainterrogatorio no puede dejarse a la discrecionalidad del Tribunal o Juez, so pretexto de “solicitud fundada” de parte interesada, porque ello rompe con el orden universal del debate oral que exige un debate reglado y en igualdad de condiciones.

Es tan desacertada la redacción de la parte final del artículo 399 cuando dice que “a solicitud fundada de una de las partes el Tribunal podrá autorizar un nuevo interrogatorio de los testigos o peritos que hubieran sido contraintervrogados”, que pareciera que la realización de un Re-Directo se traduce en una “gracias” del Tribunal o Juez a favor de quien lo pide, y así se muestra como un favoritismo en beneficio de la parte litigante que lo pide; y, por el contrario, el fundamento principalista de la adversariedad se sustenta en la igualdad de condiciones en que deben actuar los litigantes dentro del juicio oral, de tal manera que si alguna de las partes litigantes tiene oportunidad de un “nuevo interrogatorio” ello implica que la contraparte, también, tiene derecho de volver a preguntar.

Imaginemos, nada más, que en el Contra-Interrogatorio el litigante plantea una cuestión de impugnación contra el testigo objeto del directo y, por tal razón, al amparo de la parte final del artículo 399 pide un “nuevo interrogatorio” con el propósito de rehabilitar al testigo respecto de quien haya elevado una impugnación⁶²; pero es que si se le permite al litigante ese “nuevo interrogatorio”, que en la práctica sería un Re-Contrainterrogatorio, entonces, ello implica que a la contra parte se le debe permitir, también, volver a interrogar, si lo desea, lo que vendría a ser, en la práctica, un Re-Contrainterrogatorio.

Como vemos, definitivamente, la redacción de la parte final del artículo 399 es desafortunada e implica una puerta abierta a la parcialidad, si quien dirige el debate carece del entendimiento de su papel de garantizar la imparcialidad.

Volviendo sobre la idea estratégica de la litigación oral, debemos decir que el Re-Directo es, precisamente, un ejemplo de interrogatorio estratégico, y el litigante debe usarlo, únicamente, cuando sea necesario y resulte útil como consecuencia de un contrainterrogatorio perjudicial.

Un Re-Directo estratégico implica no sólo lo referente a reaccionar ante los efectos de un Contra-Interrogatorio sino que el litigante debe tener un punto fuerte y oportuno que sea imperativo establecer o reforzar; de lo contrario, es preferible no acudir al Re-Directo⁶³, porque deberá tener en cuenta que a la contra parte le corresponderá, inmediatamente después, un Re-Contrainterrogatorio,

⁶² *Ibid.*, p. 33

⁶³ MAUET, Thomas A. *Trial Techniques*. New York: Ed. Aspen Law & Business, 2000, p. 162

y un error estratégico del Re-Directo puede estar fortaleciendo el re-contrainterrogatorio, lo cual puede ser aún peor.

El interrogatorio directo y el re-directo son las dos oportunidades, sucesivas, que tiene el litigante (sea Ministerio Público, querellante o defensor) de hacer oír a sus testigos para acreditar el hecho que se quiere establecer; es por ello que el interrogatorio Directo y Re-Directo debe ser un diálogo, comprensible, entre interrogador y declarante, que le permita al Tribunal, juez o al jurado entender el hecho objeto del testimonio y hacer una retrospectiva de los hechos desde el punto de vista de la parte que los presenta.

La audiencia del juicio oral es un debate probatorio entre partes, teniendo al juez como imparcial y, precisamente, como garante de esa imparcialidad, el Tribunal o Juez debe garantizar la bilateralidad del interrogatorio, de tal manera que frente al ejercicio del interrogatorio Directo le corresponde a la contraparte el interrogatorio Re- Directo; y que frente al ejercicio del interrogatorio Re-Directo a la contraparte le corresponde el Re-Contrainterrogatorio. Por ello, una vez bosquejado aquí el interrogatorio Directo y Re-Directo pasamos, en la sección que sigue, a bosquejar el Contrainterrogatorio y el Re-Contrainterrogatorio.

CAPITULO IV

EL CONTRA-INTERROGATORIO Y EL RE-CONTRainterrogatorio

1. EL CONTRA-INTERROGATORIO.

1.2. Marco jurídico.

Es el momento que, en el debido procedimiento probatorio, le sigue al interrogatorio Directo y que corresponde a la contraparte litigante que no presentó al testigo pero que, por el contradictorio, tiene derecho a interrogar bajo las reglas del Contrainterrogatorio.

En efecto, dice el artículo 399 del Código que después de que el testigo o perito haya declarado puede ser contrainterrogado por la parte contraria.

1.3. Fundamentación del contrainterrogatorio.

En el debate adversarial no es posible entender el desarrollo del juicio oral sino en función de la bilateralidad del testimonio; lo que implica la igualdad de derechos y condiciones en el análisis de la prueba, es decir el derecho a interrogar el testigo aún cuando no haya sido aducido por la parte litigante, pero en cumplimiento de las formas universales del debate oral adversarial.

¿Por qué la contraparte del que aduce el testigo y realiza el interrogatorio Directo, no puede interrogar al testigo mediante las formas del interrogatorio Directo, sino del Contrainterrogatorio? Porque a diferencia de la justicia inquisitiva en donde una vez presentado el testigo a la audiencia se entendía que la prueba testimonial entraba en comunidad probatoria y todas las partes podían valerse de ella y realizar el interrogatorio sin más reglas que la prohibición de preguntas capciosas, sugerentes e inconducentes, y hasta el tribunal o juez podía preguntar, indiscriminadamente. No había un efectivo respeto por la dignidad del testigo. En el juicio oral adversarial hay definidas

reglas éticas para humanizar el juicio penal, por lo que la práctica de la prueba testimonial debe darse en cumplimiento de las formas del debido proceso probatorio que deben estar para garantizar tanto la dignidad del testigo como la igualdad de las partes en la aducción del testigo y en la práctica del interrogatorio

En la justicia penal oral y adversarial si bien la carga de la prueba recae, efectivamente, sobre la parte acusadora, hay reglas de procedimiento para la búsqueda de esa prueba, para su presentación ante el tribunal y hasta para su acreditación y práctica en la audiencia del juicio oral, estas son las reglas del debate oral adversarial sobre la prueba; en éste sentido, la comunidad de la prueba se traslada ya no al interrogatorio (a modelo del inquisitivo donde todos podían interrogar al testigo de manera directa), sino a la producción de la prueba, que debe hacerse con audiencia de la contraparte, que debe tener conocimiento de la prueba que se va acumulando contra el acusado porque de allí deriva el derecho a negociar sobre aspectos probatorio y sobre la situación jurídica del acusado. He aquí el por qué en el proceso penal acusatorio está prohibido ocultar pruebas hasta el juicio o esconder pruebas a la contraparte para sorprender; y es que al llegar a la audiencia del juicio oral, por reglas, las partes deben saber y conocer por anticipado las pruebas que se van a debatir.

Un testigo de cargo, entonces, que ya se conoce, que ya ha sido entrevistado por las partes, en igualdad de condiciones, y que ha relatado su versión, por anticipado, a los litigantes, debe comparecer a la audiencia a exponer su relato bajo la protección de su dignidad y seguridad personal sin que ello implique una desigualdad para la parte de la defensa; porque, precisamente, el acusado tiene derecho a

controvertir la prueba y a conocer a su acusador, de lo contrario se pierde el valor ético del juicio.

1.4. El objeto del contrainterrogatorio.

El objeto del contrainterrogatorio debe ser lograr obtener del testigo de la parte contraria una o varios aspectos positivos para el caso propio o impugnar su credibilidad, poniendo en duda toda o parte del contenido de la declaración testimonial que ha rendido a favor de la parte que lo adujo y le realizó el interrogatorio directo.

1.5. La finalidad del contrainterrogatorio.

La finalidad del contrainterrogatorio es refutar, en todo o en parte, lo que el testigo ha declarado en el interrogatorio directo. Luego, entonces, lo que se debe buscar, con el contrainterrogatorio, es minimizar el daño causado por el testimonio durante el directo confrontando al perito o testigo con sus propios dichos u otras versiones de los hechos presentadas en el juicio, admitiéndose las preguntas sugestivas (Art. 400).

1.6. Los límites del contrainterrogatorio.

Según se desprende del segundo párrafo del artículo 400 del Código, el contrainterrogatorio debe basarse, únicamente, sobre los temas abordados en el directo “u otras versiones de los hechos presentadas en el juicio”.

Ahora bien, vale anotar que la apertura que hace el segundo párrafo del artículo 400 del Código se contradice con parte de la doctrina del contrainterrogatorio que plantea que éste solo puede versar sobre la propia versión del testigo; planteamiento que, en efecto, puede entenderse en función de que una liberalidad sobre “u otras versiones de los hechos presentadas en el juicio” siempre podría poner en duda la versión del testigo que no tiene por qué conocer, precisamente, las otras versiones de los hechos presentadas en el juicio; y que, por lo tanto, la certeza o falsedad del testigo radica en las debilidades o fortalezas de su propia versión de los hechos.

Es por ello que dicen algunos autores que no se debe permitir preguntas sobre aspectos nuevos no cubiertos en la presentación de la prueba, de otro modo el contrainterrogatorio constituiría otro directo y se perdería el carácter adversarial del juicio oral⁶⁴; y, en efecto, es que en relación con el testimonio y el contrainterrogatorio no debe confundirse el “deber de comparecer” y rendir declaración el testigo con la función del juzgador de interpretar la prueba; el testigo no tiene por qué saber las “otras versiones de los hechos presentadas en el juicio”, pero el juzgador si debe valorar el testimonio junto con las demás pruebas vertidas en el juicio.

En este sentido basta sólo revisar el artículo 380, sobre la apreciación de la prueba, que establece que los jueces apreciarán cada uno de los elementos de prueba de acuerdo con la sana crítica. La apreciación no podrá contradecir las reglas de lógica, las máximas de la experiencia o los conocimientos científicos. El Tribunal formará

⁶⁴ SOLÓRZANO GARAVITO, Carlos Roberto. **Ob. cit.**, pp. 219-224.

su convicción de la valoración conjunta y armónica de toda la prueba producida.

1.7. El activismo del litigante en el contrainterrogatorio.

Del directo y el re-directo al contrainterrogatorio y re-contrainterrogatorio el activismo de las partes se invierte; porque a diferencia del directo y el re-directo en donde el actor es el testigo y el interés se centra sobre su versión de los hechos, en el contrainterrogatorio la estrella es el litigante y el interés se centra en que debe confrontar al perito o testigo con sus propios dichos u otras versiones de los hechos presentadas en el juicio, admitiéndose las preguntas sugestivas (art. 400).

En el contrainterrogatorio el testigo pasa a ser el sujeto pasivo del activismo probatorio; y es que el contra-interrogador querrá establecer los aspectos débiles del caso de la contraparte. Ahora bien,... ¡cuidado! ... El litigante debe tener presente que cada pregunta que le haga al testigo puede estar abriendo la puerta para que diga algo contrario a la causa que defiende. He aquí el por qué ejercer el contra-interrogatorio es un derecho optativo y no una obligación, porque el litigante debe valorar si conviene a su caso contrainterrogar o no. En fin contra-interrogar no es obligatorio.

2. LA PRAXIS DEL CONTRA-INTERROGATORIO.

La praxis del contra-interrogatorio enseña que el litigante debe ser breve y las preguntas deben formularlas de manera sencillas.

La habilidad está en que, mediante la batería de preguntas, se deben evidenciar ciertos puntos críticos, pero sin darle oportunidad al testigo de dar testimonio adverso. ¿Cómo se hace? Bueno, siendo el abogado el actor predominante en el escenario y sobre quien se deposita la atención, las preguntas deben ser sugestivas (art. 400), y llevar al testigo que, por lo general, conteste con un sí o con un no⁶⁵.

Una visión panorámica del contra-interrogatorio nos lleva a entenderlo como el momento posterior a cuando el testigo rinde su declaración libre, construida con la ayuda de la parte litigante que la instruyó y la interrogó de manera directa; y que, por lo tanto, la contraparte, mediante el contra-interrogatorio puede, legítimamente, confrontar al perito o testigo con sus propios dichos; sobre lo cual fue instruido y depuso libremente.

He aquí el por qué la redacción del segundo párrafo del artículo 400 del Código choca con la estructura universal del contra-interrogatorio, cuando dice que además de confrontar al perito o testigo con sus propios dichos, también, se puede hacer con “otras versiones de los hechos presentadas en el juicio”. Cómo contra-interrogar, de manera subjetiva, a un testigo, para que conteste con un sí o con un no, sobre “otras versiones de los hechos presentadas en el juicio”, cuando el testigo no tiene por qué conocerlas? Dicho de otra manera, ¿Cómo llevar a un testigo a que me conteste con un sí o un no sobre la versión de otro testigo que él no ha leído, no ha escuchado y no le consta? Definitivamente que sí se puede hacer, pero a sabiendas el litigante estaría manipulando el testimonio por culpa del

⁶⁵ DECASTRO GONZÁLEZ, Alejandro. *El contrainterrogatorio. Estudio sobre la práctica de la prueba testimonial adversa*. Medellín (Colombia): Legis S.A.,-Librería Jurídica Comlibros, 2005, p. 41

mal manejo que el codificador le dio a contra-interrogatorio. Y es que llevado el interrogatorio frente a un Juez inepto, entonces, alguien estaría manipulando el juicio. En definitiva, tengo que decir que el codificador metió la pata en la redacción de ese segundo párrafo del artículo 400 del Código.

No obstante, regresando a la esencia del contra-interrogatorio, en cual el litigante experimentado siempre optará por el interrogatorio subjetivo; y es porque, mediante las preguntas subjetivas, el litigante contra-interrogador tratará de tener siempre el control del testigo, y porque esta es la manera de evitar que el testigo explique su contestación⁶⁶.

3. PREPARACIÓN DEL CONTRÁINTERROGATORIO.

3.1. Marco conceptual.

La preparación del contra-interrogatorio es la actividad que realiza el litigante que no aduce el testigo pero a quien le corresponde, por regla de adversariedad de la práctica testimonial, contrainterrogar al testigo.

La primera pregunta que se impone es ¿cómo rebatir, mediante el contra-interrogatorio, un testimonio ocular? Bueno, esta es la tarea del litigante a quien le corresponde la preparación del contrainterrogatorio⁶⁷, y para quien sugerimos algunas técnicas que le pueden ser útiles en la tarea.

⁶⁶ **FONTANET MALDONADO**, Julio E. **Ob. cit.**, p. 124

⁶⁷ **REYES MEDINA**, César. **Ob. cit.**, pp. 160-16; y, **DECASTRO GONZÁLEZ**, Alejandro. **Ob. cit.**, pp. 511—535

3.2. Análisis de las circunstancias de modo, tiempo y lugar.

Para un contra-interrogatorio exitoso, lo primero que debe hacer un litigante es investigar los aspectos relativos a cómo percibió el testigo los hechos que pretende exponer en el juicio oral? Y, además, analizar de manera crítica las circunstancias de modo, tiempo y lugar sobre las cuales el testigo va a declarar.

- a. Conocer tanto las generalidades como las particularidades del lugar donde ocurrieron los hechos, y estudiar en todas sus posibilidades las distorsiones que el lugar pudiera presentar para la percepción de los sentidos.
- b. Verificar las condiciones naturales de luz, oscuridad y visibilidad existentes en el lugar al momento del hecho y cualquier variante meteorológica.
- c. Verificar los informes policiales y de investigación en la escena con las características del cuerpo del delito o la ausencia del mismo para encontrar inconsistencias y contradicciones.
- d. Realizar una investigación retrospectiva personal y familiar del testigo ocular para identificar sus características y descartar simulación de prueba y determinar el nivel de credibilidad del testigo.
- e. Revisar posibles informes médicos del testigo en relación a las facultades personales de los sentidos que le permitieron la percepción de los hechos que va a declarar.

- f. Verificar fortalezas, defectos y debilidades en la relación del testigo con el hecho para establecer la motivación del testimonio.

Del profesor Pabón Parra tomamos la referencia de que, además, deben tomarse factores tales como⁶⁸los hechos colaterales y aún los marginales ocurridos en forma simultánea al hecho principal; y todo tipo de informaciones o datos que se relacionen directa o indirectamente con el hecho principal.

El propósito de esa tarea investigativa que debe emprender el litigante a quien le corresponde contra-interrogar es:

Comprobar la capacidad física, fisiológica y hasta psíquica (de ser posible) del testigo para percibir por medio de sus sentidos los hechos objeto de su testimonio.

Corroborar la normalidad o anormalidad de su *visión*, oído, olfato, tacto y gusto frente a factores internos o externos que hayan incidido sobre el testigo o influido en sus capacidades de percepción.

3.3. Factores de contradicción.

Una persona fumadora de cigarrillos como testigo cuyo testimonio se fundamenta en el olfato.

Una persona que, normalmente, usa lentes y es testigo ocular debe ser examinado en la costumbre del uso de sus lentes y acreditarse el hecho y al momento de los hechos los tenía o no.

⁶⁸ PABÓN PARRA, Pedro Alfonso. **Ob. cit.**, P. 310.

Una persona con deficiencia auditivas o visuales, frente a factores ambientales externos a la persona como la luz o la visibilidad parcial; son importantes en cuanto al ángulo desde el cual se presenciaron los hechos, así como la distancia y el ruido que, definitivamente, influyeron en la manera como el sujeto cognoscente percibió los hechos.

Un testigo ocular en un delito por riñas en que el mismo testigo estaba presente o un crimen pasional es importante indagar sobre la capacidad mental de la persona al momento de percibir los hechos.

En efecto, hay factores que merman la credibilidad de un testigo ocular: La ira, adrenalina, angustia.

La alteración de la conciencia, modifica la manera como el testigo puede percibir los hechos y los traduce a la realidad, a causa de factores tales como: El estado alcohólico o la drogadicción.

El profesor Pabón Parra nos habla de los niveles de atención, los cuales refiere que, también, deben ser indagados y confrontados con la descripción narrativa del hecho y frente a la falta de atención la versión de los hechos puede variar del relato del interrogatorio directo al contra-interrogatorio.

Se refiere el profesor Pabón Parra que la atención de un observador casual y temporal es menor que la atención de un observador atento y permanente y, diríamos nosotros, que hasta relacionado con la escena de los hechos.

Si esto es cierto, y habría que verificarlo en cada caso en particular, el profesor Pabón Parra sugiere que los factores como la duración de la exposición y el grado de la atención pueden ser replanteados en un contra-interrogatorio eficaz: Debe atenderse a que

si la atención es intensa y sostenida puede suplir la brevedad del tiempo de percepción y, por el contrario, una exposición duradera al objeto, pero que se verifica en estado de distracción o falta de atención, puede quedar distorsionada⁶⁹.

3.3.1. Ejemplos prácticos.

Vale traer una cita que parece común en la literatura sobre litigación oral, y es un ejemplo de contra-interrogatorio que se reproduce de la película (Comedia) norteamericana “Mi Primo Vinni”; y es que el diálogo extraído nos sirve para ilustrar la importancia de tener en cuenta las condiciones de luz y visibilidad en el lugar de los hechos, respecto de un testigo ocular⁷⁰:

Vinny Gambini: ¡Hey!, ¿cómo está? Sr. Crane, ¿qué son esas imágenes?

Ernie Crane: Mi casa y demás.

Vinny Gambini.: Casa y demás. ¿Y qué es esa cosa café en su ventana?

Ernie Crane.: Suciedad.

Vinny Gambini: Suciedad. Y qué es eso oxidado, polvoriento, de aspecto sucio que está cubriendo la ventana?

Ernie Crane.: Eso es una pantalla.

⁶⁹ Ibíd., p. 157.

⁷⁰ Crf. Película: Mi primo Vinny (My Cousin Vinny), JONATHAN LYNN. Comedia, 120 minutos, EE.UU., 1992.

Vinny Gambini: ¡Una pantalla! Esto es una pantalla. Y ¿qué es realmente esa gran cosa que está en el medio de su campo visual al dirigir la mirada a *Sac o Suds* por la ventana de su cocina? ¿Cómo podemos llamar esa gran cosa?

ErnieCrane: ¿Arboles?

Vinny Gambini: ¡Árboles! Está bien, no tenga miedo, grite la respuesta cuando la sepa... Y ¿qué son esas miles de pequeñas cosas que están en los árboles?

ErnieCrane.: Hojas.

Vinny Gambini: Y ¿estas cosas grandes espesas entre los árboles?

ErnieCrane: Arbustos.

Vinny Gambini: ¡Arbustos! Entonces Sr. Crane, ¿piensa que habría podido identificar a los acusados por un momento de segundos, mirando a través de esta ventana sucia, esa pantalla cubierta de mugre, todos estos árboles, con todas esas hojas en ellos y no sé cuántos arbustos?

ErnieCrane: Parecen como 5.

Vinny Gambini: ¡uh, uh, uh...! No olvide este y este.

ErnieCrane.: Siete arbustos.

Vinny Gambini: Siete arbustos. Entonces, ¿qué piensa? ¿Es posible que usted sólo viera a dos chicos en un carro verde convertible y no necesariamente estos dos chicos en particular?

Ernie Crane: Supongo.

Vinny Gambini: He terminado con este hombre.

4. LAS HABILIDADES TÉCNICAS DEL INTERROGADOR EN EL CONTRA-INTERROGATORIO.

En el contra-interrogatorio, el tecnicismo de las preguntas consiste en realizar con habilidad las siguientes prácticas.

4.1. Evitar las preguntas cuya respuesta se desconoce.

No es pertinente que en el contra-interrogatorio el litigante quiera hacer nuevos descubrimientos y, menos, con el testigo instruido por la contraparte. Es una aventura peligrosa.

El contra-interrogador debe preocuparse por mantener el control del testigo, y no preguntarle sobre aspectos que no haya preparado antes, salvo que sea un riesgo calculado y tenga el remedio para reparar el daño.

4.2. Evitar las preguntas abiertas y apoyarse en preguntas sugestivas.

El litigante debe recordar que las preguntas abiertas son para el interrogatorio directo (al que también se le suele llamar interrogatorio abierto, por la naturaleza de las preguntas), en donde el interrogador tiene el control del testigo al punto de haberlo instruido; y, por el contrario, en el contra-interrogatorio el litigante debe ser consciente en evitar preguntas abiertas, como las que se sugieren al interrogador directo: ¿Qué...? ¿Quién...? ¿Cuándo...? ¿Cómo...? ¿Por qué...? Cuéntenos... Explique... Profundice... Con estas preguntas el litigante

abre la puerta a la explicación y después no puede pedir al testigo que conteste sí o no, cuando él le está pidiendo que explique.

En el contra-interrogatorio lo apropiado es siempre hacer preguntas sugestivas, de tal manera que el contra-interrogador pueda hacer una afirmación seguida de una pregunta sugestiva, pidiendo un sí o un no como respuesta⁷¹.

4.2.1. Ejemplo de Preguntas sugestivas.

a. Usted ha dicho que estaba presente en el bar la noche de los hechos, ¿no es así?

O, aún más subjetiva: Usted estaba presente en el bar la noche de los hechos, ¿sí o no?

b. Usted ha dicho en su declaración que sostenía una relación amorosa con el cliente del bar, ¿cierto?

O, aún más subjetiva: Usted tenía una relación amorosa con el señor Portaz, ¿sí o no?

c. Usted decidió, voluntariamente, acompañar al señor Portaz, ese día, a su apartamento, ¿sí o no?

O, aún más subjetiva: Usted se fue con el señor Portaz a su apartamento ese día, ¿verdad que sí?

⁷¹ www.trialtheatre.com/wordpress/category/direct-examination, consulta: octubre 29 de 2010.

4.3. Establecer un hecho por pregunta.

El litigante debe evitar preguntar por más de un hecho en una misma pregunta.

En efecto, si bien la prueba tiene por objeto hechos, el interrogatorio dirigido a esclarecer hechos no implica que se necesario preguntar a un testigo sobre dos hechos en una misma. Es, más, eso es anti técnico.

Una técnica depurada en un contra-interrogatorio sobre hechos nos indica que una vez que el litigante logre establecer un hecho en base a preguntas, entonces, debe introducir otro hecho mediante otra u otras preguntas.

¿Cuál es el propósito de preguntar sobre hechos en preguntas separadas y no en una misma pregunta? Es que así se puede identificar el punto en el que el testigo se contradice o no coincide con su versión de un hecho a otro.

4.3.1. Un ejemplo de pregunta incorrecta en un contra-interrogatorio.

Pregunta: Usted caminó dos kilómetros, la tarde del 1 de agosto pasado, cerca de las 3:00 al supermercado La Estrella de la Avenida Libertad, en compañía de Víctor Manuel y Luz Marina, para comprar una caja de cervezas y dos botellas de ron, y luego se dirigió a la fiesta en casa de Alberto, ¿no es verdad?

4.3.2. Cuatro ejemplos de un buen contra-interrogatorio.

P1: Usted caminó al supermercado la Estrella, *ubicado en* la Avenida Libertad, aquella tarde del 1 de agosto, ¿sí o no?

P2: Eran las 3.00 de la tarde cuando usted fue al supermercado la Estrella aquel 1 de agosto, ¿sí o no?

P3: Lo acompañó Víctor Manuel, su amigo y vecino, ¿sí o no?

P4: También lo acompañó Luz María, la prima del occiso, ¿cierto?

P5: Compraron 1 caja de cerveza y 2 botellas de ron, ¿correcto?

P6: Y luego se dirigieron a la fiesta en casa de Alberto, ¿cierto?

4.4. Preguntar a los testigos hostiles bajo el apercibimiento del tribunal.

Ya hemos comentado a propósito del interrogatorio directo, y lo mismo se aplica al contra-interrogatorio que la “hostilidad” del testigo se manifiesta en la aptitud de no responder a la preguntas del

interrogador o de responder con evasivas o cambiar la versión expuesta en la entrevista previa, entonces, el litigante puede solicitar al Tribunal o Juez su intervención para conseguir que el testigo responda la pregunta que le han formulado o que lo haga de manera clara y precisa.

En por ello que el artículo 403 del Código, en referencia a la continuidad e integridad del testimonio, expone que el testigo no será interrumpido en sus respuestas y se recogerán como él las diga, y deberá responder por sí mismo de palabra sin utilizar ningún borrador. Sin embargo, el Juez podrá, de oficio o a solicitud de parte, cuando advierta que el testigo se aparta de lo preguntado, requerirlo para que su respuesta se concrete a la pregunta o repregunta formulada.

4.5. Evitar mostrar posiciones personales de manera inconsciente.

La representación judicial implica un deber ético del litigante, de defender los derechos del representado, por lo que las creencias o preferencias del litigante respecto de algún tema objeto del interrogatorio deben ser evitadas durante la el interrogatorio y la audiencia.

Si bien el litigante debe evitar, con mayor empeño, demostrar posiciones personales en el interrogatorio directo; porque con el directo se quiere dejar la impresión al Tribunal, Juez o auditorio de la declaración del testigo es espontánea y alejar toda idea de presiones o influencias de quien lo interroga; no obstante, esta valoración ética no se aplica con el mismo imperativo el contra-

interrogatorio y, a razón, que se permite el interrogatorio subjetivo el litigante debe planificar si, por estrategia, conviene demostrar posiciones personales.

A este propósito vale reflexionar en relación a que los litigantes, normalmente, fundamentan la teoría del caso en posiciones contrarias y buscan influir en el Tribunal o Juez para demostrar que la teoría del caso de cada cual es la más veraz de los hechos presentados a la audiencia; de ello se entiende, entonces, que las posiciones de los litigantes se encuentren parcializadas y que así se demuestre en el contrainterrogatorio; porque, incluso, así se puede lograr reforzar el punto central de la acusación o la defensa.

Ello tiene una explicación aún más subjetiva y es que si la representación judicial es una cuestión de defensa de intereses y derechos, entonces, se debe creer en lo que se defiende. Dicho hasta de manera mercantilista, un abogado en audiencia debe ser un buen vendedor y mal puede venderse un producto en el que el vendedor no cree.

Cumplido el interrogatorio directo, en donde el testigo ha expuesto su versión de los hechos, con libertad y espontaneidad; resulta, entonces, que el contra-interrogatorio es una confrontación de posiciones, en donde el litigante es el actor principal y trata de sacar “agua para su mollino” es aceptable, que estratégicamente demuestre posiciones; pero no obstante, si es un error que se demuestren posiciones personales de manera inconsciente.

4.5.1. Ejemplo práctico en el que se evidencia una posición personal.

Querellante: El Sr Roznik, con arma en mano, lo obligó a usted y a su novia, a realizar actos sexuales mientras miraba, ¿sí o no?

Acusado: Sí, pero...

Querellante: Sí. Lo obligó, con arma en mano. ¿Y usted cree que el Sr Roznik tiene problemas de desviación sexual? ¿Sabe usted lo qué yo haría si alguien me hiciera eso a mí? Yo, sin duda, me vengaría; porque no puedo aceptar que un hombre con la posición social del Sr Roznik se valga de su status social y de su nivel económico para abusar de la dignidad de las personas de esa manera, ¿sí o no?

5. IMPUGNACIÓN A LA CREDIBILIDAD DEL TESTIGO.

5.1. Conceptualización.

La impugnación de la credibilidad del testigo es la técnica mediante la cual el litigante, en el contrainterrogatorio, puede formular al testigo preguntas tendientes a demostrar su credibilidad o falta de ella o a demostrar la existencia de vínculos con algunos de los intervenientes en el proceso que afecten o puedan afectar su imparcialidad o alguna otra circunstancia de tiempo, modo o lugar que afecte su credibilidad.

El fundamento lógico en que se sustenta la impugnación de un testigo radica en el hecho de que todo testigo debe dar razón

circunstancial (de modo, tiempo y lugar) del hecho o los hechos sobre lo cual expone su testimonio; y en tal sentido deberá explicar si los presenció, o si por el contrario los dedujo de antecedentes que llegaron a su conocimiento, o de otra manera si los escuchó referidos de otras persona; de allí que en materia de testigos podamos hablar de testimonio directo e indirecto, de testigo presencial o de testigo de referencia, etc., y dependiendo de la naturaleza circunstancial del testigo así será su acreditación y también los posibles motivos de impugnación.

5.2. El principio de buena fe en la impugnación de testigos.

En la impugnación de testigos el principio de buena fe procesal opera como una limitación a la facultad legal que tiene el litigante de proceder a impugnar la credibilidad de un testigo.

En efecto, la buena fe en la impugnación de testigos implica que el litigante no debe hacer preguntas al testigo bajo la facultad legal de impugnarlo, y el tribunal de juicio no debe permitirlo, a menos que el litigante conozca de la existencia del dato o hecho en base al cual pretende impugnar al testigo, así como la convicción de que la evidencia es cierta y admisible⁷².

No se debe proceder a la impugnación de la credibilidad de un testigo con evidencia inexistente o falsa; o ya en el supuesto de que sea cierta, estemos intelectualmente convencidos de que la misma

⁷² FONTANET MALDONADO, Julio E. **Ob. cit.**, p. 248

resulta ser inadmisible. “lo importante es tener buena fe al momento de hacer la pregunta o presentar la prueba”⁷³.

5.3. El objetivo procesal de la impugnación.

Hemos dicho antes que el objeto del contrainterrogatorio debe ser lograr obtener del testigo de la parte contraria una o varios aspectos positivos para el caso propio o impugnar su credibilidad, poniendo en duda toda o parte del contenido de la declaración testimonial que ha rendido a favor de la parte que lo adujo y le realizó el interrogatorio directo

Luego, entonces, el objetivo procesal de la impugnación mediante el contrainterrogatorio es atacar la credibilidad del testigo; mientras que el valor ético de esta técnica de litigación es depurar el testimonio para establecer la verdad.

También hemos anotado que el fundamento legal de las impugnaciones lo encontramos en el artículo 389, que trata los testigos hábiles, y dice que en el procedimiento penal no existirán testigos inhábiles. Sin perjuicio de ello, los intervenientes podrán formular al testigo preguntas tendientes a demostrar su credibilidad o falta de ella, la existencia de vínculos con algunos de los intervenientes que afectaran o pudieran afectar su imparcialidad, o alguna otra circunstancia que afecte su credibilidad.

En el modelo de justicia acusatoria norteamericana se reconoce la importancia del tema de impugnación de la credibilidad de los testigos y las nuevas “Reglas de Evidencia” enumeran, de manera

⁷³ Ídem.

abierta, unas modalidades de impugnación (Enmienda 6ta de la Constitución Federal; Debido Procedimiento de Ley; Regla 604 de las Evidencias; Ley 60 de 13 de mayo de 1934).

Sobre la impugnación de testigos en el modelo norteamericano y Puertorriqueño nos apoyamos en Fontanet quien refiere que además de las enunciadas en las “Reglas de Evidencia” 608 existen otras pero que ciertamente la enumeración tiende a señalar las más importantes y más utilizadas durante los procesos judiciales.

Dice Fontanet que “ello implica que las partes pueden presentar cualquier evidencia razonable que sea pertinente para evaluar la credibilidad de un testigo. Por años, el Tribunal Supremo de Puerto Rico adoptó nuevas formas de impugnación, a pesar de no haber estado incluidas en la Regla 44 de las Evidencias de 1979. Ejemplo de estas fueron la impugnación por omisión y la impugnación por contradicción”⁷⁴.

En nuestro Código Procesal Penal de corte acusatorio no establecen causales taxativas de impugnación de la credibilidad del testigo, pero en el artículo 389 se hace unos enunciados y deja la puerta abierta a motivaciones racionales sobre la credibilidad del testigo.

Si el litigante contra-interrogador logra impugnar al testigo, entonces, habrá logrado uno de los principales objetivos del contra-interrogatorio; porque mediante la impugnación se hace dudar al Tribunal, juez o jurado de la credibilidad del testimonio rendido en el interrogatorio directo y se cumple con la contradicción de la prueba.

⁷⁴ FONTANET MALDONADO, Julio E. **Ob. Cit.**, p. 247.

Según expresa el artículo 387 del Código, sobre el deber de declarar, “toda persona tendrá la obligación de concurrir al llamamiento judicial y declarar la verdad de cuanto conozca y le sea preguntado, salvo las excepciones establecidas por ley. No podrá ocultar hechos, circunstancias o elementos relacionados con la investigación”.

No obstante, dice el mismo artículo 387, referido, que “el testigo no tendrá la obligación de declarar sobre hechos que le puedan acarrear responsabilidad penal”.

En concordancia, el artículo 389 del mismo Código, sobre los testigos hábiles, se refiere a que “en el procedimiento penal no existirán testigos inhábiles. Sin perjuicio de ello, los intervenientes podrán formular al testigo preguntas tendientes a demostrar su credibilidad o falta de ella, la existencia de vínculos con algunos de los intervenientes que afectaran o pudieran afectar su imparcialidad, o alguna otra circunstancia que afecte su credibilidad.

Todo testigo dará razón circunstancial de los hechos sobre los cuales declara, expresando si los presenció, si los dedujo de antecedentes que le fueron conocidos o si los escuchó referidos de otras personas”.

Del texto de los artículos 387 y 389 del Código podemos deducir que el testigo podrá declarar sobre aspectos que en forma directa y personal hubiese tenido la ocasión de observar o percibir. Pero, en relación a la forma o manera de haber percibido los hechos, según el artículo 389, puede surgir controversia en cuanto a las circunstancias como el testigo percibió los hechos; y aparece, entonces, una causal de impugnación sobre la credibilidad del testigo. La controversia en

torno a circunstancias inciertas de cómo se llega al conocimiento de la verdad o ya la negativa de exponerlo con claridad y certeza en la audiencia se resuelve valiéndose el litigante de varios tipos de impugnación: por manifestaciones anteriores inconsistentes, por omisión, carácter mendaz, convicción, percepción y parcialidad.

5.4. Los motivos de impugnación.

Procederemos a analizar aquí, de manera individual, los motivos o causales más comunes de impugnación.

5.4.1. Manifestaciones anteriores inconsistentes.

El más común de los motivos o causales de impugnación es por manifestaciones anteriores inconsistentes⁷⁵.

Este tipo de impugnación se deriva, en efecto, de manifestaciones anteriores del testigo, como pueden ser aquellas hechas a terceras personas, o que consten en entrevistas, en conversaciones abiertas al público, en declaraciones escritas o interrogatorios judiciales previos, y que se derivan de contradicciones contenidas en alguna de las partes de la declaración testimonial.

Planteada eficazmente la impugnación, el testimonio perderá la credibilidad.

Ahora bien, para que la impugnación logre afectar la credibilidad del testimonio, será necesario que la inconsistencia verse sobre uno o varios aspectos esenciales del caso; porque las inconsistencias que

⁷⁵ FONTANET MALDONADO, Julio E. **Ob. cit.**, p. 147.

versen en torno a detalles que no son esenciales pudieran hasta revertirse en perjuicio de la causa del impugnante.

El codificador patrio omitió regular de manera expresa el procedimiento de impugnación y se limitó, con mala técnica legislativa, a referirse en el artículo 389, sobre testigos hábiles, que en el procedimiento penal no existirán testigos inhábiles; pero que sin perjuicio de ello, los intervenientes podrán formular al testigo preguntas tendientes a demostrar su credibilidad o falta de ella, la existencia de vínculos con algunos de los intervenientes que afectaran o pudieran afectar su imparcialidad, o alguna otra circunstancia que afecte su credibilidad.

En el sentido expuesto, dice el artículo 389, en su parte final, que todo testigo dará razón circunstancial de los hechos sobre los cuales declara, expresando si los presenció, si los dedujo de antecedentes que le fueron conocidos o si los escuchó referidos de otras personas.

En la práctica del contra-interrogatorio se establece que cualquiera de las partes puede aducir declaraciones o exposiciones de cualquiera de los testigos llamados a juicio, a efectos de impugnar su credibilidad; y es que, en efecto, el contra-interrogatorio es el momento para hacer valer una impugnación, mediante la presentación y sustentación de la fuente de impugnación.

Una forma de plantear una impugnación es de la siguiente manera:

- a) Comprometer al testigo con la versión de hechos dada en el interrogatorio directo.

- b) Establecer la importancia de la manifestación anterior en el contexto de la declaración del testigo frente al caso objeto de audiencia.
- e) Acreditar las circunstancias en que fue rendida o hecha la manifestación anterior del testigo.
- d) Contra-interrogar al testigo para que acepte o niegue la manifestación anterior.
- e) Confrontar al testigo con la manifestación anterior fuente de la impugnación.

5.4.2. Impugnación por omisión.

La causal de impugnación por omisión se relaciona con una “manifestación anterior” pero deriva de la declaración actual o última declaración hecha en la audiencia del caso que se juzga, por la particularidad de no haberlo declarado antes.

En efecto, una impugnación por omisión se sustenta en que el testigo expone en la audiencia del caso que se juzga un hecho que, en efecto, es esencial en el caso que se ventila, pero que por razones que no se explican no lo había declarado anteriormente.

La omisión debe generar dudas en el juzgador o jurado sobre la credibilidad del testigo; porque no se explica que haya elegido omitir un elemento esencial para el caso en todas las declaraciones anteriores excepto en la audiencia del caso que se juzga.

En caso de esta impugnación se sugiere proceder de la siguiente manera:

- a) Comprometer al testigo con la versión de hechos dada en el interrogatorio directo.
- b) Establecer la importancia de la manifestación anterior en el contexto de la declaración del testigo frente al caso objeto de audiencia.
- c) Acreditar las circunstancias en que fue rendida o hecha la manifestación anterior del testigo
- d) Contra-interrogar al testigo para que acepte o niegue la manifestación anterior.
- e) Confrontar al testigo con la manifestación anterior fuente de la impugnación.

La declaración en la que se incurrió la omisión “no tiene que ser escrita ni tampoco jurada”, pero es necesario que la omisión sea sobre un aspecto esencial del caso y que se le permita al testigo la oportunidad de aceptar o negar la omisión⁷⁶.

5.4.3. Impugnación por carácter mendaz.

Se puede impugnar la credibilidad de un testigo en forma de opinión y reputación, con base en el carácter mendaz.

La impugnación se basa en la naturaleza inverosímil o increíble del testigo, y puede acompañarse con los antecedentes de patrón de

⁷⁶ FONTANET MALDONADO, Julio E. **Ob. Cit.**, p. 256.

conducta del testigo en cuanto a ser conocido por mentiroso, lo que se puede acreditar con testimonios de vecinos y conocidos que confirmen que el testigo tiene antecedente de mentir en cuestiones importantes y que pueden ser de conocimiento público o privado lo suficiente para poner en duda su credibilidad.

5.4.4. Impugnación de un testigo por carácter mendaz en forma de opinión.

Para impugnar a un testigo por su carácter mendaz, en forma de opinión, será necesario presentar a una persona que declare sobre la opinión que tiene del testigo a ser impugnado.

A tal efecto, para plantear una técnica procedural de hacer valer una impugnación por mendacidad en forma de opinión, vamos a valernos de las recomendaciones del profesor Fontanet⁷⁷, quien sugiere que la impugnación debe plantearse de la siguiente manera⁷⁸:

- a) Acreditar que el testigo conoce al declarante a ser impugnado.
- b) Acreditar que el declarante, en efecto, tiene bases por las cuales conoce al testigo a ser impugnado.
- c) Demostrar que el testigo tiene una opinión formada relacionada al carácter mendaz del testigo a ser impugnado.
- d) Pedir al declarante que exponga su opinión formada en relación al carácter mendaz del testigo a ser impugnado.

⁷⁷ Ibíd., p. 155

⁷⁸ FONTANET, Maldonado, Julio E. **Ob. cit.**, p. 154

5.4.5. Impugnación de un testigo por carácter mendaz en forma de reputación.

Se parte del entendimiento que demostrar que el testigo tiene una reputación de mentiroso, consecuentemente, sentará duda en el Tribunal o juzgador sobre la veracidad de su testimonio, y así se habrá atacado la credibilidad del testigo.

Ahora bien, en el caso de que se trate de la reputación del testigo, se puede proceder a la impugnación atendiendo el siguiente orden:

- a) Acreditar que el declarante es miembro de la misma comunidad que el testigo a ser impugnado.
- b) Acreditar el vínculo del declarante con la comunidad cuya convivencia comparte con el testigo que se va a impugnar.
- c) Acreditar que el declarante conoce la reputación y los antecedentes de mendacidad o mentiroso que caracteriza al testigo a ser impugnado en dicha comunidad.
- d) Pedir al declarante que exponga los antecedentes en relación a la reputación y los antecedentes de mendacidad del testigo a ser impugnado.

5.4.6. Un ejemplo de contra-interrogatorio para establecer el carácter mendaz.

Nos valemos aquí de un fragmento de la película “Witness for the prosecution” (Testigo de cargo), adaptación de la obra de AGATHA

CHRISTIE, dirigida por Billy Wilder (Drama judicial), EE.UU., 1957, que nos resulta útil para ilustrar un contra-interrogatorio para establecer el carácter mendaz.

Defensa: Señora Vole, o señora Heirn, ¿cómo prefiere que la llame?

Señora Vole: Me da lo mismo.

Defensa: ¡Ah...! En este país solemos tornar más en serio el compromiso del matrimonio. Sin embargo, Fau Heirn, pareciera que cuando usted conoció al prisionero en Hamburgo, le mintió acerca de su estado civil.

Señora Vole: Quería salir de Alemania, así que...

Defensa: ¿Le mintió? Respóndame sí o no por favor.

Señora Vole: Sí.

Defensa: Gracias. Y cuando hizo los trámites del matrimonio, ¿le mintió a las autoridades?

Señora Vole: No. Le dije la verdad a las autoridades.

Defensa: ¿Les mintió?

Señora Vole: Sí.

Defensa: Y durante la ceremonia de matrimonio, cuando juró amar y honrar y proteger a su marido, ¿también mintió?

Señora Vole: Sí.

Defensa: Y cuando la policía la interrogó sobre ese hombre tan malvado, que se creía casado y amado, ¿qué les dijo?

Señora Vole: Les dije lo que querían oír de mí.

Defensa: Dijo que a las 9.25 él estaba en casa con usted, ¿y ahora dice que eso es una mentira?

Señora Vole: Sí, una mentira.

Defensa: y cuando dijo que él se había cortado la muñeca accidentalmente, ¿nuevamente mintió?

Señora Yole: sí.

Defensa: Y hoy nos cuenta una historia totalmente diferente. La pregunta es Frau Heirn, si mentía entonces o miente ahora, y si de hecho (subiendo el tono, casi gritando) usted es una crónica e incurable mentirosa!

Fiscalía: Su señoría (en tono fuerte) ¿permitiría usted que mi ilustre amigo ataque e insulte así a mi testigo?

Juez: Señor Mayers, se trata de un delito con pena de muerte y dentro de límites de lo que es razonable, quisiera que la defensa tenga toda la libertad.

Defensa: Su señoría, quisiera también recordarle a mi lustrado amigo que la testigo ha confesado haber violado tantos juramentos, que me sorprendería que la Biblia (subiendo el tono) no le haya escapado a la mano cuando juró hoy antes de declarar. Dudo que se pueda conseguir algo de seguir interrogándola. Eso sería todo, Frau Heim.

5.5. Impugnación por condena previa de falsedad.

Este motivo o causal de impugnación le permite al litigante poder traer a referencia una decisión judicial anterior dictada contra el testigo, siempre y cuando el proceso seguido contra el testigo hubiere sido por actos deshonestos o falso testimonio.

Una decisión judicial condenatoria anterior por actos deshonestos o falso testimonio o falsa denuncia o simulación de pruebas, definitivamente, le quita credibilidad al testigo y al testimonio; porque es un antecedente que involucra una actuación dolosa, esto es intencional, en el que fue deshonesto y falseó la verdad, pero debe ser condena, de lo contrario se estaría confrontando el principio de buena fe y valores fundamentales de la persona humana.

Para proceder con esta impugnación será necesario preguntar al testigo si acepta que antes haya sido condenado por delito deshonesto o de falsedad; y si lo niega, entonces, deberá presentarse el record de antecedentes o el documento o certificación que establezca la condena.

Ejemplo:

Litigante: ¿Diga el testigo si antes ha sido investigado por delito deshonesto o falcedad?

Testigo: No.

Litigante: ¿Diga el testigo si antes ha sido condenado por delito deshonesto o falsedad?

Testigo: No.

Litigante. Señor Juez, Presidente, queremos aportar como evidencia la prueba identificada # 5, que consiste en una Sentencia debidamente autenticada donde se establece que el testigo fue condenado por delito deshonesto o falsedad en el Juzgado 20 del Circuito penal del Segundo Distrito Judicial de Panamá.

En este aspecto se debe revisar si la sola presentación del documento que acredita la condena es suficiente para dar por probada la impugnación o si por el contrario debe acreditarse mediante la acreditación de un testigo instrumental.

Vale advertir que en caso de sentencia apelada y pendiente de resolver la alzada no impide su utilización para sustentar la impugnación; y tampoco es impedimento que la condena haya sido en la jurisdicción de menores o sobre la cual haya algún tipo de reserva.

5.6. Percepción y memoria.

Se puede impugnar el testigo en razón a la incapacidad de percibir o recordar, pues priva el interés de la justicia en la verdad, y no hay afectación de derechos.

Esta impugnación puede probarse por medio de pruebas periciales.

Expone el artículo 389 del Código, en su parte final, que todo testigo dará razón circunstancial de los hechos sobre los cuales declara, expresando si los presenció, si los dedujo de antecedentes que le fueron conocidos o si los escuchó referidos de otras personas; ello implica que el testigo debe demostrar capacidad para percibir, recordar o comunicar las razones circunstanciales de los hechos sobre los cuales declara.

De allí que se permita la impugnación sobre la capacidad del testigo para percibir, recordar o comunicar cualquier circunstancia sobre la declaración que rinde.

Ahora bien, podemos referirnos a diferentes circunstancias y contextos frente a los cuales el testigo puede tener problemas de percepción y memoria.

- a. Cuando el testigo se encuentra bajo los efectos de bebidas embriagantes o sustancias controladas⁷⁹. No obstante, para hacer valer la impugnación, es necesario que el testigo haya estado bajo la influencia de estas sustancias al momento de percibir los hechos.
- b. Cuando el testigo se encuentre bajo un momento de excitación que afecte la percepción y memoria.

Este motivo la impugnación tiende a establecer que el testigo no puede recordar, con claridad, la ocurrencia de los hechos sobre los que declara o los recuerda sesgados de manera interesada, como efecto de su estado de excitación al presenciar la ocurrencia de los hechos.

5.7. Defectos de visión.

El defecto de visión también puede ser objeto de impugnación del testigo, cuando ella afecte la forma en que el testigo percibe y comprende la información que procesa la mente.

⁷⁹ FONTANET MALDONADO, JULIO E. **Ob. cit.**, p. 158.

Traemos a cita el ejemplo, diversamente reproducido, de un dialogo de la cinta “Mi primo Vinny”, que sirve para ilustrar un supuesto de de impugnación por incapacidad visual⁸⁰:

Vinny Gambini: Sra. Riley, ¿cuando usted vio a los acusados, estaba usted usando gafas?

Constance Riley: Sí, lo estaba.

Vinny Gambini: ¿Le importaría ponerse las gafas para nosotros, ¿por favor?

(La señora Riley se pone las gafas)

Vinny Gambini: ¿Cuánto tiempo lleva usando gafas?

Constance Riley: Desde los 6 años.

Vinny Gambini: ¿Han sido siempre de ese espesor?

Constance Riley: No, se han ido engrosando en los últimos años.

Vinny Gambini: Así que como sus ojos se vuelven más y más fuera de control, al pasar de los años, por cuántos niveles de espesor ha pasado?

Constance Riley.: No lo sé, en casi 60 años, tal vez 10 veces.

Vinny Gambini: Tal vez usted esté lista para un nuevo grosor.

Constance Riley: ¡Oh no! Pienso que esas están bien.

Vinny Gambini: ¿Está segura? Vamos a comprobarlo. (Toma un metro de su maletín y lo lleva a la Señora Riley) ¿A qué distancia estaban los acusados cuando los vio entrar a *Sac-o-suds*?

Constance Riley: Alrededor de 100 pies.

Vinny Gambini: A 100 pies. (La señora Riley sujetó el final del metro). ¿Podría sostener esto, por favor? (Se dirige a la puerta de la corte

⁸⁰ Cfr. My Cousin Vinny (Película: Mi primo Vinny), JONATHAN LYNN. Comedia, 120 minutos, EE.UU., 1992.

estirando la cinta. Eleva dos dedos al nivel del hombro). Bueno, estos son 50 pies, que es la mitad de la distancia. ¿Cuántos dedos le estoy enseñando?

(La señora Riley entrecierra sus ojos para ver los dedos).
Judge, Chamberlain Haller: Que quede constancia en el registro que le está sosteniendo dos dedos.

Vinny Gambini: (Vinny, irritado...) ¡Su señoría, por favor! ¿Ah?
Judge, Chamberlain Haller: Oh, lo siento.

Vinny Gambini: Ahora señora Riley, y sólo la señora Riley... (El Juez Chamberlain da a Vinny una fea mirada, Vinny eleva nuevamente sus dedos de la mano derecha). ¿Cuántos dedos estoy sosteniendo ahora?

Constance Riley: (Esforzándose para ver los dedos) Cuatro.

Vinny Gambini: (Regresando a donde la señora Riley enseñando los mismos dedos) Qué piensa ahora, querida?

Constance Riley.: Pienso que debo conseguirme gafas más gruesas.

5.7.1. Ejemplo de impugnación por malsano estado mental:

Fiscalía: Señora Morgan, a usted le han ocurrido cosas bastante traumáticas en su vida, ¿no es así?

Señora Morgan: Definitivamente.

Fiscalía: Su esposo, del que está separada, la maltrataba. ¿Correcto?

Defensa: Objeción: irrelevante.

Juez: ¿A dónde va con todo esto, señor?

Fiscalía: Señoría, si me lo permite, esa línea de preguntas le habla directamente a la credibilidad de la testigo.

Juez: (Mirando a la defensa) no ha lugar.

Fiscalía: Señora Morgan, ¿su esposo tuvo relaciones incestuosas con una de sus hijas?

Señora Morgan: Si, las tuvo.

Fiscalía: Y su padre, ¿la trataba muy mal cuando usted era pequeña?

Señora Morgan: Sí señor.

Fiscalía: Y como resultado de todo esto, los psiquiatras le han diagnosticado un desorden de ansiedad?

Señora Morgan: Sí señor, lo tengo.

(Al fondo se ve al acusado moviendo el dedo al nivel de la sien, insinuando la locura de la testigo.)

Fiscalía: No tengo nada adicional su señoría.

5.8. La existencia de vínculos con algunos de los intervenientes que afectaran o pudieran afectar la imparcialidad (Art. 389).

Conforme al artículo 389 del Código se puede impugnar la credibilidad de un testigo por razón de “la existencia de vínculos con algunos de los intervenientes que afectaran o pudieran afectar su imparcialidad”

Este motivo de impugnación se manifiesta cuando se descubre que hay relaciones de amistad o de parentesco.

En efecto, los vínculos de amistad o parentesco siempre van a producir algún tipo de prejuicio, interés u otro motivo de parcialidad por parte del testigo.

Somos de la opinión que la técnica legislativa empleada para redactar el artículo 389 es inadecuada a los propósitos de establecer motivos o causales de impugnación por parcialidad; y es que la norma parte del supuesto de “la existencia de vínculos con algunos de los intervenientes que afectaran o pudieran afectar su imparcialidad”; aspecto que quedaba cubierto si en vez se hubiera partido de la existencia de cualquier perjuicio, interés u otro motivo de parcialidad por parte del testigo, porque se ha determinado que la parcialidad deriva de factores tales como: el miedo, la inmunidad, el interés sexual afectivo, las razones políticas, compatibilidad o incompatibilidad en la visión de mundo, parentesco, amistad, identidad con alguna de las partes (sexo, raza y religión), venganza, interés pecuniario.

No obstante, si algo podemos decir a favor de la redacción del artículo 389 es que al final termina diciendo “...o alguna otra circunstancia que afecte su imparcialidad”, con lo que se abre la puerta a otros motivos y causas de impugnación sobre la credibilidad del testigo.

5.8.1. El rencor.

No podemos dejar de tratar el rencor, como motivo de impugnación de la credibilidad del testigo, y el cual consiste en una emoción intensa que distorsiona la percepción de los hechos, como efecto de la odiosidad que el testigo siente por el acusado y que, por lo tanto, afecta su imparcialidad.

Vale traer como ejemplo un diálogo reproducido de la Película “Mississippi”, del director Rob Reiner, 1996, para ilustrar una impugnación por recores del testigo⁸¹.

Ejemplo:

Fiscal: En 1986 cuando el señor Beckwith supuestamente le dijo eso usted fue directamente ante las autoridades, ¿no es así?

Señor P.: No

Fiscalía: Debió habérselo contado a alguno de sus amigos.

Señor P.: NO.

Fiscalía: ¿No le dijo a nadie que su arrendador le había admitido matar a alguien?

Señor P.: No, en ese momento no.

Fiscalía: Señor Prince, el señor y la señora Beckwith lo echaron de su casa debido a que usted tenía un problema de alcoholismo, ¿no es así?

Señor P.: Yo tenía un problema de alcohol, pero no fue por eso que...

Fiscalía: Usted le tiene poco afecto al señor Beckwith por haberlo expulsado, ¿verdad?

5.8.2. Otro ejemplo de impugnación por recores del testigo⁸².

⁸¹ Cfr. Mississippi (Película: Fantasmas del pasado - Mississippi), Rob Reiner, Drama, 130 minutos, EE0, UU., 1996.

⁸² Cfr. Witness for the prosecution (Película: Testigo de cargo). Adaptación de la obra de Agatha Christie, Billy Wilder, Drama Judicial, 116 minutos, EE.UU., 1957.

Otro ejemplo práctico de impugnación por rencores del testigo tomado de “Witness for the prosecution” (Película: Testigo de cargo), adaptación de la obra de Agatha Christie, Billy Wilder, Drama Judicial, EE.UU., 1957.

- Defensa: Usted ha declarado acerca de dos testamentos. En el primero, el que fue revocado, ¿no quedaba para usted todo el patrimonio de la señora French?
- Ama de llaves: Sí, así es.
- Defensa: Mientras que en el nuevo testamento, salvo el legado de una pequeña suma anual, el principal beneficiario es el prisionero Leonard Vole, ¿no es así!?
- Ama de llaves: ¡Sería una tremenda injusticia si él llega a tocar un centavo de ese dinero!
- Defensa: Es totalmente comprensible que usted sea hostil al acusado.
- Ama de llaves: No soy hostil a él... es un astuto canalla, eso es lo que es. Pero no soy hostil a él. (Risas en el auditorio)
- Defensa: Y asumo que su opinión es debido a que la amistad del prisionero con la víctima la privó de una buena herencia.
- Ama de llaves: Nunca me cayó bien.
- Defensa: Su franqueza es alentadora.

6. EL RE-CONTRainterrogatorio.

Si hay un interrogatorio re-directo, como consecuencia de un contra-interrogatorio, entonces, por regla lógica del debate, debe

haber un re-contrainterrogatorio, de lo contrario se estaría rompiendo el equilibrio de igualdad de las partes a la adversariedad de la prueba testimonial. Salvo que el litigante a quien corresponda el re-contrainterrogatorio renuncie a ejercerlo.

El re-contrainterrogatorio se guía por las mismas reglas del contrainterrogatorio, por lo que sólo se debe refutar lo dicho en el re-directo.

El re-contrainterrogatorio tiene dos aspectos que deben ser atentamente considerados por el litigante:

- a. El litigante puede evitar el re-contrainterrogatorio y no hacer uso de él; y es que sólo debe hacer uso de ese recurso en casos excepcionales, porque el testigo es adverso y con cada pregunta le estará dando más posibilidades de hacer más daño al caso propio.
- b. El re-contrainterrogatorio puede ser un buen recurso, empleado con habilidad, para refutar todo aquellos aspectos que la contraparte logró convalidar con el re-directo.

No obstante, el re-contrainterrogatorio puede ser un arma de doble filo, que el litigante debe empuñar sólo cuando está seguro de tener el momento correcto y la pregunta correcta.

PARTE V

TECNICAS DE ARGUMENTACIÓN

1. EL DISCURSO JUDICIAL.

Para exponer un discurso judicial con el propósito de convencer se debe atender a premisas y argumentos universales, que sean aceptables, en principio, por todos los miembros del auditorio concebido universalmente.

Bajo la perspectiva de la universalidad del discurso, la originalidad misma del expositor, asociada con las nociones de verdad, de razón, de coherencia y de argumentación serán mejor comprendidas por el auditorio en visión universal.

2. CLASES DE DISCURSO.

Podemos distinguir, necesariamente, tres géneros de discurso en retórica: el deliberativo, el judicial, el epidíctico.

2.1. El discurso deliberativo.

En el género deliberativo el orador aconseja o desaconseja y su opinión concluye en lo que parece más útil

2.2. El discurso judicial.

En el género judicial, acusa o defiende para decidir lo justo

2.3. El discurso epidíptico.

En el discurso epidíctico alaba o critica y tiene que ver con lo bello y lo feo. Se le llama también discurso demostrativo y se identifica con el género literario de la antigua retórica u oratorio grecorromana. Suele ser practicado por legos o aquél que en el escenario improvisa para alabar, elogiar o simplemente criticar.

3. EL DISCURSO Y LA ARGUMENTACIÓN.

Se debe tener en cuenta que hay una relación entre el discurso y la argumentación; por lo que el expositor debe identificar las partes del discurso y relacionarlo con la estructura de la argumentación para darle sentido y coherencia al discurso judicial.

3.1. El discurso consta de tres partes.

El exordio, la narración, y el argumento.

3.2. La argumentación se estructura en dos momentos.

La argumentación se estructura en prueba y refutación.

3.3. La unión entre las partes del discurso y la estructura de la argumentación.

Si se unen los requerimientos formales de las partes del discurso y la estructura de la argumentación, el litigante debe funcionar en base a cinco momentos:

El exordio, la narración, el argumento: La prueba y la refutación

3.3.1. El exordio

El exordio es la parte inicial del discurso. Su objetivo es el de ganarse la atención o simpatía del Tribunal o juez hacia el asunto objeto del discurso.

Al tratarse del momento inicial del discurso, el exordio proporciona la primera ocasión que tiene el orador de influir en el Tribunal, Juez o público y de captar su atención y hasta su voluntad.

La simpatía del Tribunal, Juez o público depende del grado de convicción con que se presente la causa defendida; y en este sentido el litigante debe tener en cuenta que hay cinco clases de causas: digna, insignificante, dudosa, extraordinaria y oscura.

En la expresión exordia del discurso el litigante debe activar, estructuralmente, uno de los diversos medios o fórmulas de conseguir la atención del auditorio:

- a. El orador debe insistir en que el asunto del que va a ocuparse en el discurso que está comenzando es de gran importancia, ofreciendo puntos referentes de interés
- b. Pedir explícitamente que el auditorio preste atención a aspectos particulares referente al objeto del discurso.
- c. Prometer que se tendrá brevedad, y que el discurso tendrá por objeto la presentación de la verdad sobre el debate.
- d. Presentar el asunto como pertinente a los intereses del propio público; para eso debe hacer que el Tribunal, Juez o público se identifica con la causa que defiende.

3.3.2. La narración.

La narración es la exposición de hechos como han ocurrido o como se supone que han ocurrido.

El litigante debe usar la narración para presentar su caso con el propósito de reconstruirlo desde la visión de la teoría del caso.

3.3.2.1. Tipos de Narración.

Por su contenido se distinguen varios tipos de narración, a saber:

- La narración ante los juzgados o tribunales.
- La narración de ejemplos.
- La narración literaria, relativa a los hechos y a las personas.
- La fábula que es un relato legendario.
- La historia: que es la narración de hechos reales por fuera de nuestra época.
- La ficción: hechos imaginarios que pueden o pudieran ocurrir.

3.3.2.2. Los tres requisitos de la narración.

a. La narración debe ser breve.

Es por ello que debe comenzar en el punto objeto del debate, en el punto central del asunto, esto le dará al discurso un inicio fuerte y del interés al auditorio.

b. La narración debe ser clara y presentar el problema jurídico en el orden cronológico como sucedieron los hechos.

Con la presentación ordenada de los hechos se evita el desorden y la confusión. En la narración debe evitarse, en lo posible, saltar de un tema a otro porque se distrae la atención del auditorio y se pierde el sentido lógico del discurso. El litigante debe evitar remontarse a los hechos más lejanos ni llegar a los últimos sacrificando la secuencia cronológica. La claridad expresiva es lo que busca la narración y se logra siendo leal al orden lógico e histórico, esto es a la cronología; porque la verdad cronológica será lo que le dará sentido a la narración y le dará credibilidad al discurso.

c. La narración debe ser lógica y ajustada a los hechos.

Se refiere a que debe ser creíble. La prueba en el debate judicial gira en torno a hechos, y por ello la credibilidad va a depender de la adecuada narración que se haga de los hechos y la correcta descripción de la prueba, adecuándose a la cronología de los hechos que sucedieron. En este orden, si se hace un buen recuento de hechos y se explican las causas de los acontecimientos y sus consecuencias, entonces, el litigante debe orientar al auditorio a una reconstrucción de los hechos, conforme a su teoría del caso.

3.3.2.3. Los principios de la narración.

Para que una narración sea eficaz el litigante debe tomar en cuenta por lo menos 4 principios estructurales.

3.3.2.4. Utilidad.

La narración es útil cuando nos sirve para sustentar los hechos que queremos dejar presente en la mente de las partes o en el público, en función de la reconstrucción que se plantea conforme a la teoría del caso.

3.3.2.5. Lógica.

La narración tendrá por contenido, indefectiblemente, una reconstrucción ideal de hechos. Luego, entonces, la fundamentación lógica es ineludible. Es por ello que la narración será ilógica cuando no se ocupa de la posición del tema desde la posición que representa el litigante.

3.3.2.6. Claridad.

La narración se presenta de manera clara cuando exponemos los argumentos que favorecen y cuando se exponen en forma entendible los argumentos que se pretendan hacer valer en el juicio, razón por la cual el discurso es oscuro cuando adolece del propósito definido por la posición que se representa y por la claridad requerida.

3.3.2.7. Precisión.

La narración debe estar dirigida hacia la propia causa, pasando por lo alto, siempre que se pueda, las circunstancias desfavorables, mencionándolas de pasada cuando sea obligatorio para no perder

credibilidad y hasta explicando con brillantez y claridad lo que nos sea favorable.

3.4. El argumento.

Es la estructuración de un mensaje contentivo de razones para demostrar una verdad o certeza, teniendo por objetivo ilustrar, sustentar, justificar, aclarar, explicar, y por finalidad convencer.

El litigante debe estar claro que el modelo de discurso que nos ocupa es el discurso judicial y que, el género del discurso judicial, es para acusar o defender para decidir lo justo; luego, entonces, cuando un argumento expuesto en discurso judicial es incorrecto o sus razones son insuficientes, apresuradas o dudosas caemos en el escenario de las falacias.

3.4.1. En el argumento debe reflejar el contexto social.

Si hemos dicho que el argumento es una verdad o certeza, que tiene por objetivo ilustrar, sustentar, justificar, aclarar, explicar, y por finalidad convencer; entonces, la argumentación siempre va a exponer un contexto social particular.

Ese contexto social particular al que atiende el argumento son las circunstancias específicas de un momento dado y constituye la situación en la que se encuentran el emisor y el receptor del discurso y la argumentación, razón por la que el argumento se puede plantear a favor y en contra, pues se expone sobre la verdad o certeza sobre un mismo contexto social.

La interpretación del contexto social es de vital importancia para la argumentación; y es que el emisor puede interpretar la situación en forma diferente a la de la contraparte y del receptor. Si la interpretación entre emisor, contraparte y receptor es diferente en todos los aspectos relevantes, entonces, es imposible el acuerdo de ideas.

En este sentido, para entender que el argumento debe atender al contexto social del hecho en particular o las circunstancias es cuestión de entender que se trata de interpretar y no de crear; en efecto, no se trata de que el litigante cree la situación de contexto social particular sino que la interprete según su verdad y certeza, de allí que ni el emisor, la contraparte ni el receptor pueden evitar ser influenciados por la situación de contexto particular.

Ahora bien, puede suceder que los litigantes puedan crear una situación, pero partiendo de las condiciones periféricas y definiendo la situación frente al contexto social de verdad y certeza objeto de la interpretación; porque el contexto social está, en gran medida, predeterminado y los litigantes deben obedecer ciertas reglas establecidas para el establecimiento de la verdad y certeza y considerar que la contraparte y el receptor pueden tener otro argumento interpretativo del contexto social particular.

3.4.2. Las 8 premisas del argumento.

Para argumentar en el discurso judicial debemos tomar en cuenta ciertas premisas generales:

1. Las contrapartes y el receptor siempre deben usar el lenguaje que normalmente se utiliza en los estrados judiciales.

2. Las contrapartes que participan en la argumentación deben hacerlo en igualdad de reglas.

3. El litigante, mediante la argumentación, debe expresar lo que quiere para poder estar comprometido con el argumento.

4. El receptor debe entender lo que el litigante emisor argumenta y evaluarlo de acuerdo con el conocimiento común, atendiendo al texto, contexto y pretexto de lo que se debate.

5. Los litigantes argumentistas deben tener libertad para acreditar cualquier circunstancia que deseen y cualquier información que consideren relevante para justificar la tesis propia o refutar la contraria.

6. El litigante argumentista que intenta justificar la tesis propia o refutar la contraria no debe partir del supuesto que los demás acogerán su tesis.

7. El litigante argumentista debe poder debatir las afirmaciones hechas por cualquier contraparte y hasta del receptor para justificar la tesis propia o refutar la contraria.

8. La interpretación del contexto social particular debe poner al litigante argumentista en la condición de defender su argumento de cualquier cuestionamiento de la parte contraria.

3.4.3. Importancia práctica de las 8 premisas.

La importancia práctica de estas ocho (8) premisas es facilitar la elaboración de la argumentación, al establecer un contexto social

particular sobre el que es posible concentrarse en los aspectos específicamente relevantes a la argumentación.

3.4.3.1. Las primeras 4 premisas son de transmisión de información.

Las cuatro primeras premisas son relevantes para la transmisión de información, aunque no son específicas de la argumentación. Permiten establecer parámetros de comunicación eficaz.

También permiten establecer el tipo de contexto social particular que debe asumirse en el campo de la teoría de la argumentación si se quiere evitar factores que no tienen que ver con la argumentación.

3.4.3.2. Las últimas 4 premisas atienden a la argumentación significativa.

Las últimas cuatro premisas también son prácticas pero al mismo tiempo están determinadas por principios, ya que todas se refieren a las condiciones básicas para la argumentación significativa.

El litigante argumentista debe tener en cuenta que desatender cualquiera de estas premisas implicaría una disminución en la eficacia argumentativa

4. LA ARGUMENTACIÓN MEDIANTE EL DISCURSO PRÁCTICO RACIONAL.

Vamos a partir de una definición práctica de argumentación, y estableceremos que es una actividad social, intelectual, verbal de

opinión que sirve para justificar o refutar una opinión y que se estructura en base a un conjunto de enunciados dirigidos a obtener la aprobación del receptor.

De la teoría de la argumentación se pueden extraer distintos enfoques sobre la racionalidad.

En efecto, si argumentar es apelar al receptor para una evaluación racional de la verdad y certeza que se expone, entonces la teoría de la argumentación nos proporciona los parámetros de la racionalidad práctica que deben aplicarse a la evaluación.

4.1. Las concepciones tradicionales de racionalidad

Entre las concepciones tradicionales de la racionalidad podemos identificar las siguientes:

Lógica formal.

Dialéctica o lógica no formal.

La empírica.

Crítica o trascendental.

4.2. La argumentación es el contenido central del discurso.

Porque el argumento es el contenido del discurso es por lo que el exordio y la narración tienen como finalidad preparar al receptor para la presentación de informaciones en función de convalidar con él la posición argumentativa del litigante argumentista.

La presentación de información consiste en la aducción y práctica de determinadas pruebas, que favorecen al juicio pero atendiendo a la sustentación argumentativa de la parte y en la negación de otras, las que contradicen el argumento propio; y para que la concepción de la realidad que se plantea sea aceptada por el receptor son necesarios un exordio adecuado y una narración convincente, como pasos previos a una argumentación eficaz.

Lo expuesto nos lleva a una conclusión, el estudio de la estructura de la argumentación es, ante todo, el estudio de las pruebas que son aducidas y practicadas en apoyo del juicio, pero desde la perspectiva del discurso.

4.3. Características de la argumentación práctica y racional.

4.3.1. Argumentar es una actividad social.

El ser humano es un ser social por naturaleza, por lo que está en constante interrelación con los demás.

4.3.2. Argumentar es una actividad intelectual.

Para argumentar se necesita conocimiento, y a ese conocimiento se le debe dar forma racional.

4.3.3. Argumentar en el proceso acusatorio es una actividad, principalmente, verbal.

Para argumentar se necesita hablar concreta y lógicamente, ello implica adaptar el discurso y su contenido argumentista a reglas de interacción para que alcance su eficacia.

4.3.4. Argumentar es un asunto de opinión.

Cuando argumentamos tenemos nuestra propia concepción de los hechos, de allí que se trata de un compromiso propio con el discurso y el argumento.

4.3.5. El propósito de la argumentación es justificar o refutar una opinión.

Como el propósito de la argumentación es justificar la tesis propia o refutar el contrario, entonces, la argumentación implica un conjunto de enunciados.

4.3.6. La argumentación está dirigida a la obtención de la aprobación del receptor.

Es por ello que argumentar es exponer una concepción de verdad o certeza sobre un aspecto social particular.

5. REPLANTEAMOS ENTONCES LA FINALIDAD DE LA ARGUMENTACIÓN EN EL DISCURSO PRÁCTICO RACIONAL.

Desde el punto de vista del proceso judicial oral, la argumentación es el contenido del discurso práctico que tiene como

finalidad sustentar y defender, con razonamiento, una tesis, es decir, una idea con la que se quiere probar o sustentar una hipótesis.

Desde la estructura misma de la argumentación es el arte de organizar razones para persuadir o disuadir al receptor.

En cuánto ciencia es la disciplina que estudia las técnicas discursivas que permiten persuadir o disuadir a una o muchas personas sobre la tesis que propone el argumentista.

6. LA ESTRUCTURA DE LA ARGUMENTACIÓN.

Educarnos en las reglas de la argumentación tiene el propósito de aprender a no confundir los juicios o motivos de la argumentación con las razones de justificación; y es que ese manejo estructural es lo que nos va a permitir entender que sólo las justificaciones pueden ser susceptibles de crítica en el contradictorio.

6.1. De las premisas a las inferencias.

Cuando argumentamos, aplicando las reglas de una argumentación estructural, debemos tener en cuenta que expresamos un conjunto de conocimientos lingüísticas que se conectan, en forma lógica, por lo que debemos cuidar que entre ellas haya coherencia, para que sea aceptable por el receptor, sea Juez, tribunal o auditorio.

Como contenido del discurso práctico racional, argumentar, entonces, viene a ser un conjunto de razones, de proposiciones utilizadas en un proceso comunicativo, llamadas premisas, que

justifican o apoyan otra, llamada conclusión; es así que la conclusión debe ser una deducción de las premisas.

El trabajo del argumentista en el proceso judicial oral supone, entonces, exponer un conjunto seleccionado de razones ordenadas, a las que va a llamar premisas, en donde la conclusión se debe deducir, de manera lógica, de la práctica expositiva de esas premisas, y el nexo que debe unir la conclusión con las premisas se denomina inferencia.

Ahora bien, en el discurso práctico racional no se trata, simplemente, de exponer un silogismo sino basarse en esa estructura lógica para argumentar; y es que la argumentación en el juicio oral tiene una amplia estructuración, entre las que podemos referir, que inicia con la teoría del caso, pasando por la acreditación de testigos para la aducción y práctica de pruebas para sustentar la teoría del caso, impugnaciones, refutaciones y el alegato conclusivo.

6.2. Los tres elementos de la argumentación.

En toda argumentación se deben distinguir tres elementos, a saber:

- **El objeto** de la argumentación. Es el tema sobre el cual se argumenta.
- **La tesis.** Es la postura que el litigante presenta respecto al tema objeto de argumentación.
- **Los argumentos.** Son las razones en las que el litigante basa su postura ante el tema objeto de la argumentación.

Lógicamente los argumentos deben estar directamente relacionados con el objeto de la argumentación y con la tesis que se defiende.

7. TIPOS DE ARGUMENTACIÓN.

Cuando argumentamos lo hacemos para justificar o defender una idea u opinión propia o aceptada por nosotros; entonces el objeto de la argumentación es mostrar la validez de nuestra posición o, eventualmente, exponer nuestro desacuerdo con un enfoque diferente al nuestro.

7.1. Según el objetivo que se pretenda alcanzar, hay dos tipos de argumentación.

7.1.1. La argumentación positiva.

Consiste en presentar argumentos que respalden nuestra postura ante el tema objeto de la argumentación. También se le puede denominar argumentación probatoria.

7.1.2. La argumentación negativa.

Consiste en aportar argumentos que sirvan para rechazar los contrarios a nuestra postura. También se le puede denominar argumentación de refutación.

7.1.3. La adecuación del tipo argumentativo.

Cuando vayamos a preparar una argumentación debemos identificar el objeto y dependiendo de ello, entonces, encausarla en los tipos.

Las clases más importantes de argumentación son:

7.1.3.1. Argumentos racionales.

Los argumentos racionales son aquellos que se basan en las ideas y verdades admitidas y aceptadas por el conjunto de la sociedad.

7.1.3.2. Argumentos de hecho.

Los argumentos de hecho son aquellos que se basan en pruebas verificables.

7.1.3.3. Argumentos de ejemplificación.

Los argumentos de ejemplificación son aquellos que se sustentan en ejemplos concretos.

7.1.3.4. Argumentos de autoridad.

Los argumentos de autoridad son aquellos que están basados en la opinión de una persona de reconocido prestigio sobre el tema en debate.

8. LA LÓGICA ARGUMENTATIVA.

Es importante entender que para que una argumentación sea correcta, los razonamientos deben estar sujetos a las leyes de la lógica.

Cuando en un discurso argumentativo no se utiliza la lógica o se utiliza incorrectamente, entonces, el sentido del discurso será incoherente, y nos encontraremos ante una mala argumentación.

Una mala argumentación se produce muchas veces como consecuencia de la ignorancia o inexperiencia. Pero en ocasiones se recurre a argumentaciones incorrectas de forma consciente, con la intención de convencer al receptor del mensaje por medios no racionales

8.1. Errores en la lógica argumentativa.

En general, podemos hablar de dos grandes tipos de argumentos no sujetos a las leyes de la lógica: los argumentos incorrectos y los falsos argumentos.

8.1.1. Los argumentos incorrectos.

Se derivan de la mala utilización de la lógica argumentativa, y son especialmente frecuentes en las personas inexpertas. Entre ellos se destacan los siguientes:

8.1.2. Elevar lo particular a la categoría de general.

Este error se basa en hacer generalizaciones a partir de uno o varios datos que resultan insuficientes.

8.1.3. Incurrir en círculos viciosos.

Es un error que consiste en utilizar dos hechos indistintamente como causa y consecuencia. Quien cae en este error no hace más que dar vueltas a las ideas sin aclarar nada.

8.1.4. Establecer falsas relaciones de causa-efecto.

Sucede cuando no sabemos diferenciar cuál es la causa y cuál es el efecto.

8.2. Los falsos argumentos.

Son, en realidad, modos de persuasión ajenos a la lógica argumentativa. Los más utilizados son los siguientes:

8.3. Apelar a los sentimientos del receptor.

Este procedimiento persuasivo va desde el halago hasta la compasión pasando por la amenaza.

8.4. Apelar a la importancia, al prestigio o a la autoridad del argumentista.

Este tipo de argumentación trata de captar la adhesión incondicional del receptor o del auditorio no por la tesis en sí, sino por la persona que la defiende.

9. ARGUMENTACIÓN, PERSUACIÓN Y MANIPULACIÓN.

Manipular es intervenir con medios hábiles y a veces con artimañas en las relaciones interpersonales para favorecer a los intereses propios o ajenos.

La argumentación requiere del discurso para comunicar, de las pruebas para convencer y de la psicología para emocionar.

Se puede argumentar con simples fines persuasivos, pero aquí vale señalar que en ocasiones se alude a pruebas que no son reales sino en la apariencia, por lo que la argumentación no se basa en la prueba y el fin no es manifiesto, por lo que se convierte en manipulación.

En la argumentación es insoslayable la importancia que tiene el conocimiento de los hechos, para elaborar un texto argumentativo técnicamente correcto, coherente, lógico, pero sobre todo, verosímil.

No se puede argumentar, razonadamente, sobre un tema que no se conoce a no ser que se improvise y estaríamos entrando en la zona del discurso epidíctico y no jurídico.

El argumento elaborado simplemente para persuadir se sustenta en lo que se denomina razón contingente; y en el contexto de la razón contingente todo es relativo, no hay nada absoluto.

En el alegato persuasivo se pueden identificar aspectos relativos a la intencionalidad y a uso de la retórica.

En efecto, la persuasión es siempre intencional, por lo que la finalidad del acto es evidente en el propósito que se busca; intencionalidad que el discursante intentará que sea compartida con el receptor.

Pero la persuasión se basa, también, en un eficiente manejo del lenguaje común, por lo que el uso de la retórica constituye la estrategia para hacer valer las razones que se quieran demostrar.

Ahora bien, debemos estar claros en que la manipulación se diferencia de la persuasión, básicamente, por la existencia de dos niveles de intencionalidad: un supuesto intencional que se le presenta al receptor como objeto del discurso; pero otro de los niveles de intencionalidad no es presentado al receptor, porque el emisor lo oculta, intencionadamente. Es en la intencionalidad oculta en el que se produce la manipulación. La manipulación se vale de la ocultación de información o su deformación hasta la mentira y la propaganda.

10. LAS FALACIAS.

10.1. Marco conceptual.

Las falacias son refutaciones aparentes o muy convincentes aunque lógicamente inadmisibles; porque se sustentan en cuestiones de orden psicológico pero no lógicos.

10.2. ¿Qué es una falacia?

El argumento se basa en razones en las que el litigante basa su postura, y las razones deben estar directamente relacionadas con el objeto de la argumentación y la tesis que se está defendiendo.

En este sentido, si el argumento se estructura de forma errónea o es utilizado con el fin de engañar, distraer al adversario o para fines de fraude procesal, entonces estamos en el terreno de las falacias.

Si tomamos la definición de falacia, directamente, de la raíz latina, “fallatia” significa engaño, fraude, falsía, dolo, mentira, engaño, es también intentar hacer mal a otro, perfidia, alevosía, capciosidad, doblez.

Falacia, entonces, es una deformación del razonamiento, en que intencionalmente se manipulan las premisas en que se funda el argumento.

Una falacia puede ser una creencia errónea de la realidad. Pero en la argumentación lógica, una falacia es un defecto técnico que hace que un razonamiento no sea válido o confiable.

10.3. Las causa de las falacias.

- a. Abandono de la racionalidad.
- b. No discutir la cuestión en litigio.
- c. No respaldar lo que se afirma.
- d. Olvidos y confusiones.

PARTE VI EL ALEGATO FINAL

1. CONCEPTO.

El alegato final es el ejercicio de un discurso práctico racional y argumentativo que debe iniciar y terminar con la racionalización de la prueba efectivamente producida o validada en la audiencia del juicio oral.

Ahora bien, advertimos que no se debe ver desde la óptica de un simple discurso ni de una mera argumentación porque tiene particularidades que son propios de un discurso práctico judicial y argumentativo de racionalidad judicial.

2. EL ALEGATO FINAL SE EXPRESA EN UN DISCURSO PRÁCTICO RACIONAL.

En el debate probatorio frente a la imparcialidad del juez en que se sustenta la justicia penal acusatoria oral, pública, adversarial y concentrada implica también un debate en torno a la aplicación de reglas y la interpretación de principios en busca de la solución correcta en el caso que se juzga; pero, no obstante, estos dos niveles del debate judicial (reglas y principios), al decir de Alexy deben, ciertamente, complementarse con un tercero, a saber, con una teoría de la argumentación jurídica, que dice cómo, sobre la base de ambos niveles, es posible una decisión racionalmente fundamentada⁸³.

Siguiendo la teoría alexiana, un discurso racional práctico es un procedimiento para probar y fundamentar enunciados normativos y valorativos por medio de argumentos. La racionalidad del discurso se

⁸³ ALEXY, Robert. **Derecho Y Razón Práctica**. 1ra Edición; 2da reimpresión; Delegación Coyoacán (México D.F.): Fontamara, 2002, p. 21

define por un conjunto de reglas del discurso. Estas reglas garantizan el derecho de cada ser humano a participar en el discurso y el derecho de cada participante de presentar y criticar cualquier argumento⁸⁴.

3. SUPUESTOS BÁSICOS DEL DISCURSO PRÁCTICO RACIONAL.

El punto de partida de la argumentación jurídica es que la jurisprudencia y, por tanto, las alegaciones de los litigantes y la decisión judicial trata, en definitiva, siempre, de cuestiones prácticas, por lo tanto, se discurre sobre lo que está ordenado, prohibido y permitido. La argumentación jurídica es por ello un caso especial de la argumentación práctica en general⁸⁵.

Sin entrar a abordar aquí la argumentación práctica en general, vale sí preguntarnos ¿Por qué la argumentación jurídica es un caso especial de la argumentación práctica en general?

La argumentación jurídica es un caso especial de la argumentación práctica en general, porque está ubicado bajo una serie de vínculos institucionales, como la vinculación a la ley, al precedente y a la dogmática; es así, entonces, que el alegato final en el juicio oral está condicionado a ejercerse en el contexto de la ley, bajo la orientación de los precedentes y limitado por los dogmas de la justicia penal acusatoria. Estos vínculos que se adaptan y se cumplen mediante el sistema de reglas del juicio oral (expuesto al inicio de este estudio) es lo que le da la forma y prevé cuál debe ser el fondo del

⁸⁴ *Ibid.*, p. 39

⁸⁵ *Ídem.*

alegato final mediante el ejercicio de la argumentación jurídica. Este sistema de vínculos institucionales se aplican tanto para la subsunción bajo reglas como para la ponderación bajo principios, de allí la importancia de que hoy tanto el litigante como el operador de justicia distingan la operatividad de las reglas y los principios en el escenario de la justicia penal acusatoria.

Con razón dice Alexy que por lo que respecta a los principios, ha quedado claro que su estructura, en cuanto mandatos de optimización, lleva a que, siempre que exhiban un contenido moral, en su aplicación haya que contestar siempre cuestiones morales. Este es un aspecto de la tesis general de que todos los caso más o menos problemáticos son necesarias valoraciones que no pueden extraerse obligatoriamente del material autoritativamente fijado. La racionalidad de la argumentación jurídica depende por ello esencialmente de sí, y con qué alcance, estas valoraciones adicionales son susceptibles de un control racional.

El alegato final, en el juicio oral, entonces, es el momento procesal para que el litigante recurra al ejercicio argumentativo y, mediante el discurso práctico racional, establezca las conclusiones fundamentales que derivan de los hechos probados y la teoría jurídica esbozada.

Dice Atienza que argumentar en Derecho penal es, más que otra cosa, una argumentación sobre hechos, aunque ciertamente se trate de hechos cualificados por (o vistos a través de) normas⁸⁶.

⁸⁶ ATIENZA, Manuel. *Cuestiones Judiciales*. 1ra Edición, 2da Reimpresión; Delegación Coyoacán (México D.F.): Fontamara, 2004, p. 25

En el alegato final no solo le está permitido al litigante sugerir conclusiones al tribunal acerca de la prueba aducida y presentada, sino que puede establecer conclusiones de valoración probatoria.

El alegato final es en el momento procesal donde el litigante que ya debió haber producido la prueba para sustentar sus teorías fáctica y jurídica, ahora puede ordenar toda la argumentación basada en los hechos probados conforme a la narración expuesta en su teoría del caso y conforme a la prueba producida; y es que habiéndose bosquejado las teorías fáctica y jurídica, es el momento de la argumentación práctica racional para convencer de la razón de la causa.

En el supuesto que la defensa haya optado por no haber presentado una teoría del caso no lo excluye del alegato final y tampoco dice que no tuviera una teoría del caso, sólo que por estrategia y amparado en el derecho de guardar silencio del acusado optó por no exteriorizar la teoría del caso, pero, entonces, el alegato final debe ser el momento de develar cual era esa teoría del caso que no expuso pero en base a la cual debe sustentar su alegato final⁸⁷.

4. FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA.

⁸⁷ Vale traer a cita un extracto de BAYTELMAN y DUCE, Ob. Cit., p. 389, cuando dicen que: "El alegato final no es lo mismo que el alegato de apertura o que un alegato en el sistema de recursos. Tampoco es cualquier cosa que al abogado se le ocurra pararse a decir. No es un ejercicio emotivo, ni retórico, ni de oratoria y, por sobre todo, no es una última y mágica oportunidad para salvar un mal juicio. El alegato final es un ejercicio argumentativo por excelencia y no cualquier ruido que sale de la boca de un litigante equivale a un argumento (mucho menos a un argumento efectivo). Hay ruidos que son solo eso: ruido. Para que el alegato final cumpla con efectividad su función argumentativa respecto de la prueba, se requiere mucha claridad del litigante acerca de en qué consiste el alegato final, así como destrezas muy concretas asociadas a él".

La fundamentación jurídica de la facultad que tienen los litigantes para realizar sus alegaciones finales la encontramos en el artículo 371 del Código y se refiere a que una vez terminada la recepción de las pruebas, el Presidente concederá, sucesivamente, la palabra al Fiscal, al querellante y al defensor, para que en ese orden, por un término que no exceda de una hora, expresen sus alegatos finales.

En las exposiciones de los alegatos finales no se podrán leer memoriales ni libros de texto, sin perjuicio de la lectura parcial de notas.

Agotada la fase de alegatos se concederá un término razonable para que las partes puedan replicar, pero corresponderá al defensor la última palabra. La réplica se limitará a la refutación de los argumentos adversarios que antes no hubieran sido discutidos.

Quien preside el juicio impedirá cualquier divagación, repetición o interrupción. Al finalizar el alegato, el orador expresará sus conclusiones de un modo concreto.

5. OBJETIVOS PRÁCTICOS GENERALES Y ESPECÍFICOS.

En las alegaciones finales los litigantes deberán mostrar, argumentativamente, al tribunal de juicio o juzgador la manera cómo cada hecho probado y cada prueba presentada y cada información aportada al juicio se enlazan para demostrar las proposiciones fácticas, jurídicas y probatorias que hacer creíble la teoría del caso.

Es un objetivo práctico específico de las alegaciones finales la exposición de conclusiones; porque es en el alegato final que los

litigantes le darán unidad y coherencia argumentativa al relato construido expresando sus conclusiones (artículo 371).

El litigante debe entender que el sentido de la racionalidad práctica de su alegación final es que ese momento de su exposición oral es para iniciar y terminar con la argumentación de la prueba efectivamente producida en el juicio; y ello obedece a que una vez terminada la presentación de la prueba, el tribunal de juicio o el juzgador tiene mucha información pero pocas conclusiones, y necesitan de conclusiones para tomar la decisión de condenar o absolver a la persona o las personas sometidas a juicio.

No olvidemos que la decisión que toma el tribunal de juicio es en base a la prueba aducida y producida en el juicio oral y no en base a ningún expediente previamente analizado (como sucedía en la justicia inquisitiva); ello implica que el tribunal de juicio no ha investigado el caso, por lo que la decisión que tomen estará influenciada por las conclusiones que puedan extraer de la prueba presentada y debatida en el juicio oral.

Concluida la fase del debate probatorio en el juicio oral, el tribunal de juicio necesita de conclusiones en torno a la simplificación y entendimiento del cúmulo de información que se ha vertido en la audiencia y no sólo identificar la relevancia de los hechos sino también la argumentación de por qué una determinada interpretación sobre un hecho y la prueba que lo sustenta es superior a otras.

En este sentido, entonces, serían un error estratégico del litigante invertir tiempo valioso en un disertación jurídica sin contenido de valoración probatoria, ni de afirmaciones concluyentes, porque el tribunal de juicio lo que necesita para entrar a deliberar es luz para

ordenar el conjunto de la prueba presentada y extraer la verdad de los hechos conforme a la prueba debatida pero ordenada conforme a conclusiones que se sustentan en una teoría jurídica.

6. CONTENIDO MÍNIMO DEL ALEGATO FINAL.

El alegato final debe atender al mínimo de dos aspectos ineludibles, en base a los cuales debe adquirir la calidad de alegato final o alegato de conclusión.

Esos aspectos se refieren a cuestiones de forma y de fondo que determinan un contenido mínimo eficaz y cuya inobservancia puede conllevar a caer un simple discurso o un mero alegato.

6.1. El aspecto formal de los alegatos.

Los alegatos deben cumplir un aspecto formal relacionado, directamente, con las previsiones procedimentales contenidas en el Código de procedimiento y relativas a lo siguiente:

6.1.1. El tiempo de duración del alegato.

Sobre el tiempo de duración del alegato debemos atender al texto del artículo 371 del Código, que como cuestión de forma establece que terminada la recepción de las pruebas, el Presidente concederá, sucesivamente, la palabra al Fiscal, al querellante y al defensor, para que en ese orden, por un término que no exceda de una hora, expresen sus alegatos finales.

No se podrán leer memoriales ni libros de texto, sin perjuicio de la lectura parcial de notas.

Agotada la fase de alegatos se concederá un término razonable para que las partes puedan replicar, pero corresponderá al defensor la última palabra. La réplica se limitará a la refutación de los argumentos adversarios que antes no hubieran sido discutidos.

Quien preside el juicio impedirá cualquier divagación, repetición o interrupción. Al finalizar el alegato, el orador expresará sus conclusiones de un modo concreto.

6.1.2. Establecer la relación del alegato final con la narración presentada en la teoría del caso.

En la exposición del alegato final algunos testigos presentados en juicio por la parte pueden no ser valorados, se podrá omitir información, algunas inconsistencias del caso pasadas por alto, algunos aspectos de la teoría jurídica esbozada obviados, no obstante, en su conjunto, el alegato final debe ser un efecto directo de la narración expuesta en la teoría del caso, lo que debe producir credibilidad en el tribunal de juicio.

6.1.3. Reconstruir la credibilidad de los testigos del caso propio.

Constituye una cuestión de forma en el alegato final del litigante que cuando va a proceder a analizar un testimonio debe, previo al

análisis, reconstruir la credibilidad del testigo frente al tribunal de juicio, como un mecanismo de refrescar la memoria del tribunal, para luego proceder al análisis del contenido de su testimonio.

6.2. Aspectos de fondo de los alegatos.

6.2.1. Reconocimiento estratégico de las debilidades del caso propio.

Si bien el litigante debe sacar a relucir todas las fortalezas de su teoría del caso y argumentar sobre los hechos que logró probar con las pruebas aportadas al juicio; no obstante, como cuestión estratégica es conveniente hablar de las debilidades del caso propio, con lo que deberá darle una cara de honestidad a la causa propia; y ello porque debe ser consciente que si no lo hace la contraparte puede recalcar sobre ello, por lo que es preferible advertir nuestras debilidades antes de que hagan mella de ellas.

6.2.2. Basar la argumentación en la prueba practicada en el juicio oral.

El alegato final debe iniciar y terminar con la prueba practicada en el juicio y que abona la causa propia.

Aquí es importante el cuidado del litigante de no caer en apreciaciones personales que le restarán credibilidad al alegato. En este sentido debe evitarse las expresiones tales como “yo creo que...” o “nosotros consideramos que...” o “en nuestra calidad de defensor quiero decir que...”.

6.2.3. Coherencia lógica.

El primer elemento integrador de un alegato final y que le da credibilidad es su coherencia lógica.

La coherencia lógica no sólo se refiere a la estructura conclusiva del alegato sino, también, en relación a la causa y efecto con la teoría del caso; porque el alegato final es la consecuencia lógica de aquella, por lo que debe ser lógicamente coherente. Las proposiciones fácticas de la teoría del caso deben ser lógicamente sustentadas en el alegato final.

La planeación de una teoría del caso lógicamente coherente deriva de la efectividad lógica de las conclusiones que se expongan en el alegato final a la luz de la prueba producida en el juicio oral y que tendrán como sustento las proposiciones fácticas acreditadas.

6.2.4. El uso de evidencia demostrativa.

El uso de evidencia demostrativa en el alegato final no debe contener información nueva para evitar objeciones por prueba no controvertida, sino que debe buscar resaltar aspectos importantes acreditados a través de la prueba aportada al juicio, siempre con el ánimo de esclarecer al tribunal de juicio elementos claves para establecer la verdad aducida en la teoría del caso.

6.2.5. Refutación de argumentos.

Recordemos, primero, que el artículo 371 del Código, en su tercer párrafo, se refiere a que agotada la fase de alegatos se concederá un término razonable para que las partes puedan replicar, pero corresponderá al defensor la última palabra. La réplica se limitará a la refutación de los argumentos adversarios que antes no hubieran sido discutidos.

La refutación de lo señalado por los testigos de la parte contraria, o lo señalado directamente por la contraparte en su alegato, tiene dos momentos para refutarse, pero dentro del alegato final; ya sea antes de las conclusiones o, específicamente, durante la réplica a que se refiere el tercer párrafo del artículo 371 del Código.

6.2.6. Clasificación probatoria (ejemplo: prueba directa, prueba indirecta).

Un área fundamental del trabajo de establecer conclusiones puede estar constituida por la clasificación probatoria para exponer su valoración, es el caso de elegir, por ejemplo, hablar de una clasificación probatoria de prueba directa vs prueba indirecta para referirse a la prueba aportada al juicio y en relación a la sustentación de la teoría del caso planteada.

La prueba es directa cuando no exige proceso de razonamiento alguno para concluir, desde ella, la proposición fáctica: si el juzgador cree en la autenticidad de la prueba, la proposición resulta probada sin más.

La prueba indirecta (o circunstancial, o indiciaria) es aquella que, para demostrar una proposición fáctica, no le basta dar por auténtica

la pieza probatoria, sino que requiere la mediación de razonamiento judicial, por lo general bajo la forma de una inferencia lógica⁸⁸.

6.2.7. Valor probatorio.

Atendiendo al artículo 380 del Código, referente a la apreciación de la prueba, se establece que los jueces apreciarán cada uno de los elementos de prueba de acuerdo con la sana crítica. La apreciación no podrá contradecir las reglas de lógica, las máximas de la experiencia o los conocimientos científicos. El Tribunal formará su convicción de la valoración conjunta y armónica de toda la prueba producida.

Cuando el juicio se realice por Jurados, estos apreciarán la prueba de acuerdo con su íntima convicción.

6.2.8. Conclusiones.

Se puede establecer una o varias conclusiones.

Si es la alegación final del fiscal del caso la conclusión siempre deberá ir dirigida a establecer el delito o los delitos objeto de la acusación, sustentando los elementos del tipo penal: y en tal aspecto si se trata de tipicidad subjetiva u objetiva y si la antijuridicidad es formal o material.

Pero si es el alegato final del abogado defensor, que habla de último, aparte de la conclusión pre elaborada debe revisar que aspecto de los referidos en el alegato de la fiscalía están ausentes, o lo que pudo haber sido la estrategia de la defensa: argumentar la

⁸⁸ BAYTELMAN y DUCE. Ob. Cit., p. 400.

imposibilidad de la fiscalía de probar su teoría del caso más allá de la duda razonable⁸⁹.

BIBLIOGRAFÍA DE REFERENCIA.

LEXY, Robert. **Derecho y Razón Práctica**. 1ra Edición, 2da Reimpresión; Delegación Coyoacán (México D.F.): Fontamara, 2002.

ATIENZA, Manuel. **Cuestiones Judiciales**. 1ra Edición, 2da reimpresión; Delegación Coyoacán (México D.F.): Fontamara, 2004.

BAYTELMAN A., Andrés y **DUCE J.**, Maurice. **Litigación Penal, Juicio Oral y Prueba**. México D.F.: Fondo de Cultura Económica, 2005.

BENAVENTE CHORRES, Hesbert. **La Aplicación de la Teoría del Caso y la Teoría del Delito en el Proceso Penal Acusatorio**. Barcelona (España): Bosch Editor, 2011.

BERNAL ARÉVALO, Benjamín. **Técnicas de Investigación Criminal en el Sistema Acusatorio**. 3^a Edición; Bogotá (Colombia): Ediciones Jurídicas Andrés Morales, 2011.

⁸⁹ ESPINOSA ACUÑA, David. Ob. Cit., p. 151

CALVO GONZÁLEZ, José. “**La verdad de la verdad jurídica. Construcción y régimen narrativo**”, en la “*Revista Internazionale di Diritto*”, Giuffré, Milán, 1999.

CANO JARAMILLO, Carlos Arturo. **Procedimiento Penal Acusatorio, Oralidad, Debate y Argumentación**. Bogotá (Colombia): Ediciones Jurídicas Andrés Morales, 2013.

DECSTR0 GONZÁLEZ, Alejandro. **El contrainterrogatorio. Estudio sobre la práctica de la prueba testimonial adversa**. Medellín: Legis S.A.,-Librería Jurídica Comlibros, 2005.

FOUCAULT, Michel. **La Verdad y Las Formas Jurídicas**. Barcelona (España): Editorial Gedisa, 2008.

FONTANET MALDONADO, Julio E. **Principios y técnicas de la práctica forense**. 3ra Edición; San Juan de Puerto Rico: Jurídica Editores, 2010.

GONZÁLEZ NAVARRO, Antonio Luis. **Sistema de Juzgamiento Penal Acusatorio**. Bogotá (Colombia): Editorial Leyer, 2005.

HIDALGO MURILLO, José Daniel. **La Argumentación en la Audiencia Oral y Pública. Desde los principios de Inmediación y Contradicción**. Azcapotzalco (Méjico D.F.): Flores Editor, 2012.

HIGA SILVA, César. **Litigación, Argumentación y Teoría del Caso**. Lima (Perú): ARA Editores, 2011.

INSTITUTO DE MEDICINA LEGAL Y CIENCIAS FORENSES.
Manual de Procedimiento del Sistema de Cadena de Custodia.
Panamá: Editora Novo, 2011.

LEÓN PARADA, Víctor Orielson. **Al ABC del Nuevo Sistema Penal Acusatorio. El Juicio Oral.** Bogotá (Colombia): Ecoe Ediciones, 2005.

MURRAY, Michael D. y **DESANCTIS**, Christy Hallam. **Adversarial Legal Writtin and Oral Argument, Legal Research Writing.** New York: Foundation Press, 2006.

MAUET, Thomas A. **Trial Techniques.** New York: Ed. Aspen Law & Business, 2000.

MUÑOZ CONDE, Francisco. **La Búsqueda de la Verdad en el Proceso Penal.** Buenos Aires (Argentina): Editorial Hammurabi, 2007.

PABÓN PARRA, Pedro Alfonso. **Oralidad, Testimonio, Interrogatorio y Contrainterrogatorios en el Proceso Penal Acusatorio.** 1ra edición; Medellín (Colombia): Librería Editorial Jurídica Sánchez, 2005.

SOLÓRZANO GARAVITO, Carlos Roberto. **Sistema Acusatorio y Técnicas del Juicio Oral**. Bogotá (Colombia): Editorial Nueva Jurídica.

MANUAL DE PROCEDIMIENTO DE FISCALÍA EN EL SISTEMA PENAL ACUSATORIO. Bogotá (Colombia): Fiscalía General de la Nación, 2006.

MANSON, Manuel. **Argumentación, Derecho y Lógica. Introducción Lógico-filosófica al estudio de la argumentación jurídica**. Madrid (España): EDUSOFE, 2008.

REYES MEDINA, César. **La Técnicas del Proceso Oral en el Sistema Penal Acusatorio Colombiano**. Manual General para Operadores Jurídicos. 2da Edición; Bogotá (Colombia): USAID, 2009.

ZULETA CANO, José Abad; **NOREÑA CASTRILLÓN**, Lina María y **POSADA GONZÁLEZ**, Viviana. **Guía Práctica del Sistema Penal Acusatorio**. 3^a Edición; Medellín (Colombia): Librería Jurídica Sánchez R. Ltda, 2012, p. 253.

Direct examination III, criminal cases, 2000:
<http://criminaldefense.homestead.com/direct.html>, consulta: octubre 3 de 20101.

<http://criminaldefense.homestead.com/direct.html>, consulta: octubre 3 de 2010.

<http://crirninaldefense.hornestead.com/direct.html>, Consulta: octubre s de 20 10.

Direct examination,
en:<http://www.triaftheatercorn/wordpress/category/direct> exarnination/
consulta: octubre 29 de 2010.

<http://crirninaldefense.hornestead.com/direct.html>

<http://criminaldefense.homestead.com/direct.htmnl> consulta: septiembre 20 de 2010.

www.trialtheatre.com (consulta: octubre 29 de 2010)

Witness for theprosecution (Película: Testigo de cargo). Adaptación de la obra de AGATHA CHRISTIE, Billy Wilder, Drama judicial, 116 minutos, EE.UU., 1957.

My cousin Vinny (Película: Mi primo Vinny), JONATH-IAN LYNN. Comedia, 120 minutos, EE.UU., 1992.

Cfr. Mississippi (Película: Fantasmas del pasado - Mississippi), Rob Reiner, Drama, 130 minutos, EE.UU., 1996.

Witness for the prosecution (Película: Testigo de cargo). Adaptación de la obra de Agatha Christie, Billy Wilder, Drama Judicial, 116 minutos, EE.UU., 1957.