

Manual de Litigación Civil

Colección: **Sistema Adversarial Civil**

Directores: **Jaime Arellano y Leonel González**

Autora: **Leticia Lorenzo**



Global Affairs
Canada

Affaires mondiales
Canada



CEJA - JSCA

MANUAL DE LITIGACIÓN CIVIL

Autora

Leticia Lorenzo



© 2017 Centro de Estudios de Justicia de las Américas, CEJA
Rodo 1950 Providencia
Santiago, Chile
Tel.: 56 2 22742933
www.cejamericas.org

Equipo Editorial
Lorena Espinosa (Coordinadora de Edición)
Constanza Gigena

Nombres de autores que están en el libro
© Leticia Lorenzo

Manual de Litigación Civil
Registro Propiedad Intelectual: A-274852
ISBN: 978-956-8491-36-9

Corrección
Óscar Aedo

Diseño Portada
Fanny Romero
Eduardo Argañaraz

Diseño
Mito Impresores

Impreso en Gráfica LOM

La redactora de este Manual es Leticia Lorenzo, Coordinadora de la Escuela de Capacitación del Poder Judicial de Neuquén, Argentina, ex Coordinadora de Capacitación del Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales (INECIP) y ex Coordinadora de Estudios del Centro de Estudios de Justicia de las Américas.

Una primera versión fue discutida en un taller de validación realizado el 15 de diciembre de 2016 en la sede de CEJA en Santiago de Chile, las ideas, comentarios y opiniones de los participantes sirvieron de base para la redacción de esta versión final. Además de la autora, participaron del taller: Cristian Riego (Chile), Santiago Pereira (Uruguay), Manuel Montecino (El Salvador), Felipe Marín (Chile), Jaime Arellano Quintana (Chile), Leonel González Postigo (Argentina), Erick Ríos (Chile), Marco Fandiño (España), Benjamín Sepúlveda (Chile), Consuelo Ghisolfo (Chile), Constanza Gigena (Argentina), Gonzalo Fibla (Chile), Juan José Martínez (Chile), Lorena Espinosa (Chile) y Rocío Herrera (Guatemala).

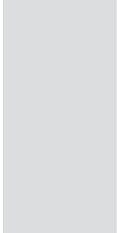
CONTENIDO

PRESENTACIÓN.....	11
INTRODUCCIÓN	15
PRIMERA PARTE – ASPECTOS GENERALES.....	29
1. LITIGACIÓN EN MATERIA CIVIL: MOMENTOS DEL PROCESO.....	29
1. Admisión del caso.....	34
2. Audiencia Preliminar.....	38
3. Juicio oral	39
4. Impugnación.....	40
2. PREPARACIÓN ESTRATÉGICA DE LOS CASOS. TEORÍA DEL CASO	42
El desafío inicial: lograr un relato claro de los hechos.....	44
¿Cómo hacer esta tarea inicial?.....	47
A partir de un relato fáctico claro, identificar el respaldo jurídico ...	50
La proyección de las pruebas.....	52
<i>Para cada hecho que se afirme, debe existir una posibilidad probatoria.....</i>	<i>53</i>
<i>No toda la prueba sirve para todos los hechos.....</i>	<i>53</i>
<i>No toda la prueba es necesaria en todos los momentos del proceso.....</i>	<i>54</i>
<i>El juez no es una muleta probatoria de un litigante descuidado ..</i>	<i>55</i>
3. RECAPITULANDO.....	57
SEGUNDA PARTE – MIRANDO AL JUICIO. HERRAMIENTAS DE LITIGACIÓN Y ESCENARIOS DE TRABAJO	61
1. LA TEORÍA DEL CASO EN CONCRETO. CONSENSO VS. CONTROVERSA.....	61
¿Es necesario un juicio? Otros mecanismos de resolución de conflictos como herramienta de trabajo del abogado.....	61

Medir fuerzas. La importancia de pensar (y pesar) el caso desde la perspectiva de la contraparte.	64
Punto de partida: el análisis de los hechos como factor clave para medir fuerzas.....	66
La credibilidad de la prueba. Una cuestión ineludible para proyectar un caso con precisión.	71
El trabajo y los tiempos de los tribunales. La obligación de informar al cliente en forma veraz.	77
La posibilidad de derivación de los jueces en los diversos momentos del proceso.	78
El juicio como única opción: la controversia irresoluble. El grado de controversia existente.....	80
2. LA AUDIENCIA PRELIMINAR.	82
Importancia de la audiencia preliminar.....	82
La teoría del caso en acción: presentación del caso y persuasión sobre su procedencia.	86
La audiencia preliminar como filtro judicial para definir qué casos llegan a juicio.....	87
La importancia de escalonar las discusiones posibles en la audiencia preliminar.	89
Posibilidades de terminación en la audiencia preliminar.	90
Discusiones probatorias. Admisibilidad de la prueba en esta audiencia.	91
Momento de definición.	93
El protagonismo del juez en la audiencia preliminar.....	93
3. TIPOS DE JUICIO.....	94
Juicio controvertido específico. Condiciones generales de estructura.	94
Factores para establecer especificidades en los juicios.	98
<i>El juicio con sentencia inmediata</i>	99
<i>El juicio complejo</i>	99
<i>El juicio con límites específicos</i>	100
Cuándo es necesario un abogado y cuándo puede llevarse una audiencia sin abogados.	101

TERCERA PARTE. LA LITIGACIÓN EN UN JUICIO ORDINARIO	103
1. PRESENTACIÓN DEL CASO Y ANUNCIO DE LA PRUEBA.....	105
La preparación para la apertura del caso.....	106
La búsqueda de un “tema” para el caso	109
El propósito de la apertura del caso	112
Formato y características de una apertura en juicio.....	114
2. PRODUCCIÓN DE LA PRUEBA.....	117
Aspectos generales.....	117
<i>Orden de presentación de la prueba</i>	118
<i>Colaboración administrativa y obligación de las partes con relación a la prueba</i>	119
Los testigos.	121
¿Quiénes son testigos?.....	121
¿Cómo se trabaja con los testigos?.....	123
¿Cómo se produce la información en juicio?	128
Los peritos.	133
¿Quiénes son peritos?.....	133
¿Cómo se trabaja con los peritos?.....	136
¿Cómo se produce la información en juicio?	143
Otras pruebas.....	146
3. CONTROL DE LA PRUEBA.....	154
El principio de contradicción.....	154
Objeciones	156
Contraexamen de testigos y peritos.....	165
Declaraciones previas.	176
4. VALORACIÓN DE LA PRUEBA.....	180
Qué es el alegato de clausura.....	180
Contenido del alegato de clausura.....	180
¿Qué no hacer en un alegato de clausura?.....	182

CUARTA PARTE. OTRAS HERRAMIENTAS VINCULADAS	
AL LITIGIO	185
Otras audiencias	185
Participación ciudadana y proceso judicial. El juicio por jurados como horizonte de sentido	186
<i>Algunos temas específicos vinculados con el jurado popular</i>	189
La negociación.....	191
La organización para el litigio	193
PARA SEGUIR PENSANDO. PALABRAS FINALES	197



PRESENTACIÓN

El Centro de Estudios de Justicia de las Américas, CEJA, presenta el Manual de Litigación Civil elaborado por Leticia Lorenzo, en el marco de la colección “Sistema adversarial civil”, que pretende aportar herramientas para la litigación oral en los sistemas civiles reformados en América Latina. Este trabajo se ha logrado en el marco del proyecto “Mejorando el acceso a la justicia en América Latina”, financiado por la agencia Global Affairs Canada, GAC, y ejecutado por el CEJA.

Una primera y necesaria aclaración es que este manual no ha sido concebido desde un sistema procesal civil en particular, sino que se ha construido sobre la base de las premisas básicas que rigen un procedimiento oral. Si bien desde CEJA somos conocedores de los diversos procesos de reforma a la justicia civil que se están desarrollando en la región, aspiramos a que los materiales que aquí se entregan sirvan como denominadores comunes para todos ellos. Debido a eso, a lo largo del manual no se encontrarán referencias a las particularidades de cada país, pues por el contrario se ha tratado de trazar lineamientos que sean operativos para todo proceso civil a nivel local.

A través de este material, el CEJA busca entregarles a los litigantes un conjunto de instrumentos para que puedan abordar el análisis y litigio de sus casos desde una mirada estratégica. En el Manual se establece el abordaje de los casos desde la perspectiva de la metodología de la teoría del caso, entendida como

la herramienta central desde la cual los litigantes analizarán, planificarán y desarrollarán su litigio.

Este método permite adoptar una visión estratégica en la que se puedan identificar diferentes vías de solución, como la adopción de métodos alternos de resolución de conflictos. Es así que permite al litigante conocer profundamente la estructura del proceso oral y presentar de una manera técnica e incluso persuasiva la información en audiencia. De esa forma, potencia la oralidad como la mejor metodología para la obtención de información de calidad, a partir de la depuración que de ella hacen las partes y, en efecto, posibilita la toma de decisiones jurisdiccionales de alta calidad.

Al mismo tiempo, el desarrollo de las capacidades relativas a la elaboración de la teoría del caso permitirá que los litigantes identifiquen la controversia de mejor manera y determinen si es viable el juicio o una solución alternativa al conflicto. De allí la idea de que el juicio es la instancia excepcional y se relega sólo a los conflictos que son irresolubles de otro modo.

En particular, el Manual analiza las potencialidades de la audiencia preliminar como el escenario en donde se “pesarán” los casos de las partes y se podrá decidir si se reúne mérito para habilitar la etapa central del proceso: el juicio. Para ello, se vuelve necesario adquirir destrezas relativas a la presentación del caso desde lo fáctico, jurídico y probatorio. Esto, ya que en dicha audiencia se realizará un control de la información –hechos y pruebas– que las partes presenten para sustentar sus alegaciones. En caso de que no sea posible resolver el caso de otro modo y si las pruebas son suficientes, se viabilizará que las partes resuelvan su caso en el marco de un juicio oral.

En la audiencia de juicio oral, la teoría del caso juega un rol preponderante: será la brújula que en todo momento indique qué tipo de información y bajo qué metodología se presentará. En función a ello, el Manual desarrolla las habilidades que todo litigante deberá adoptar para realizar su alegato de apertura, examinar (producir) la prueba de cargo, contra examinar (controlar) la información que aporte la contra parte y efectuar su alegato de clausura como síntesis de su petición.

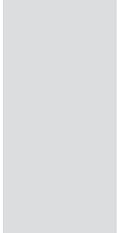
En último lugar, el Manual se hace cargo de una serie de desafíos de la litigación civil, que constituyen el horizonte de sentido que debe tener una reforma a la justicia civil. Entre ellos, se menciona la necesidad de discutir modelos de participación ciudadana como el juicio por jurados, que se ha extendido en materia penal en los últimos años, pero que aún es un debate pendiente en lo civil.

Desde CEJA consideramos que la capacitación de los abogados es un aspecto fundamental en la implementación de toda reforma procesal. Las capacidades desarrolladas constituyen también un efecto expansivo positivo para los demás operadores de justicia que integran el sistema. De allí que sostenemos que la adquisición de nuevas destrezas por parte de los litigantes generará un efecto pedagógico en todos los intervinientes de las audiencias orales de un proceso civil.

Desde el enfoque de este Manual, creemos que el desarrollo de la capacidad de los litigantes para el desempeño de un rol más eficiente coadyuvará a la resolución del conflicto civil. Esto es trascendental para el cumplimiento del fin principal que debe tener todo sistema judicial civil, que es el de ser una etapa eficaz y definitiva en la gestión democrática de la conflictividad social.

Jaime Arellano
Director Ejecutivo CEJA

Leonel González
Coordinador de Capacitación CEJA



INTRODUCCIÓN

Las últimas décadas han generado cambios importantes en los sistemas judiciales de América Latina. La discusión de la implementación de reformas a los procesos penales significó un paso casi inmediato al abandono de gobiernos autoritarios y el retorno a las democracias en la región.

La instalación de procesos con un norte definido en la audiencia oral significó ya llegados los 90 una necesaria revisión de las estructuras judiciales, las formas de organización y la necesidad de profesionalizar determinadas áreas, separando la labor de apoyo de la tarea propiamente jurisdiccional vinculada a la decisión de los casos concretos.

Este debate sobre la organización judicial trascendió el plano de la materia penal, ya que en todos los ámbitos de funcionamiento de la justicia el diagnóstico comenzaba a compartirse: decisiones que llegan tarde, burocracias excesivas y mecanismos de trabajo propios del siglo XIX en una era en la que los avances de la tecnología nos desafían en forma permanente. Este tipo de problemáticas afecta a numerosas áreas sensibles en cuanto al trabajo judicial: así comenzaron a presentarse cambios de procedimientos y organización en las justicias vinculadas al tratamiento de los casos de familia; también se dieron reformas en el ámbito laboral y, en suma, todo ello ha llevado a debatir en un sentido amplio la necesidad a la reforma de los procedimientos civiles en prácticamente todos los países latinoamericanos¹.

¹ Desde la aprobación del Código Modelo o Código Tipo del Proceso Civil para Iberoamérica del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal a fines de los años 80, varios hitos se han ido dando en materia de reformas

En ese contexto, este manual es un ensayo y una propuesta. Un ensayo en tanto constituye un primer intento colectivo² de poner en papel las ideas que vienen debatiéndose sobre la reforma procesal civil y la litigación de los casos. Una propuesta porque asume ciertas posiciones que no son pacíficas en la discusión sobre el proceso civil, pero que se han considerado importantes a la hora de estructurar una visión del litigio oral en estos ámbitos.

En ese sentido, consideramos importante partir aclarando algunas posiciones que asumiremos a lo largo de todo el manual, aun sabiendo que no son aceptadas en forma homogénea en el ámbito del proceso civil. Tres puntos nos interesa poner de manifiesto:

1. La audiencia como centro de la decisión.

Aun cuando parte de la discusión sobre la reforma procesal civil sigue involucrando “grados de oralidad” (en sentido de determinar qué procesos pueden ser escritos, cuándo deben ser orales, qué actuaciones concretas deben ser orales) este es un manual construido **para la oralidad**³. Ello implica que a lo largo de todo su texto nos referiremos a la actuación de las partes **en audiencia**, partiendo de la base de que cualquier decisión que implique

procesales: el Código General del Proceso de Uruguay, la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil Española en 2000, la reforma a los Tribunales de Familia de Chile en 2005, el nuevo procedimiento laboral de Chile implementado a partir de 2006, la implementación de la nueva ley procesal del trabajo de Perú en 2010, etc.

² Colectivo en tanto más allá de los nombres de quienes pusieron texto a estas ideas, el proceso de discusión de su contenido ha involucrado a un sinnúmero de personas ubicadas en diferentes países y trabajando en diversos ámbitos de la justicia civil.

³ Un instrumento que nos resulta de relevancia en función a que muchos de los usuarios del proceso civil son los beneficiarios de ese texto, son las 100 Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de personas en condición de vulnerabilidad. La Regla 35, en específico, declara “*Se promoverá la oralidad para mejorar las condiciones de celebración de las actuaciones judiciales contempladas en el Capítulo III de las presentes Reglas, y favorecer una mayor agilidad en la tramitación del proceso, disminuyendo los efectos del retraso de la resolución judicial sobre la situación de las personas en condición de vulnerabilidad*”.

un grado de controversia (desacuerdo en cuanto a lo que debe decidirse) entre las dos partes en litigio, debe ser resuelta por un juez imparcial en un espacio que reúna a los interesados frente a sí, con inmediatez y sobre la base de lo que se discuta en ese espacio.

Evidentemente ello no implica la desaparición del papel, de determinadas presentaciones escritas (como la demanda, la contestación, la prueba propuesta), sino que significa un cambio en la atención y el eje del proceso: desde el punto de vista jurisdiccional la importancia central está en lo que se presenta en la audiencia y se resuelve en ese marco, no en los antecedentes escritos. Desde el punto de vista del litigante, la importancia está en la persuasión y solidez de la presentación de sus argumentos orales, no en la extensión y cantidad de citas insertas en sus escritos anteriores.

2. La resolución del conflicto como finalidad del proceso.

Garantizar el acceso a la justicia de las personas que concurren a los tribunales y entender al sistema judicial como una herramienta de gestión de la conflictividad en la búsqueda de decisiones pacíficas que repongan la armonía en las relaciones sociales, son objetivos que creemos centrales para las reformas a los procesos.

Es real que existe un momento en el que la determinación de una cierta “verdad” sobre los hechos es importante para la toma de una decisión judicial: el juicio propiamente dicho. Pero no es menos cierto que cada vez toman más fuerza (tanto extra judicialmente como en el ámbito del propio proceso judicial) otros mecanismos de resolución de los conflictos: el arbitraje, la mediación, la conciliación, etc., como herramientas que pretenden coadyuvar en la búsqueda de una respuesta rápida y eficiente a las necesidades de los usuarios del sistema.

Este Manual asume a la gestión de la conflictividad y la búsqueda de una respuesta adecuada y pacífica para cada caso concreto como el eje central, la finalidad primordial del trabajo

procesal. También entiende que aquellos casos en los que no haya habido una resolución temprana y distinta a la controversia en un juicio oral, son casos que terminarán con una decisión jurisdiccional basada en una declaración oficial de “verdad”: la sentencia. Pero no puede negarse que la actualidad nos enfrenta con un universo vasto de conflictividad que ingresa a los tribunales civiles y nos posibilita a la vez un abanico de herramientas para su resolución que obligan a pensar la finalidad del proceso más allá de la “búsqueda de la verdad” en términos de “búsqueda de la solución más pacífica posible”⁴. Esa solución a veces llegará en forma temprana a través de algún mecanismo compositivo; en otras circunstancias dependerá de la decisión jurisdiccional en un juicio en el que se discutan versiones de verdad y se defina a través de una sentencia una verdad oficial. A lo que nos referimos, en definitiva, es a la necesidad de construir una finalidad más compleja y múltiple en cuanto a variantes para el proceso civil. Desde ese enfoque abordamos este manual.

3. La diferenciación entre “proceso” y “juicio”.

Encontramos importante destacar también al inicio esta diferencia, más allá que para algunos lectores pueda resultar obvia. La cultura del expediente genera una cierta confusión en este aspecto: algunos contextos tribunalicios nos hacen pensar que se concibe que la presentación misma de una demanda y consecuente generación de un expediente es en sí misma el inicio del juicio. Desde este Manual esa actividad (independientemente de

⁴ Recurriendo nuevamente a las 100 Reglas de Brasilia, encontramos en este sentido una declaración bastante explícita en la Regla 43: “*Se impulsarán las formas alternativas de resolución de conflictos en aquellos supuestos en los que resulte apropiado, tanto antes del inicio del proceso como durante la tramitación del mismo. La mediación, la conciliación, el arbitraje y otros medios que no impliquen la resolución del conflicto por un tribunal, pueden contribuir a mejorar las condiciones de acceso a la justicia de determinados grupos de personas en condición de vulnerabilidad, así como a descongestionar el funcionamiento de los servicios formales de justicia*”. Resulta interesante en este caso puntual que las Reglas se extienden más allá de sus beneficiarios específicos y hablan de estos mecanismos como herramientas de descongestión de los servicios de justicia en términos generales.

que se trate de un proceso escrito o uno oral) es entendida como el ***inicio del proceso, no del juicio.***

Como lo detallaremos específicamente en un apartado, concebimos al **juicio** como un momento concreto: cuando las partes no han arribado a una solución anterior por vías menos controvertidas y es un tribunal judicial el que debe decidir a quién asiste la razón (o en términos de finalidad del proceso: cuál es la verdad en el caso concreto). El juicio como tal forma parte del proceso judicial pero no es el equivalente al proceso judicial. El proceso judicial involucra todas las actuaciones que realizan las partes y las decisiones jurisdiccionales que se toman en el marco de un caso concreto con vías a una determinación específica. El juicio es el centro del proceso en tanto es el momento más controvertido (las partes confrontan sus versiones de verdad frente a un tercero imparcial, presentando prueba de cargo y descargo y cuestionando la posición de la contraria), con mayor actividad y donde se toma una decisión final (más allá de las posibilidades de impugnación que existan, a partir de la sentencia en juicio el litigio varía hacia la discusión con la decisión jurisdiccional, no con la contraparte).

Esa diferenciación es importante para establecer cuándo se precisa una audiencia y cuándo la escritura sigue teniendo un papel relevante, aun en el contexto de un proceso oral: el juicio como momento de un proceso civil siempre deberá ser realizado a través de una audiencia con las características que iremos revisando a lo largo del Manual. Pero no todo proceso civil culminará con un juicio, por lo que encontraremos determinados conflictos que pueden sostenerse a través de un trámite escrito aún en el marco de un diseño procesal para la oralidad.

Dado que esos tres puntos señalados reaparecerán a lo largo de todo el texto de este Manual, nos interesa dejarlos claros desde el inicio, reconociendo a la vez que existen visiones discordantes sobre cada uno de ellos.

Ahora bien, en una tradición cultural apegada al rito, a la escritura y la complejización del trámite, la pregunta obligatoria es cómo cumplir con esos puntos de partida que estamos señalando. Un

buen punto de partida es considerar el diseño que los instrumentos internacionales y la jurisprudencia de sus tribunales han ido delineando para el proceso civil⁵. Tanto la Convención Americana de Derechos Humanos como la Convención Europea de Derechos Humanos y el Pacto de Derechos Civiles y Políticos establecen en lo que se ha llamado “cláusula genérica” (Art. 8.1 CADH, 6.1 CEDH y 14.1 del PIDCyP) los requisitos centrales a cumplir en el marco de un proceso debido, cualquiera sea la materia sobre la que este verse:

1. Exigencia de debido proceso.
2. Contar con una audiencia oral y pública como centro del proceso.
3. Poner la resolución del conflicto a cargo de un órgano independiente e imparcial.
4. Contar con límites temporales delimitados para dar una respuesta. En otras palabras: terminar los casos en un plazo razonable.

Esas cuatro exigencias componen el marco básico que cualquier diseño procesal normativo, institucional y de prácticas específicas (la litigación, que es el tema que nos ocupa en este manual) debe cumplir para adecuarse a los instrumentos internacionales. En este punto es importante retomar la diferencia que hacemos entre juicio y proceso: es una de las razones que nos lleva a sostener que cumplir esas cuatro exigencias no significa diseñar **un proceso** exactamente igual para todos los tipos de conflictos que pueden llegar a las distintas áreas de conocimiento judicial. El **juicio**, como aquel espacio de decisión al que ya nos referimos, debe cumplir siempre una serie de características mínimas para ser considerado “justo” en términos de adecuado a las exigencias internacionales. El **proceso**, como marco en el cual el juicio está inserto, puede tener un diseño diferente de acuerdo

⁵ En lo que sigue se toma como guía el texto Reforma a los procesos civiles orales: consideraciones desde el debido proceso y calidad de la información. Duce, Mauricio; Marín, Felipe y Riego, Cristián (2008); en *Justicia Civil: perspectivas para una reforma en América Latina* (pp. 13 – 94). Chile: Centro de Estudios de Justicia de las Américas.

al tipo de conflicto que se presente a conocimiento judicial. La flexibilidad en el diseño del proceso, posibilitando por ejemplo la resolución de aquellos casos que no presenten controversia o que admitan una composición menos confrontativa que la propia del juicio, es lo que posibilitará que los casos reciban una respuesta adecuada a sus características particulares.

A lo largo de este texto veremos cómo, más allá de una columna vertebral unificada y construida a partir del respeto por el derecho a un juicio justo, con audiencias orales y resuelto en un plazo razonable por un tribunal imparcial, hay determinados matices que pueden presentarse en razón del litigio específico de la causa que se trate.

Podemos decir entonces que un proceso civil que cumpla con los estándares internacionales de derechos humanos debe garantizar mínimamente:

1. Que las decisiones sobre los **aspectos controvertidos** se tomarán en audiencias que aseguren las características propias de esa metodología (oralidad, contradicción, continuidad, publicidad), tal como veremos en secciones posteriores.
2. Que esas decisiones sean tomadas por un órgano judicial que garantice a los usuarios independencia e imparcialidad en la toma de decisión. Ello genera una serie de derivaciones sobre lo que los jueces podrán o no hacer en los procesos a las que nos iremos refiriendo a medida que avancemos en el texto.
3. Que los tiempos para la toma de la decisión no se excedan más allá de lo razonablemente tolerable en virtud a la complejidad de los casos, la cantidad de involucrados, las dificultades del litigio o las particularidades que requiera la toma de la decisión específica. Veremos también cómo el mecanismo de la audiencia simplifica el proceso de toma de decisión (pero también nos referiremos a las necesidades de diseño administrativo para que ello suceda y que las audiencias se realicen en tiempo y forma).

4. Garantizar a quien demanda la presentación de prueba de cargo y a quien es demandado la posibilidad de controlar esa prueba y presentar prueba propia de descargo. Lo cual implica otorgar a las partes el tiempo necesario para la preparación de sus casos y, eventualmente en virtud a la obligación de garantizar el acceso a la justicia, la asistencia técnica necesaria para ir adelante con los procesos.
5. Todo ello en el marco de un “debido proceso”, garantía genérica que permitirá a los jueces regular en función a las particularidades específicas del conflicto en controversia cuándo deben extenderse ciertos derechos e incorporarse nuevas previsiones para brindar una verdadera garantía de justicia en el litigio.

Este Manual tiene por objetivo el desarrollo de los aspectos directamente relacionados con el ejercicio profesional de los litigantes. Desarrollar los cinco aspectos referidos líneas arriba como base de un proceso civil adecuado a los estándares internacionales no implica (solamente) realizar un cambio normativo. El desafío mayor involucra a los abogados y tiene que ver directamente con el formato y método de trabajo utilizado. El diseño de un sistema de audiencias obliga a desterrar por completo del imaginario judicial un instrumento arraigado desde siempre en nuestros procesos judiciales: el expediente.

El expediente, como concentrador de la información que se aporta a un caso e instrumento básico para la toma de decisión judicial, se ha convertido en el centro real del proceso. La organización judicial (formato de los juzgados, extensión de los despachos, personal administrativo, mecanismos de atención al público, etc.) gira en torno a la construcción del expediente. La decisión judicial depende enteramente de cómo se conformó el expediente. Los jueces muchas veces no tienen prácticamente ningún contacto con los involucrados en el conflicto por fuera de lo que verán en el expediente. Las audiencias testimoniales son tomadas por funcionarios subalternos del sistema, que traducen los dichos de testigos y/o peritos y elaboran actas que son adjuntadas al expediente; esas actas serán finalmente “la prueba” que tomará en consideración el juez a la hora de decidir un caso.

Las incidencias que se generan en el transcurso de un proceso y su forma de resolución (también en formato de expediente) sólo ahondan más el desapego al principio de intermediación y a la posibilidad de resolver en un plazo razonable. En este contexto es evidente que los abogados litigantes trabajan para la construcción prolija de un expediente que apunte hacia la decisión que pretenden. Esa prolijidad en la construcción del expediente, siguiendo las reglamentaciones internas del sistema y las particularidades propias de cada juzgado, muchas veces alejan a los litigantes de la mirada estratégica necesaria para la identificación de la controversia concreta.

Un sistema de audiencias real confronta con este esquema organizativo y esta cultura laboral. Desde lo organizativo, un sistema de audiencias impone al Poder Judicial el desafío de configurarse para la planificación, ejecución, registro y seguimiento de la audiencia oral. Aclaremos: un sistema de audiencias no equivale a “un sistema en el que desaparece el papel”; muchas actuaciones de las partes continúan siendo escritas, pero varía la finalidad de las mismas: en un sistema de expediente, la finalidad del escrito es aportar información para que el juez tome una decisión; en tanto, en un sistema de audiencias, la función del escrito es darle a las partes el soporte previo necesario de información para poder prepararse y llegar a la audiencia a argumentar en forma efectiva sobre el caso y los pedidos en consideración. Algunas diferencias importantes en el proceso y su organización basados en el expediente versus la audiencia pueden observarse a continuación:

Organización	
Para el expediente	Para la audiencia
Centralidad en el instrumento “expediente” en función a que constituye la base para la decisión judicial.	Necesidad de organizar en forma eficiente los escritos que se presentan, pero entendiendo que son un soporte accesorio para las partes, ya que el centro del trabajo se da en la audiencia.

<p>Flexibilidad en su trabajo interno en tanto los tiempos dependen enteramente de la estructura interna.</p>	<p>Necesidad de coordinar agendas con las partes, ya que los tiempos dependen de la posibilidad de reunir las partes frente al juez.</p>
<p>Proceso de comunicación asincrónica, en tanto hay diferencias de tiempo entre los pedidos, las respuestas y las resoluciones.</p>	<p>Se da un intercambio oral, con reunión de las partes e inmediatez en las peticiones, oposiciones y resoluciones.</p>
<p>Funciona (el expediente) como un mecanismo/herramienta que transmite información al juez para la eventual resolución.</p>	<p>Implica un proceso de comunicación real, en la que el juez deberá decidir exclusivamente sobre la base de lo oído a las partes.</p>
<p>Requiere en los diversos trabajadores habilidades vinculadas con la formalidad y regulación de la construcción del expediente (en general vinculado con conocimientos jurídicos).</p>	<p>Requiere una diversificación de conocimientos en los trabajadores: organización y planificación (capacidad de reunir a las partes con el juez en forma eficiente), registro (habilidades para el manejo de medios tecnológicos), seguimiento (atención a las cuestiones no jurídicas vinculadas con los resultados de la audiencia).</p>
<p>La relación con los diversos actores del proceso es prácticamente “uno a uno”, dado que al no tener como base la reunión de las partes, el juzgado se comunica con los diversos interventores en función a las necesidades propias del expediente.</p>	<p>La relación con los actores es más compleja: debe reunirse a todos los involucrados en el mismo espacio, al mismo tiempo para las actuaciones que sean requeridas.</p>

Estas diferencias, que podrían desarrollarse más y de forma más específica, impactan en la cultura laboral vinculada a cada uno de los formatos de trabajo. Visto desde el abogado litigante, el expediente le genera una serie de costumbres (algunas quizá ventajosas, otras no tanto) que la audiencia viene a erradicar:

Trabajo de los litigantes	
Para el expediente	Para la audiencia
Los tiempos no dependen del litigante. Sus pedidos propios se presentan en escritos que no son refutados en forma inmediata, sino que se dan plazos variables para las respuestas de la contraparte.	Concentración. Solicita por escrito las audiencias, pero debe presentar los pedidos en la audiencia frente a la contraparte y anticipar las posibilidades de respuesta para adelantarse en las argumentaciones.
Ante los pedidos de la contraparte, tiene un tiempo para leerlos (a los escritos que le trasladan desde el juzgado), estudiarlos, estudiar material vinculado y construir respuestas elaboradas.	Debe desarrollar una capacidad de anticipo y respuesta inmediata, en tanto no recibe “traslados de escritos” sino que se le da la palabra en la misma audiencia para oponerse y fundamentar sus oposiciones.
La relación con la contraparte es intermediada por el juzgado, que elabora el expediente y en función a ello define la necesidad o no de reunir a las partes.	La relación con la contraparte es menos formal y más intensa: cada decisión importante del proceso será tomada frente a las partes por el juez, lo que le obliga a pensar estratégicamente cómo litigará el caso de principio a fin.
Tiene tiempo entre actuación y actuación para consultar referencias que le permitan orientar su caso.	Las actuaciones se concentran en la audiencia: puede prepararse previamente, pero una vez en audiencia debe estar claro en su caso y fundamentos.

Esto no repercute solamente en la configuración de los espacios laborales, sino que también impacta en la organización de los estudios jurídicos de los litigantes que intervienen en casos civiles. Un sistema gobernado por el expediente permite que los estudios cuenten con numerosos asistentes sin especialización en litigación (abogados Juniors, estudiantes de Derecho o empleados administrativos con conocimiento de los vericuetos tribunalicios), que se dedican a “procurar” los casos. Esto es: a revisar en forma permanente los expedientes de los casos que el estudio litiga para verificar las novedades y el grado de avance de los procesos. Las novedades suelen ser más bien formales y sin relevancia para la decisión final; así un estudio de abogados organizado para el expediente puede llevar numerosos casos en paralelo sólo con contar con empleados avezados en el manejo del trámite burocrático vinculado a los expedientes. Como hemos señalado con anterioridad, en muchas ocasiones los actos de prueba vinculados con testimonios no son tomados por los jueces, ni mucho menos la prueba es recibida en forma concentrada. Esto genera que a las audiencias realizadas por funcionarios del juzgado a cargo de la toma de declaraciones y confección de actas, concurren eventualmente y a los efectos de cumplir con la formalidad abogados que no conocen el caso, el contenido del testimonio ni la utilidad de la declaración para el caso que se está llevando adelante; así, estos actos suelen convertirse en un interrogatorio a cargo del funcionario, en que los abogados litigantes tienen una escasa o nula intervención y cuya utilidad para el litigio resulta bastante secundaria.

Un proceso configurado a través de audiencias implica un cambio drástico en esa forma de trabajar los casos. En primer término porque los espacios de “procuración” de los casos en términos de revisión de legajos se reducen a cuestiones meramente administrativas (que con el avance de la tecnología y la incorporación de soluciones informáticas en la organización judicial, bien puede realizarse desde el computador personal del abogado sin necesidad de concurrir a los tribunales); ello implica que el avance del proceso depende de la asistencia a las audiencias, la argumentación en favor de la posición que se sostenga y la persuasión al juez para que tome una decisión en uno u otro

sentido. Un abogado que trabaje en solitario tendrá mucho más tiempo en los tribunales que en su propio despacho, ya que la mayor parte de su trabajo transcurrirá en la presentación de argumentos orales en las audiencias. Puede intuirse el cambio en la organización laboral que ello implica.

A través de los distintos apartados de este texto, intentaremos abordar los desafíos que un sistema oral impone a los abogados litigantes. A la vez, procuraremos destacar las ventajas en cuanto a la resolución de los casos, la celeridad del sistema y la posibilidad real de persuadir a los jueces.

En ese contexto, en primer término el Manual abordará determinados temas de carácter general, que nos introducirán en la oralidad como herramienta de gestión de los conflictos y toma de las decisiones de la justicia civil. Partiremos estableciendo un esquema general del caso civil con potencial controversia a definirse judicialmente, para luego pasar a desarrollar una pauta general de preparación estratégica de los casos.

En una Segunda Parte del Manual nos referiremos a la preparación del caso con miras al juicio oral. Allí desarrollaremos en detalle la teoría del caso como esquema de trabajo para el juicio, diferenciaremos las posibilidades de audiencia de juicio oral en función a una serie de factores específicos y finalmente desarrollaremos una audiencia central en el proceso civil: la audiencia preliminar como filtro para determinar qué casos llegan a qué tipo de juicio.

En la Tercera Parte abordaremos herramientas de litigio en audiencia de juicio específicamente. En primer lugar nos referiremos a las habilidades requeridas en los abogados para la presentación de los casos ante el juzgador; posteriormente desarrollaremos las herramientas propias de la producción de la prueba (testimonial, pericial, documental, material, etc.); pasaremos luego a vincular la garantía de control de la prueba con las herramientas concretas de que disponen los litigantes en un proceso oral; y finalmente nos referiremos a la valoración del caso y la proyección de una sentencia.

La Cuarta Parte del Manual está orientada a presentar otras herramientas que no debemos descuidar en el contexto de procesos civiles orales: la negociación como instrumento diario del trabajo de los abogados; el juicio por jurados en sus diferentes variantes como un formato que necesariamente debemos considerar y evaluar en los cambios procedimentales de la región; y la organización, tanto de tribunales como de estudios, como un tema que aun siendo tangencial al litigio puede volverse clave para buenos o malos resultados.

PRIMERA PARTE

ASPECTOS GENERALES

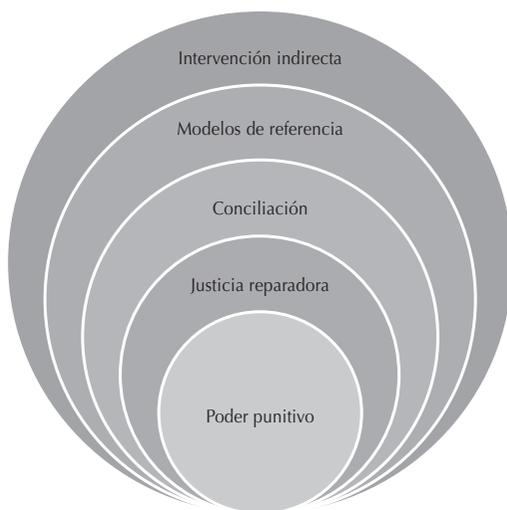
1. LITIGACIÓN EN MATERIA CIVIL: MOMENTOS DEL PROCESO

En la introducción del Manual establecimos que un proceso civil que cumpla con los estándares internacionales de derechos humanos debe garantizar, entre otras cuestiones, que las decisiones sobre los **aspectos controvertidos** se tomarán en audiencias. Retomamos esta afirmación con el mismo subrayado en función a que constituye un separador de aguas: la primera tarea de un litigante al enfrentarse a un caso es identificar con claridad y precisión la controversia existente.

En términos de sistema oral, ello no es menor: no cualquier caso se definirá en audiencias orales. Para desarrollar una audiencia, debe existir una controversia y debe ser precisamente planteada por los litigantes. Y para poder identificar la controversia, como litigante, es necesario que usted conozca la versión de quien busca su representación y la posible versión de la contraparte. Es decir: en forma previa a llevar un caso a los estrados judiciales, un buen litigante podrá realizar una proyección sobre el futuro del mismo, los aspectos litigiosos y las posibilidades de convenir una solución aun sin presentar una demanda.

Por ello antes de hablar en específico de los momentos propios de un proceso civil, en el contexto específico que hemos asumido para el desarrollo de este Manual con la resolución de los conflictos como una de las finalidades presentes en un proceso

civil, es necesario contar con un esquema que identifique los distintos niveles existentes en un sistema de gestión de conflictividad⁶:



Este gráfico busca significar que existe diverso grado de intensidad en función a los distintos niveles de gestión de conflictividad que podemos construir a nivel social. Cuanto más amplio el círculo, menos intervención tiene el Estado en la gestión de conflictividad.

En el primer nivel que vemos, el de la Intervención indirecta, el Estado no tiene intervención. Es nuestro ámbito privado y se rige por nuestras propias normas y/o valores morales; allí no se presentan conflictos que involucren una controversia en la que podamos intervenir como litigantes.

En el segundo nivel el gráfico habla de Modelos de referencia. Allí lo que tenemos es el Derecho en general. Las leyes como pautas o guías de comportamiento. Todos esperamos que el resto de las personas sigan las normas y nosotros mismos las segui-

⁶ En la presentación de este esquema seguimos a Alberto Binder.

mos. Por ello, en nuestra vida cotidiana el Estado sólo interviene en la medida en que genera normas y las da a conocer para que nosotros convivamos de acuerdo a esas leyes, sin violarlas.

El tercer nivel habla de la Conciliación en un sentido amplio.

Esta es una herramienta reconocida por las normas que nos permite, cuando no cumplimos alguna obligación de aquel marco de referencia que es el Derecho, buscar una solución sin necesidad de recurrir a un juez, en forma personal. La conciliación puede ser informal o formal, cuando recurrimos a algún profesional o centro que trabaje en resolución de conflictos para ayudarnos a encontrar una solución. Si bien no estamos aún en el marco de una cuestión “litigiosa” como tal, este nivel ya puede tener la intervención de un litigante en tanto como hemos dicho líneas arriba, lo primero que hará quien reciba un caso será procurar una identificación inicial de los puntos controvertidos y una proyección de las posibles soluciones para el caso; en ese sentido, es probable que antes de interponer una demanda judicial para llevar un caso a juicio, se busque una solución por la vía de la conciliación en alguna de sus formas. Aquí el Estado tiene una intervención mayor, pero esa intervención aún permite a los ciudadanos encontrar por sí mismos (o por medio de sus representantes) la solución a sus conflictos.

El cuarto nivel es más concentrado que los anteriores y lo llamamos Justicia reparadora.

Es aquí donde aparece el proceso judicial civil. Hacemos referencia a las normas civiles en términos generales ya que aquí entra una gran parte de lo que conocemos como Poder Judicial: la justicia civil, laboral, de familia, comercial, de ejecuciones. En este escalón la intervención del Estado es mucho mayor que en los anteriores porque es el Estado, a través de los jueces, el que decide cuál es la solución para un determinado conflicto. Es el nivel propio del litigio: el conflicto es puesto en conocimiento de los jueces, a través de la presentación de los casos por parte de los litigantes y/o las partes involucradas. Serán los jueces, a través de la valoración de la prueba e interpretación de las normas, quienes decidan la solución.

Finalmente, el último nivel y el más pequeño es el del poder punitivo: la justicia penal. Es el ámbito de intervención estatal menor ya que involucra los conflictos más violentos (los delitos) y también las sanciones más violentas: la privación de libertad de las personas.

Concebir el sistema de gestión de conflictividad a partir de este esquema nos permite como litigantes percibir que existen mecanismos anteriores al proceso judicial civil que bien podemos utilizar para resolver los conflictos allí donde no existan controversias mayores (todo el ámbito vinculado con las distintas formas de conciliación); nos permite también observar que en la medida en que disminuye el tamaño de los círculos que grafican los distintos niveles de tratamiento de los conflictos, mayores exigencias existirán en el diseño de los procesos y las formas de resolución de los mismos.

Decíamos en la introducción que regular un proceso oral no implica que todos los casos tengan que tener necesariamente el mismo tipo de audiencia y el mismo tipo de proceso. Este esquema nos sirve para apoyar esa afirmación: el nivel denominado “poder punitivo” desarrolla un proceso con un nivel de garantías sumamente alto que se traduce en el formato de juicio, el esquema de presentación de la prueba y las exigencias de valoración de la misma para llegar a una condena; ello porque la consecuencia posible de una resolución en ese ámbito es la privación de libertad. Aun así, dentro del nivel de poder punitivo, podemos encontrar una gama de procedimientos diferenciados de acuerdo al tipo de conflicto penal que se trate, que van desde un juicio oral ordinario con una serie de etapas que deben ser respetadas sin excepción, hasta procedimientos simplificados como el juicio directo o el juicio abreviado. Mismo nivel de gestión de conflictividad, diversas formas de diseño procesal en función a la mayor o menor complejidad de los casos.

En el nivel que nos ocupará, que es el de la justicia reparadora, encontraremos algo similar: no en todos los casos se diseñará un proceso con diversas fases, plazos y exigencias probatorias. Dependerá del tipo de conflicto que se trate, las partes intervinientes (si intervienen niños, niñas o adolescentes como partes interesadas,

por ejemplo, seguramente se establecerán previsiones especiales; si se trata de acciones con múltiples demandantes se establecerá un sistema específico de gestión de esos casos; si se trata de un conflicto laboral los estándares de protección del trabajador como sujeto específico serán mayores, etc.) y del grado de controversia existente, el diseño específico del proceso oral a llevar adelante.

En algunas circunstancias un caso podrá ser resuelto en una sola audiencia inicial (quizá incluso sin audiencia: cuando el demandado reciba la notificación de la demanda – actividad que se desarrollará por escrito – puede suceder que decida allanarse a lo solicitado y arribar a una solución sin litigio); en otros casos requerirá una serie de audiencias diversas. A los efectos de plantear una estructura básica como marco general, podemos mencionar cuatro momentos en un proceso civil:



¿Qué es importante considerar para visualizar estos cuatro momentos? La oralidad como herramienta de trabajo e intervención. Pensemos en un caso concreto: ha ocurrido un accidente entre dos automóviles en la calle y una de las personas intervinientes concurre a su estudio a consultarle cómo obtener una indemnización. Asegura que la otra persona cruzó una intersección con la luz del semáforo en rojo, la chocó y le produjo un daño enorme a su auto. Lo consulta porque desea que le reparen el daño causado en su vehículo. Más adelante revisaremos paso a paso el planteamiento estratégico para la litigación del caso, pero en principio diremos que ante esta situación, probablemente lo que usted hará será verificar si efectivamente los hechos son como

los plantea su potencial cliente y en función a ello tendrá dos caminos (pensemos en el esquema de gestión de conflictividad y los niveles que hemos repasado): buscar algún tipo de acuerdo con la contraparte a través de alguna forma de conciliación o negociación, o tomar el camino del litigio y presentar una demanda judicial. En caso que por la razón que sea no sea viable llegar a un acuerdo y deba presentar una demanda, aparece el esquema general planteado líneas arriba.

1. Admisión del caso

El primer punto sobre el que un litigante debería recibir algún grado de certeza en términos de litigio es si el caso que pretende presentar tiene viabilidad de ser procesado por el sistema judicial. Esa es la finalidad de este primer momento del proceso: establecer la posibilidad o no de ir adelante con una demanda en sede judicial.

Dado que este es un momento inicial para valorar la viabilidad de judicializar o no el caso, no se regularán demasiadas formalidades ni exigencias para el mismo. ¿Qué implica esto? Que cada sistema procesal deberá diseñar el mecanismo más viable para establecer la admisión del caso. Creemos que este es uno de los momentos que no necesariamente (o no siempre) debe ser oral. Algunos ejemplos desde el punto de vista organizacional:

- Para casos poco complejos puede establecerse un proceso a través de un formulario estandarizado, donde el pretense demandante haga conocer el hecho y la normativa que lo sostiene, esta información sea comunicada al demandado y pueda responder por la misma vía, para finalmente determinar si el caso es admitido o no.
- Puede establecerse un sistema de audiencias en que cada solicitud de admisión se convierte en una audiencia donde las partes discuten presencialmente y frente al juez asignado para el caso la admisibilidad o no del mismo.
- Puede establecerse un sistema en el que un juez tenga periódicamente asignada la función de admitir o no los casos (una

forma de “turno de admisión”), ya sea a través de audiencias o de procesos escritos simplificados. Esta función puede rotar entre los jueces con competencia en un determinado ámbito específico.

- También puede definirse que para determinados casos esta sea una función administrativa a cargo de la Oficina Judicial, ya sea para todos o para algunos casos. Por ejemplo: en la medida en que determinadas situaciones adquieran una cierta estandarización y los jueces tengan un criterio homogéneo en cuanto a la admisión o no de las mismas, la labor de admisión puede derivarse a la Oficina Judicial.
- Puede establecerse una combinación de todos los ítems anteriores, definiendo por tipos de casos en qué circunstancias la admisión es administrativa y en cuáles jurisdiccional; en qué casos se realiza a través de un proceso escrito vía formularios y en cuáles es necesaria una audiencia y cómo se organizan los jueces en aquellos casos en que deben intervenir para definir su judicialización.

Desde las 100 Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, es importante pensar este momento, su finalidad y diseño organizacional específico según lo establecido por las Reglas 34 y 36⁷.

Independientemente de la forma de procedimiento (por audiencia o por formulario, con intervención jurisdiccional o estrictamente administrativo, en combinación de formatos) desde el

7 34. “**Requisitos de acceso al proceso y legitimación.** Se propiciarán medidas para la simplificación y divulgación de los requisitos exigidos por el ordenamiento para la práctica de determinados actos, a fin de favorecer el acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, y sin perjuicio de la participación de otras instancias que puedan coadyuvar en el ejercicio de acciones en defensa de los derechos de estas personas”.
36. “**Formularios.** Se promoverá la elaboración de formularios de fácil manejo para el ejercicio de determinadas acciones, estableciendo las condiciones para que los mismos sean accesibles y gratuitos para las personas usuarias, especialmente en aquellos supuestos en los que no sea preceptiva la asistencia letrada”.

punto de vista del litigante lo central es considerar que en este momento usted deberá presentar su potencial caso a los fines de que se determine su viabilidad o no en el sistema judicial. Su contraparte tendrá intervención en forma previa a la decisión para ejercer su derecho al contradictorio.

Es importante insistir en que este es un momento inicial: la “presentación del caso” no implica que usted deba contar YA con la prueba para sostener su demanda; se trata de anunciar el hecho y darle un encuadre jurídico, explicando por qué es un caso que debe definirse judicialmente. Regular este momento específico posibilita que antes de realizar una búsqueda probatoria específica, usted tenga la certeza de:

- Que el caso tendrá recepción en el sistema judicial, que está trabajando sobre algo sostenible.
- Que está legitimado para demandar.
- Que no existen impedimentos para hacerlo (prescripción de la acción, falta de acción, etc.).

Retomando el ejemplo dado originalmente, en este momento usted relatará el hecho: *su cliente estaba pasando el semáforo en verde cruzando una intersección, cuando el demandado cruzó en rojo, chocó el auto de su cliente y produjo un daño calculado en XX monto de dinero al automóvil. Existe una ley que establece que no puede cruzarse una intersección con el semáforo vehicular en rojo, que ha sido incumplida por el demandado, causando el daño en el automóvil de su cliente que debe repararse. Por ello, usted presenta la demanda y solicita que se admita el caso para la búsqueda de prueba y eventual producción de la misma en un juicio.* Una vez que usted haya hecho su presentación la contraparte tendrá la posibilidad de establecer su posición. Podrá:

- Negar los hechos (el choque nunca pasó o la persona que ocasionó el accidente fue otra);
- Presentar una versión alternativa (por ejemplo: *el choque ocurrió pero el paso en rojo estaba justificado: llevaba un*

accidentado al hospital y había tomado las previsiones para avisar que estaba en una situación de emergencia – balizas puestas, tocaba bocina, llevaba un pañuelo blanco visible –);

- Plantear razones fácticas o jurídicas por las que el caso no puede judicializarse;
- Guardar silencio y esperar la decisión de admisión o no del caso; o
- Eventualmente puede plantear una forma de acuerdo reparatorio que ponga fin en ese mismo momento al caso con una solución concreta.

¿Qué implica que se acepte la judicialización del caso? Que formalmente se establece que procesalmente existe una habilitación para presentar la demanda y no existen impedimentos (excepciones) para hacerlo en este momento. En definitiva: el hecho controvertido que usted ha relatado cuenta con una norma jurídica de respaldo que puede aplicarse para definir la situación y habilita la búsqueda de prueba de respaldo que le permita a cada parte en la controversia acreditar en un eventual juicio su posición inicial sobre el conflicto. En función al tipo de prueba que las partes deban procurarse y el tiempo que les lleve, valorado esto bajo criterios de razonabilidad, el juez fijará en este momento la siguiente audiencia para definir el caso.

¿Cuáles son las consecuencias concretas de la admisión del caso?

- La parte demandante está habilitada para comenzar la búsqueda probatoria que soporte su demanda.
- Como consecuencia de lo anterior, la parte demandada tiene derecho a conocer y controlar los elementos probatorios que la demandante encuentra en soporte a su demanda.
- La parte demandada tiene derecho a buscar su propia prueba de descargo.
- Ambas partes tienen derecho a solicitar auxilio judicial cuando la búsqueda de determinado elemento probatorio les resulta imposible sin dicho auxilio.

- Si se arriba a un acuerdo sin necesidad de avance del proceso entre las partes, ese acuerdo debe ser presentado judicialmente y homologado por un tribunal.

2. Audiencia Preliminar

Eso nos lleva al segundo momento del proceso que definimos como **audiencia preliminar**. Una vez que las partes hayan avanzado en el caso, procurado la prueba de respaldo que precisan para acreditarlo en un eventual juicio y avanzado en la definición de la controversia (es decir: constatado que no tienen una posibilidad de arreglo del caso por una vía diferente a la decisión judicial) concurrirán a una segunda audiencia en la que se discutirá si el caso se abre a juicio y, en tal caso, qué tipo de procedimiento aplica. Este momento del proceso tiene una intensidad mayor que la admisión del caso en tres sentidos: a diferencia del momento de admisión, aquí la audiencia será una regla para la toma de decisión; el juez será mucho más exigente e incisivo en la precisión del caso para establecer si puede llegar o no a juicio; y, como consecuencia de los dos puntos anteriores, las partes deberán realizar un esfuerzo mayor en el litigio y la presentación de sus posiciones. La audiencia preliminar tiene varios objetivos:

1. El juez debe determinar si el caso debe llegar a juicio para resolverse. Esto es: determinar si existen hechos controvertidos con respaldo jurídico y soporte probatorio que ameriten la apertura de una audiencia de juicio.
2. Si decide que el caso debe llegar a juicio, establecerá también qué tipo de juicio procede en función a las características propias de la controversia.
3. Finalmente, establecerá qué prueba se admite para ser producida en el juicio.

Dado que cada uno de esos objetivos involucra una serie de actividades específicas de las partes, de suma importancia para definir la resolución o avance de un caso, esta audiencia será desarrollada en cada una de sus partes más adelante en este Manual.

3. Juicio oral

Posteriormente en esta estructura básica que venimos desarrollando llega el momento de **juicio oral** propiamente tal. Este será **el momento central** de un proceso controvertido, ya que en la audiencia de juicio las partes deberán producir la prueba que les permite sostener su posición en el proceso y, a partir de la prueba producida, el juez o jueces intervinientes darán una sentencia. La tercera parte de este Manual desarrollará en detalle los aspectos vinculados a la litigación y la presentación de la prueba en un juicio. Veremos entonces que cada actividad concreta (presentación del caso, declaración de un testigo propio, declaración de un testigo de la contraparte, formulación de incidencias, uso de elementos de apoyo, valoración de la prueba producida, etc.) se asocia con habilidades de litigación que los abogados deben incorporar y practicar para tener éxito en un sistema basado en audiencias orales.

Interesa en este momento establecer algunos lineamientos para el desarrollo de la audiencia de juicio que, además de estar directamente asociados con el cumplimiento de la garantía del debido proceso, en términos de práctica concreta permitirán un mejor desarrollo del litigio y facilitarán la tarea de decisión del juez: además de oral y contradictorio (elementos sobre los que venimos trabajando y estudiaremos en detalle durante todo el texto) el juicio debe ser **continuo**; ello implica que una vez que un juicio inicia, las audiencias necesarias para la presentación del caso, producción de prueba y alegatos finales deben desarrollarse en forma sucesiva hasta el momento en que el juez esté en condiciones de valorar la prueba en su conjunto y dar su veredicto. Esto resulta central por varias razones:

- La continuidad garantiza la **inmediación** del juez con la prueba: no sólo presenciara la producción de toda la prueba pertinente para su decisión, sino que además estará centrado en el caso sin desviar la atención en la prueba de otros potenciales juicios.
- Posibilita la concentración y mejora la **calidad de información**: al presentar toda la prueba en forma continua las

partes están obligadas a evidenciar a través de los medios probatorios su teoría del caso.

- Mejora la **facultad de control** de los jueces: ver la prueba en forma continua no sólo brinda a los jueces más elementos a la hora de resolver la pertinencia o no de las objeciones que las partes formulen, sino que también posibilita evaluar los tiempos para las intervenciones de las partes, el límite o no en las preguntas e incluso, eventualmente, la posibilidad de limitar la prueba cuando se vuelve superabundante.

Una segunda característica de los juicios orales que debe considerarse es la **publicidad**. El juicio debe ser público por principio, con posibilidades específicamente reguladas de excepcionar el principio y limitar (en distintos grados) la publicidad. El principio de publicidad se vincula directamente con la República: dado que la sentencia de los jueces es un acto de gobierno y que la República reclama que los actos de gobierno sean públicos, es un derecho que trasciende a las partes y abarca a la ciudadanía el de saber cómo los jueces están tomando las decisiones y sobre qué base. Por ello el principio de publicidad debe establecerse en forma específica como característica de las audiencias y puntualmente del juicio. Ahora bien: no se trata de un principio absoluto, ya que algunas circunstancias particulares de los casos o de alguno/a de sus intervinientes pueden exigir que la publicidad sea limitada (cuando intervienen niños, niñas o adolescentes o la decisión versa sobre ellos, cuando hay temas vinculados a la intimidad de las personas que resultan sensibles y cuya publicidad puede generar una afectación, cuando se dan determinadas situaciones de violencia, etc.). Por ello es importante también regular las diversas circunstancias que un juez puede tener en cuenta para limitar parcial o totalmente la publicidad.

4. Impugnación

Finalmente hemos introducido un momento procesal destinado a la impugnación de las resoluciones judiciales. Si bien el esquema presenta a este momento al finalizar el proceso judicial, en

realidad la impugnación es transversal a todo el procedimiento. Eventualmente si un caso no es admitido en el primer momento procesal, la parte agraviada podrá impugnar esa decisión y pedir su revisión. Si algo similar sucede en la audiencia preliminar es también concebible alguna forma de impugnación de esa decisión. En el transcurso del plazo de conformación de la prueba (entre la audiencia de admisión del caso y la audiencia preliminar) si alguna de las partes solicita auxilio judicial para la búsqueda de una prueba y le es negado, también ello puede habilitar una impugnación.

En términos generales, en un sistema oral es conveniente que las partes tengan habilitada la impugnación sólo cuando una decisión judicial les cause un agravio definitivo. Es decir: cuando la decisión judicial actual no pueda ser reparada por una decisión judicial posterior en el transcurso del proceso. Esa es la razón por la que se grafica a la impugnación como “momento final” en el proceso judicial. Porque salvo cuestiones muy excepcionales (una medida cautelar que causa un gravamen irreparable, por ejemplo), el agravio definitivo se asocia con la decisión que pone fin al proceso judicial: la sentencia. Comenzar a concebir los recursos en materia judicial desde esa concepción del agravio definitivo es importante para cumplir con uno de los estándares internacionales a los que nos hemos referido inicialmente: el plazo razonable. Brindar decisiones judiciales en plazo razonable implica una concepción del proceso que mira hacia la decisión definitiva y establece mecanismos de cuestionamiento amplios para esa decisión. Un proceso que se diseña permitiendo que cada pequeña decisión puntual sea impugnada y genera un subproceso para la impugnación que detiene el proceso principal o lo lentifica, probablemente no posibilite alcanzar decisiones judiciales dentro de plazos lo menos extensos posible.

Finalmente, se notará que el esquema presentado disminuye en tamaño a medida que se avanza en el proceso. Esto porque concebimos a cada momento del proceso como un filtro; por una parte por el control judicial que se realizará en cada audiencia y por la otra por la cantidad de circunstancias que pueden presentarse entre las partes de una audiencia a otra. Del universo de conflictos que pretendan judicializarse, probablemente

los jueces descarten un número significativo de plano (porque no hay norma de respaldo, porque existan posibilidades de un arreglo conciliatorio, porque no se trate de un conflicto de competencia de la justicia civil, etc.). Del grupo de casos que sean admitidos para la búsqueda de prueba y eventual audiencia preliminar (segunda fase), también habrá un número importante de casos que no lleguen a esa audiencia: porque las partes encuentren que la prueba no les es favorable, porque se presente una posibilidad de acuerdo, etc. Como veremos con mayor detalle en la Segunda Parte de este Manual, no todos los caso que lleguen a la audiencia preliminar pasarán automáticamente a juicio: en algunas circunstancias serán casos insuficientes desde el punto de vista de la teoría del caso, en ocasiones el juez de la audiencia verá la posibilidad de arribar a un acuerdo entre las partes y cerrar el caso en la misma audiencia y en un porcentaje de esas situaciones sí se abrirá el caso para juicio. Y finalmente (aunque recordando lo que hemos dicho sobre la impugnación como un mecanismo presente en forma transversal en el proceso), no todos los casos que tengan una sentencia al finalizar el juicio recibirán una impugnación. Por ello el gráfico decreciente: la idea del proceso concebido como filtros propios de los jueces y a partir de los controles y consensos entre las partes, que permite que avancen los casos que realmente tienen controversias discutibles desde el punto de vista probatorio y respaldo normativo suficiente para la toma de una decisión judicial.

2. PREPARACIÓN ESTRATÉGICA DE LOS CASOS. TEORÍA DEL CASO

Hemos planteado hasta aquí un doble filtro:

- Por una parte, tenemos el esquema de gestión de conflictividad que nos obliga a pensar siempre si frente a un conflicto determinado debemos recurrir a su judicialización o podemos buscar una solución por una vía menos controversial;
- Por la otra, contamos con un esquema procesal específico para los casos que pretendan judicializarse en el ámbito civil

que también operará a través de filtros entre un momento y otro del proceso.

Toca ahora plantear el tercer filtro posible para pensar los casos: ¿Cómo encarar el litigio oral? A partir de la concepción del proceso judicial como una serie de momentos cuya finalidad el abogado debe conocer y para los cuales debe prepararse, resulta esencial contar con una herramienta que le permita situarse estratégicamente desde el momento mismo en que toma conocimiento del caso por primera vez.

Retomando el ejemplo sencillo que hemos venido desarrollando de la persona que concurre a solicitar asistencia por un accidente automovilístico, desde el primer encuentro con la persona un profesional del Derecho debe pensar en tres planos distintos con relación al mismo caso: hechos, derecho y prueba. El hecho por el que la persona lo consulta ¿tiene relevancia en el mundo de lo jurídico? ¿Existe alguna norma que contemple la situación y establezca algún tipo de responsabilidad o permita intervenir de alguna manera? Y si el hecho tiene relevancia jurídica, ¿qué necesidades probatorias le generaría para lograr una sentencia en su favor en un proceso judicial? ¿Cuáles serían los costos que aparejaría llevar este caso adelante, buscar la prueba e intentar obtener una sentencia judicial favorable? El resultado posible del proceso, ¿es mejor que la situación actual? Y por supuesto en algún momento habrá que avanzar en el análisis sobre lo que una eventual contraparte podría argumentar en referencia al caso.

Partir realizando un análisis escalonado en el sentido mencionado permitirá “medir fuerzas”, proyectar el caso y determinar cuál es la mejor recomendación posible para el potencial cliente: qué caminos le posibilitan un mejor resultado con un menor costo (y no hablamos sólo de costo económico: también de tiempo, esfuerzo, recorrido por el proceso judicial, etc.).

La teoría del caso es el instrumento metodológico que le permite al abogado litigante ordenar sus ideas, diferenciar lo deseado de lo probable, evaluar las situaciones que se van presentando en el andar del proceso y tomar las mejores decisiones posibles para el cliente. Además, una buena teoría del caso servirá al abogado

como carta de navegación para presentarse en las diversas audiencias y argumentar en forma precisa y persuasiva.

El desafío inicial: lograr un relato claro de los hechos

Hemos mencionado que la teoría del caso implica trabajar con hechos, derecho y prueba. Y en cada nivel de trabajo encontraremos dificultades y desafíos particulares. En el nivel de los hechos es donde los abogados suelen encontrar mayores complicaciones. Y no porque no sepan Derecho, en absoluto. El principal problema de los abogados vinculado con el relato de los hechos es que no parecen encontrar en la claridad y la simpleza lineamientos dignos de seguir al momento de construir sus casos.

Las Facultades de Derecho latinoamericanas no se caracterizan por tener cursos para sus estudiantes vinculados a la construcción de historias, la argumentación, el debate y la persuasión. Si bien en las últimas décadas han surgido nuevas formas de enseñanza y las materias más ligadas con la práctica profesional comienzan a aparecer, lo cierto es que aún en la actualidad del siglo XXI, los abogados siguen formándose para trabajar en el siglo XIX. Se arrastran muchas costumbres que atentan con la litigación oral: el exceso de la formalidad y el rito, la apelación a latinazgos y/o formas de español desconocidas en la actualidad, la tendencia a construir oraciones interminables llenas de aposiciones u otras formas gramaticales que tornan imposible la comprensión de lo que pretende probarse en el proceso judicial, entre otros.

Comunicar es una tarea central de los abogados y los jueces. Las 100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las personas en condición de vulnerabilidad son un instrumento aprobado por la Cumbre Judicial Iberoamericana que pone mucho énfasis en la forma en que se comunican a los usuarios las acciones judiciales y las decisiones que se toman en consecuencia. En 2016 la Cumbre Judicial Iberoamericana ha discutido la eliminación de las frases en latín de las resoluciones judiciales. En definitiva: se trata de hacer el lenguaje más accesible y la comunicación con los destinatarios de la justicia más fluida.

¿Cómo se vincula todo aquello con la teoría del caso? Es su base. Si la construcción de relatos fácticos que el abogado realiza desde el inicio mismo de su intervención en el caso no es simple, sencilla y atendida a lo que efectivamente sucedió, ello repercutirá en la selección de las normas jurídicas que el abogado realice. Y lo que es aún más complejo: de la forma en que se relaten los hechos dependerá la necesidad probatoria.

Y aún más: si en la construcción de un relato fáctico específico el abogado no aborda la identificación de los hechos que posiblemente resultarán controvertidos en un proceso judicial, buena parte de su trabajo resultará, por decir lo menos, ineficiente. No podemos perder de vista que una de las medidas para verificar las posibilidades de avance hacia un juicio de un caso concreto es el grado de controversia que se presente entre las versiones de las partes enfrentadas. Ese grado de controversia depende, prioritariamente, del relato de hechos que cada parte construya (es cierto que pueden darse interpretaciones controvertidas de una misma norma jurídica, pero en términos generales la controversia no estará tanto en el derecho como en los hechos y su ocurrencia en el caso). Por ello, parte importante del trabajo estratégico del litigante está en identificar los hechos controvertidos y planificar a partir de allí, como un primer punto importante, su litigio.

Relatar un hecho en forma correcta permite comunicar más claramente la pretensión. Y comunicar claramente permite litigar mejor. Adquirir esa habilidad posibilita restringir el margen de interpretación que un juez o jueza puede llegar a hacer sobre la teoría del caso y las pruebas de un juicio. Construir un relato claro, comunicarlo con simpleza, ser precisos en la prueba a producir, permite en primer lugar obligar a la contraparte a litigar muy específicamente cada aspecto que pretenda revertir con relación al planteo que se realiza. Ante un relato sólido y pertinente, es mucho más difícil alegar vaguedades o citar doctrina o jurisprudencia en abstracto: la contraparte que pretenda una decisión a su favor deberá hacer un esfuerzo mucho mayor para controvertir la posición planteada. En segundo lugar, un relato de esas características permite también limitar al máximo posible una eventual arbitrariedad en la decisión judicial. Si bien es

cierto que los jueces tienen libertad en cuanto a la valoración final que realizan de los casos, ello no implica que puedan decidir cualquier cosa; ahora bien: no es menos cierto que ante un litigante improvisado, que no presenta en forma precisa sus peticiones y no fundamenta en concreto la base de las mismas, el juez debe realizar un esfuerzo mucho mayor de construcción de la decisión que a veces puede llegar a confundirse con la arbitrariedad. La precisión de un buen litigante, en definitiva, es la vara para el litigio de la contraparte y el límite para la discrecionalidad judicial.

Ahora bien: relatar un hecho claro y preciso no es equivalente a ser escueto en el relato. Una primera máxima que el litigante debe asumir al momento de trabajar en la parte fáctica de su teoría del caso es que el juez al que va a dirigirse en una eventual audiencia para solicitar que el caso se admita, no tiene ninguna idea sobre lo que ha sucedido. Probablemente todos los países tengan leyes específicas que regulan distintos tipos de responsabilidades; seguramente también habrá una norma que nos permita encuadrar el pedido de declaración de responsabilidad contra la persona que ocasionó el daño en el automóvil de nuestro representado al haber cruzado la luz en rojo. Por supuesto el juez ante quien nos presentemos sabrá que está prohibido cruzar un semáforo en rojo, que hacerlo genera una responsabilidad y que si se ha ocasionado un perjuicio el mismo debe ser valuado y reparado. Lo que el juez no conoce al momento en que nosotros presentamos el caso es la historia concreta de este hecho puntual. Y es la primera tarea del litigante comunicarle al juez el hecho detrás del caso, la historia detrás del Derecho.

Pensemos en la situación que se presenta en la mente del litigante cuando el cliente concurre a hacer la primera consulta: probablemente a medida que la persona va relatando los distintos detalles del accidente y el choque, el abogado litigante “traduce” esos hechos en la normativa que eventualmente podría utilizarse para entablar una demanda. Probablemente también esté pensando en las decisiones jurisprudenciales que existen en casos similares. Y seguramente sobre esa base recomendará el camino a andar a la persona que consulta.

Bien: el mismo proceso que se produce en la mente del litigante al escuchar al cliente, debe producirse en la mente del juez al escuchar el relato del litigante. Esto implica que el abogado no debe concurrir a la audiencia (ni realizar la presentación escrita previa del caso) partiendo de la base normativa y hablando la “jerga” del juez. Por el contrario, la tarea inicial del abogado consiste en separar en el relato inicial del cliente los hechos relevantes de los irrelevantes. Quedarse con los hechos relevantes y convertirlos en una historia persuasiva, con relevancia jurídica y probatoria (aspectos a los que nos referiremos en los próximos apartados).

¿Cómo hacer esta tarea inicial?

Escuchar y observar. Insistimos persistentemente en “escuchar al cliente”. Tener una fuente de información de primera mano sobre el suceso es clave para la construcción de la historia que traduciremos en un caso a litigarse. Escuchar y notar qué detalles son necesarios y están ausentes en la historia que el cliente nos cuenta ¿Están ausentes porque no los conoce? ¿O están convenientemente ausentes? En el caso del ejemplo que venimos utilizando probablemente queramos saber a qué velocidad venía nuestro potencial cliente, si venía solo o acompañado, si venía atento al tránsito o hablando por teléfono, si pudo ver la situación en la que venía la persona que lo chocó, si hablaron una vez que el choque se produjo, de qué hablaron, qué actitud tomó la otra persona, si llegó la policía y cuánto demoró en llegar, qué pasó después... y una serie de detalles minúsculos que nos servirán para ir reconstruyendo el hecho e identificando las posibilidades judiciales que tenemos a partir del mismo. También podremos ir identificando los personajes involucrados y pensando en la posible prueba que precisaremos.

Escribir. Para saber hablar, es necesario saber escribir y pensar. Aunque parezca una verdad de Perogrullo, la realidad es que suele confundirse la implementación de un sistema oral con el abandono completo de la escritura. Nada más alejado de la realidad: si el abogado no tiene notas o no registra los datos de su caso, probablemente pierda información importante. Y lo central en todo esto: las audiencias no son un ámbito de improvisación.

Cuando el litigante concurre a una audiencia tiene que tener suma claridad sobre lo que va a decir, por qué lo va a decir, cómo lo va a sostener y cuál será su petición concreta. Para ello, es importantísimo realizar anotaciones y esquemas de las exposiciones que luego se realizarán en las audiencias. No para concurrir a verbalizar lo escrito, sino para ensayar y evaluar si el relato es claro, si falta o sobra algo, si es persuasivo, si es convincente, si es suficiente, si es sobreabundante, etc. etc. etc. Por ello poner blanco sobre negro en el contenido fáctico de un posible caso es necesario para avanzar en su proyección.

Construir una historia. Un tercer lineamiento para iniciar la construcción fáctica es pensarla en clave de historia. Hemos dicho que el juez que ve nuestro caso en la audiencia probablemente no tenga ningún conocimiento o tenga un conocimiento muy limitado sobre la razón de la audiencia (sobre todo si nos encontramos en la fase inicial del proceso). No es conveniente entonces partir el relato fáctico anunciando el monto de indemnización que se reclama. La historia del caso debe ser contada y el relato debe hacer sentido. Por ello, si bien no es necesario ahondar en detalles del estilo de cuántos kilómetros por día manejaba nuestro potencial cliente (salvo que exista alguna cuestión normativa que exija detalles tan específicos), sí es importante mostrarle al juez la escena completa en la que ocurrió el hecho puntual que suscita la controversia. La observación de audiencias implementadas en diversos sistemas latinoamericanos suele mostrar una característica común en los litigantes: recién relatan la historia cuando la contraparte hace alguna mención que contradice una primera versión abstracta de los hechos. Por ejemplo, siguiendo con el caso del choque, imaginemos una hipotética audiencia preliminar con las partes anunciando el hecho que pretenden debatir en juicio:

- **Primera intervención del demandante:** En el juicio demostraremos que en fecha 2 de septiembre de este año, siendo las 20:00 h, el hoy demandado embistió con su rodado a mi cliente, ocasionándole un daño que ha sido valuado en XX monto de dinero y cuyo pago hoy venimos a reclamar ante su señoría.

- **Primera intervención del demandado:** En el juicio se verá que la velocidad a la que mi cliente circulaba no puede haber causado jamás el daño que alega el demandante, por lo que no tiene obligación de cubrir ese monto. Adicionalmente demostraremos que pese a estar en un apuro porque tenía un turno médico que no podía perder, cumplió con todas las normas de tránsito.
- **Segunda intervención del demandante:** Lo que el demandado afirma no ocurrió de esa manera: su cliente cruzó con luz roja el semáforo ubicado en la intersección entre las calles Juan Juárez y Pedro Pérez, y en ese momento embistió el auto de mi cliente. Mi cliente venía a menos de 40 km por hora, velocidad máxima permitida en la zona urbana de esta ciudad, estaba camino a la escuela de su hija para recogerla en una ruta que realiza todos los días y como sabe que suele haber muchos niños transitando ese lugar trata de tomar todas las precauciones del caso. Cuando chocaron, el demandado bajó de su auto y le pidió que por favor lo dejara seguir, pero no porque tenía un turno médico sino porque tenía vencido el seguro y no quería tener problemas con la policía. Cuando la policía llegó (dado que mi cliente no permitió que se fuera) resultó que no tenía el seguro vencido, sino que no tenía seguro alguno. En ningún momento aludió a un turno médico delante de la policía y desde el momento del hecho hasta ahora ha cambiado permanentemente la historia y las circunstancias para evitar hacerse cargo de su responsabilidad. Es por ello que nos hemos visto obligados a demandar en lugar de acordar este caso por una vía alternativa.

Nótese que entre la primera y la segunda intervención del demandante hay un cambio sustancial en la información: en tanto en la primera intervención se producen referencias bastante abstractas sobre el suceso y lo único que se anuncia con claridad es que se pretende el pago de una suma de dinero, en la segunda intervención se dan varios detalles más sobre cómo ocurrió el hecho, cuál fue la actitud de ambas partes y por qué razón esto tiene que ser resuelto a través de un proceso controvertido. Se le da al juez información de mayor calidad para poder tomar una

decisión. Información que de otra manera no podría llegar al juez ya que es tarea de las partes presentarla.

Este tercer paso nos muestra la importancia de los dos anteriores. Para construir una historia con detalles relevantes, es imprescindible escuchar a las fuentes de información, llenar los vacíos en la historia que presentan y trabajar en un relato enteramente fáctico como base del caso que presentaremos.

A partir de un relato fáctico claro, identificar el respaldo jurídico

Hemos hablado de la “traducción” que el abogado realiza al momento de escuchar al potencial cliente. Esa traducción consiste en un primer escaneo por el relato que se escucha y las posibilidades jurídicas reales que tiene.

Ahora bien: con un relato fáctico más sólido, es también importante hacer un repaso de la norma jurídica que se precisa. En el caso del ejemplo no sólo deberá repasarse la normativa específica vinculada con los daños y las posibilidades de reparación para el cliente; también deben repasarse las decisiones judiciales que se han tomado sobre el tema ¿Existen posiciones controvertidas en los tribunales? ¿Se han establecido niveles de exigencia específicos a partir de lo establecido por la norma? ¿Existe algún tipo de criterio unificado que establezca ciertos requisitos “objetivos” que permitan zanjar la controversia?

Pongamos por caso que hubiera una jurisprudencia unificada que hubiera establecido que más allá de los extremos fácticos concretos, siempre que una parte pueda acreditar que la otra cruzó un semáforo en rojo se generará responsabilidad sin mayor discusión sobre otros extremos. Si ese fuera el caso, y en el ejemplo que venimos trabajando pudiéramos acreditar que esto sucedió (que la contraparte cruzó en rojo), tendríamos una carta importante de negociación previamente a judicializar el caso (aspecto al que nos referiremos más adelante en este manual) y si eventualmente llegáramos a judicializarlo, el litigio sería muy breve y enfocado a ese punto. Si por el contrario la jurisprudencia estuviera dividida y existieran diversas interpretaciones sobre la

responsabilidad o no a partir de un hecho puntual como cruzar un semáforo en rojo, entonces el trabajo de preparación será diferente y habrá que orientarse a un espectro más amplio de hechos y pruebas para establecer la responsabilidad.

Pensándolo desde la contraparte (la potencial demandada en este ejemplo), si existiera esa jurisprudencia unificada tendríamos dos caminos: buscar un cambio en el criterio unificado sobre la base de alguna particularidad (fáctica) específica del caso que nos permitiera solicitar una excepción en el criterio; o (en la circunstancia en que la forma en que ocurrió el hecho no nos posibilite visualizar ninguna excepción) plantearle a nuestra representada la necesidad de negociar un acuerdo sin necesidad de ir a juicio, ya que tenemos cierta certeza en el resultado que tendrá el mismo.

En definitiva, desde el plano de la teoría jurídica lo que el abogado litigante deberá hacer es generar un mapa claro de la normativa involucrada en el caso sobre el que litigará, la doctrina existente al respecto y la jurisprudencia que pueda afectar o favorecer su caso. De acuerdo al grado de complejidad que involucre, este mapa se ampliará o restringirá (no es lo mismo litigar un desalojo o algún tipo simple de incumplimiento contractual, que presentar una demanda con múltiples peticionantes en un caso de daño ambiental). En algunos casos existirá cierta estandarización que le permitirá al litigante pisar con mayor firmeza en un terreno ya andado y conocido; en otros casos probablemente la búsqueda normativa deberá ser mayor, comparada con otras legislaciones y/o con la jurisprudencia a nivel internacional.

Tener claridad sobre este punto no sólo impacta en la forma en que el litigante preparará su caso en representación del demandante o demandado, según corresponda. También le permitirá proyectar el nivel de trabajo que le insumirá una buena preparación estratégica y los costos de la misma.

Cuando un litigante identifique un hecho (teoría fáctica) que tiene respaldo en la normativa, doctrina y/o jurisprudencia (teoría jurídica), podrá afirmar que tiene un caso admisible para el sis-

tema judicial. En función a ello, podrá pasar a analizar el tercer nivel de la teoría del caso.

La proyección de las pruebas

Identificados los hechos y el derecho importante para el caso, la siguiente tarea del litigante para completar una teoría del caso será verificar las pruebas necesarias para llevarlo adelante en la vía judicial. Para identificar las pruebas que precisaremos, será necesario volver sobre los hechos que componen nuestra teoría, para establecer cuáles serán los aspectos a probar en un eventual juicio.

El inicio de un caso es una maraña que el litigante debe desenredar. Hay hechos relevantes y hechos irrelevantes; hechos presentes y hechos sobre los que debe indagar para encontrar la historia detrás del caso; hechos controvertidos y hechos no controvertidos; normas involucradas; posiciones jurisprudenciales. Así también el litigante encontrará una oferta probatoria inicial a partir del momento mismo de contar con la información del caso: testigos que vieron el accidente, el automóvil mismo y el daño que resultó, informes realizados por la policía de tránsito, etc. En el mismo sentido en ese momento inicial el litigante pensará casi en forma inmediata en la prueba que potencialmente precisará si sigue con el caso adelante: un experto que explique las condiciones en las que se dio el accidente y la posible mecánica del mismo, informes sobre los semáforos ubicados en la intersección, posibles cámaras de seguridad en el lugar en que ocurrió, etc.

En la medida en que el proceso avance y el juicio se vuelva un momento más tangible, la prueba con que se cuente será el aspecto más relevante del caso ya que de su existencia y credibilidad dependerá en buena medida la posibilidad de ganar o no el caso. Por ello desde el primer momento en que asumamos un litigio es necesario pensar en la dimensión probatoria desde varias previsiones:

Para cada hecho que se afirme, debe existir una posibilidad probatoria.

Hemos anunciado la importancia de encontrar la historia detrás del caso. Es decir: presentar ante el juez que no conoce las circunstancias fácticas concretas de nuestra petición, todos los aspectos fácticos relevantes para que pueda visualizar con precisión qué le estamos solicitando y por qué. Llegados a juicio, esa historia debe ser presentada a través de la prueba en cada uno de los aspectos en que se haya relatado. No podemos tener hechos relevantes del caso sin prueba que los acredite, ya que el juicio se trata de ver los hechos a través de la prueba. Por ello es importante, desde el inicio del caso, tener claridad sobre el alcance de la prueba que tengamos.

En el caso del accidente de tránsito, por ejemplo, si tenemos un testigo que puede decirnos cómo quedaron los autos una vez que se produjo el choque porque venía andando en bicicleta por la calle por la que venía el auto que produjo el accidente y llegó a la intersección una vez que los dos autos chocaron, a ese testigo no podremos preguntarle nada sobre cómo venía el auto de nuestro cliente porque es imposible que haya visto algo, por la posición que tenía momentos previos al accidente. Sí podremos consultarle cómo quedaron los autos, cómo estaban los protagonistas del accidente, qué actitud tuvieron, etc. Pero sólo podemos obtener información, de ese testigo, desde el momento del choque hacia adelante; no hacia atrás. Si a nosotros nos interesa acreditar alguna información fáctica previa al momento del choque, necesitaremos una prueba diferente a este testigo en concreto. Esto nos lleva a una segunda previsión con relación a la prueba.

No toda la prueba sirve para todos los hechos.

Más allá de la presentación esquemática que venimos desarrollando en este texto, el lector ya habrá llevado este contenido a su práctica cotidiana: trabajar un caso significa un ir y venir constantemente entre hechos, derecho y prueba.

En el caso de la prueba, este ir y venir debe ser muy disciplinado en términos de conocer a cabalidad el contenido de información

que cada prueba puede brindarnos. Asumamos que a causa del accidente automovilístico nuestro cliente sufrió lesiones. Y que ofrecemos como prueba al médico clínico tratante para que declare sobre las consecuencias concretas que tuvo nuestro cliente a raíz de esas lesiones. No podemos preguntarle al médico cuál era el estado de nuestro cliente al momento en que se produjo el hecho; tampoco podemos preguntarle por las consecuencias psicológicas que tuvo nuestro cliente a raíz del accidente. ¿Por qué? En el primer caso, porque no presencié el accidente y en consecuencia no puede aportar información sobre el mismo. En el caso de la segunda consulta (estado mental) porque no es un profesional idóneo para dar tal información.

Cuando no tenemos un manejo preciso de la prueba, podemos caer en el error de creer que tenemos todos los hechos cubiertos y probados, asumiendo que determinados medios (los testigos, por ejemplo) van a aportar en el juicio información que no podrán aportar. Y esto puede llevarnos al error de hacer preguntas a nuestros propios medios de prueba que terminen en respuestas que nos perjudiquen. A diferencia de los hechos que son del pasado y no pueden variar y del derecho, que comparte una característica similar (y en caso que varíe, difícilmente afectará a un caso sucedido temporalmente con la vigencia de una ley distinta), la prueba es la parte más variable en una teoría del caso. Sobre todo (aunque no exclusivamente) la prueba testimonial, que dependerá de circunstancias difíciles de controlar para el litigante: memoria, atención, capacidad de comunicar información, barreras culturales, presiones externas, etc. En función a ello, conocer el contenido preciso de información que cada medio de prueba puede aportar y desarrollar habilidades para obtener esa información una vez en el juicio, son temas centrales en el trabajo de un litigante en un sistema oral. Y como hemos mencionado: tener claro qué parte de información puede proporcionar cada prueba en concreto.

No toda la prueba es necesaria en todos los momentos del proceso.

Trabajar la teoría probatoria implica un proceso de inclusión y descarte que también variará durante el trabajo del litigante. Hasta tanto se llegue a la audiencia preliminar, en el momento

en que se encarará la construcción del caso, aparecerán necesidades probatorias que eventualmente podrán ser descartadas. Concretamente: cuando conocemos un caso desde la mirada de nuestro potencial representado, tenemos sólo una versión de los hechos. Sobre esa versión proyectaremos todas las necesidades probatorias que hagan sólido el caso en un eventual juicio futuro. Pero en la medida en que el trabajo en el caso avance, puede suceder que determinados medios probatorios pierdan fuerza (por la posibilidad de hacer convenciones probatorias, por el avance en la negociación con la contraparte, etc.) y otros aparezcan como esenciales en función de ir delimitando concretamente cuáles son los hechos controvertidos.

Por ello el ejercicio de la teoría del caso será un permanente escaneo de los hechos, el derecho y la prueba necesaria que no sólo dependerá de la posición propia, sino también (y muy centralmente) de la posición que adopte la contraparte. Si tenemos un caso en que la contraparte controvierta todas y cada una de las afirmaciones que compongan nuestra teoría fáctica, la búsqueda de la prueba será muy intensa para cubrir cada aspecto. Si, por el contrario, tenemos una controversia única en el marco de un caso consensuado ampliamente en cuanto a los hechos, precisaremos prueba de muy buena calidad para cubrir ese sólo aspecto controvertido. Del trabajo propio, el trabajo de la contraparte, las decisiones judiciales que puedan tomarse en el transcurso de la construcción del caso para juicio, el tipo de juicio de que se trate y el nivel de controversia que finalmente se establezca, dependerá la construcción probatoria de un caso. Y todos esos aspectos deberán ser abordados por un litigante efectivo.

El juez no es una muleta probatoria de un litigante descuidado.

Dicho en otras palabras: en un proceso de las características que venimos describiendo, no es conveniente que el juez posea iniciativa probatoria. Al igual que otros temas que ya hemos abordado en este texto, asumimos que esa afirmación no es compartida en términos generales y no es pacífico el debate sobre la posibilidad o no de los jueces de solicitar y/o producir prueba de oficio.

Más allá de la decisión que cada legislación asuma con relación al punto, creemos necesario exponer en el contexto que venimos describiendo para un proceso civil por audiencias, con posibilidad de litigio estratégico de los abogados, por qué el juez no puede tener iniciativa probatoria:

- En principio porque, como hemos afirmado, concebimos a la gestión del conflicto como parte importante en cuanto a las finalidades del proceso civil. En ese sentido pierde fuerza la necesidad de los jueces de “encontrar la verdad” que justifica en cierta medida la posibilidad de otorgarles la facultad de buscar prueba de oficio.
- En segundo lugar, porque nos resulta muy difícil concebir un juez que decide en forma imparcial y a la vez decide que debe incorporarse prueba diferente a la propuesta por las partes en conflicto. La imparcialidad como garantía para los litigantes está dada en la posibilidad real de recibir una decisión por parte de un tercero que observará sus posiciones y fundamentos, hará una valoración de las mismas y luego tomará una decisión en consecuencia. Un juez que decide producir prueba (más allá del pretexto de “la verdad” o el “mejor conocer”) no está muy lejos de un juez que inclina la balanza hacia un lado en detrimento del otro. Más adelante en este manual nos referiremos a la inexistencia de “neutralidad” en las pruebas: cada elemento probatorio que se incorpora en un juicio significa un apoyo mayor o menor a una de las versiones del caso. Un juez produciendo prueba en reemplazo de las partes es un juez que se parcializa.
- Y en tercer lugar, un aspecto vinculado al accionar de los jueces que, creemos, es mucho más eficiente que la posibilidad última de producir prueba reemplazando a las partes: los jueces son los conductores del proceso. En el contexto de un proceso por audiencias, ello implica que los jueces dirigen cada audiencia en la que les toca intervenir. Y en concreto en lo que se vincula con el aspecto que venimos desarrollando (las posibilidades probatorias) ello significa que tienen una libertad bastante grande en

las audiencias previas al juicio oral como momento de mayor trascendencia, de intervenir en términos de medir la viabilidad o no de los casos de las partes. Dicho en términos más claros: si la admisión del caso se regula a través de una audiencia, en esa audiencia el juez (habiendo decidido la admisión de un caso) no puede “ordenar” que se busquen determinadas pruebas porque él considera que son las conducentes para verificar las versiones de los hechos; pero sí puede perfectamente consultar a las partes sobre las posibilidades probatorias reales: preguntarles si tienen identificados a los testigos, si los han localizado, si han hablado con ellos, si van a tener posibilidad real de hacer que concurran a un eventual juicio, etc. etc. etc., con todo tipo de pruebas. En una audiencia preliminar donde, como veremos, los jueces deben determinar la admisibilidad probatoria, también tienen una facultad muy grande para solicitar información a las partes que les permita tomar una decisión lo más adecuada posible al caso que se debata. En las audiencias de impugnación sucederá otro tanto. La única instancia donde los jueces deben permanecer sin intervenir y dejar que el litigio transcurra entre las partes (salvo la resolución de objeciones) es el juicio, porque allí es donde deben preservar al máximo posible la imparcialidad en su sentencia del caso. Pero como puede observarse, el afirmar que los jueces no deben tener iniciativa probatoria no implica decir que los jueces no poseen ningún grado de intervención en lo que respecta a la prueba. Sí significa que desde una concepción de la imparcialidad que impide desequilibrar los procesos hacia uno u otro lado, en el contexto del esquema procesal que proponemos, nos resulta inconcebible un juez que produce prueba y luego toma la decisión.

3. RECAPITULANDO...

En esta primera parte hemos intentado presentar una visión general de lo que implica la litigación en un proceso civil. Asumiendo algunas cuestiones que reaparecerán a lo largo de todo el texto:

Un proceso civil que cumpla con los estándares internacionales de Derechos Humanos debe garantizar:

1. Que las decisiones sobre los **aspectos controvertidos** se tomarán en audiencias.
2. Que esas decisiones sean tomadas por un órgano judicial imparcial e independiente.
3. Que los tiempos para la toma de la decisión deben ser razonables.
4. Quien demanda debe poder presentar prueba de cargo.
5. Quien es demandado debe tener la posibilidad de controlar esa prueba y presentar prueba propia de descargo.
6. Todo ello en el marco de un debido proceso, como garantía genérica reguladora para los jueces.

En cuanto a los casos que ingresen al proceso civil, la diversidad de situaciones, involucrados y complejidades es demasiado extensa como para pensar en un proceso único e igual para todas las situaciones posibles. Sin embargo, sí puede pensarse en una estructura básica que establezca los lineamientos para todos los posibles cursos procesales, que luego se diversificarán de acuerdo a las necesidades específicas de cada tipo de casos. Esa estructura básica tendrá a la audiencia como protagonista y básicamente comprenderá:

1. Un momento de admisión, en el que deberá determinarse si el caso que los litigantes pretenden judicializar tiene contenido suficiente para iniciar un proceso o no. El diseño de este momento específico dependerá de la estructura procesal por la que se opte.
2. Un momento preliminar al juicio, en el que con el caso ya trabajado, los litigantes debatirán en una audiencia, frente a un juez si es necesario que el caso sea dirimido en un juicio oral, público, contradictorio y continuo. En caso de habilitarse el juicio, también se establecerá en

este momento qué tipo de juicio corresponde de acuerdo a las características del caso.

3. Un momento de juicio, como central para la definición de la controversia. En este momento las partes presentarán su prueba, ejercerán el control sobre la prueba de la contraparte y finalmente el tribunal determinará la sentencia.
4. El proceso tendrá también definidos momentos de impugnación, para garantizar la revisión de aquellas decisiones judiciales que causen agravio definitivo a las partes.

¿Y cómo deben trabajar los litigantes en esta estructura? Planificando estratégicamente los casos desde el primer momento en que toman contacto con un hecho y proyectan su judicialización. Diferenciando las cuestiones fácticas de las jurídicas y las probatorias. Sin descuidar ningún aspecto de esas tres dimensiones y asumiendo compromisos en cada uno de ellos:

1. Desde lo fáctico: comprender al caso como una historia. Partir siempre de la base de que los jueces no conocerán el caso como nosotros que lo estamos trabajando desde el litigio y entrenarnos para relatar historias completas, que fijen imágenes concretas en la cabeza de quien deberá definir la sentencia.
2. Desde lo jurídico: identificar toda la normativa involucrada. Recordar que a diferencia del expediente que nos da márgenes para investigar en el transcurso del caso, en el contexto de las audiencias debemos estar preparados para citar precedentes y argumentar jurídicamente en forma inmediata y frente al juez.
3. Desde lo probatorio: teniendo muy presente que esta es una dimensión compleja en tanto nos obliga a tener mucha claridad y precisión sobre el contenido de información que cada medio probatorio tiene, a definir cuáles son las pruebas pertinentes de acuerdo a las variaciones que va sufriendo nuestro caso, a pensar en la prueba de la contraparte y a estar siempre muy alertas a la forma en que produciremos toda esa información en un eventual juicio.

Sobre los tres aspectos que conforman la teoría del caso los jueces tendrán un control en el litigio (como directores del proceso), pero no tendrán facultad de intervenir variando las teorías del caso, sobre todo en cuanto a lo probatorio, ya que el riesgo de comprometer su imparcialidad es demasiado alto.

En los capítulos siguientes de este Manual procuraremos cubrir cada uno de los aspectos que hemos enunciado hasta aquí.

SEGUNDA PARTE MIRANDO AL JUICIO. HERRAMIENTAS DE LITIGACIÓN Y ESCENARIOS DE TRABAJO

1. LA TEORÍA DEL CASO EN CONCRETO. CONSENSO VS. CONTROVERSIA

Hemos revisado en la Primera Parte la preparación estratégica de los casos desde los tres planos que conforman la teoría del caso: lo jurídico, lo fáctico y lo probatorio. En esta segunda parte el objetivo es profundizar el análisis adentrándonos ya en el trabajo del litigante en concreto, proyectando las posibilidades de solución para su cliente. Retomaremos algunos de los enunciados de la primera parte, analizándolos desde la óptica de quien recibe a un cliente y piensa en qué tipo de estrategia procesal conviene a partir de esta herramienta en específico como apoyo metodológico.

¿Es necesario un juicio? Otros mecanismos de resolución de conflictos como herramienta de trabajo del abogado.

Durante la Primera Parte de este texto hemos hablado en numerosas ocasiones de la necesidad de proyectar los casos y pensarlos desde una mirada estratégica. En ese contexto, la pregunta de la que parte este apartado no sólo es válida sino que resulta necesaria al enfrentarse a un potencial caso a litigar: ¿cuán necesario es llegar a un juicio, entendiendo por tal a una audiencia oral, pública, con producción y control de prueba, frente a un tercero (el tribunal) que decidirá a quién asiste razón en la petición?

En tanto proceso de partes en que la decisión de iniciar o no la acción, impulsarla y/o cesarla es enteramente de su titular, el juicio oral no es el “destino obligado” de todos los casos sino una más de las posibilidades en un abanico muy amplio de formatos para llegar a una solución. Por ello, la teoría del caso debe concebirse como una herramienta práctica para pensar en todas esas posibilidades, no como una camisa de fuerza para presentar formalmente una demanda que termine en un juicio oral.

Los mecanismos alternativos de resolución de conflictos (la mediación, la conciliación, la negociación) son formas previas a la judicialización controversial de un caso. Previas porque implican un grado menor de intervención estatal, al no generar la decisión en un tercero imparcial (el juez). Todos estos mecanismos tienen una característica común: son los propios protagonistas del conflicto quienes intervienen activamente en la decisión que pone fin al mismo. A través de diversas metodologías de acuerdo al camino que se escoja (mayor o menor flexibilidad en las formas, intervención o no de un tercero facilitador en el proceso de búsqueda de un fin al conflicto, elaboración o no de un acuerdo escrito, regulación normativa o asunción libre por los protagonistas, etc.) en los mecanismos alternativos al juicio serán las partes en forma directa quienes decidan si procede o no un acuerdo que finalice el conflicto.

¿Cómo contribuye la teoría del caso a identificar la posibilidad de encontrar una solución a través de un mecanismo diferente al proceso judicial? Al permitirnos establecer con precisión la vinculación entre los hechos, el derecho y las pruebas de nuestro caso. Tener claridad sobre los tres elementos de la teoría del caso implica identificar la controversia concreta; y con la controversia (o controversias) del caso clara, el litigante tendrá una mejor visión de los aspectos que pueden negociarse y cuáles no. Identificará las fortalezas y las debilidades de su caso, pero también podrá prever lo mismo con relación a las posibles posiciones que tome la contraria. A partir de ese ejercicio, estará en condiciones de realizar un análisis y proponerle a su eventual cliente todas las vías de solución que encuentra para el caso, desde una negociación cuando esto sea viable hasta la alternativa más controversial: el juicio oral como tal. Podrá tener una

mejor estrategia de trabajo a lo largo de todo el caso y, en el caso en que la judicialización sea la vía de resolución, tendrá argumentos más sólidos para sostener su caso frente al juez.

Lo que interesa señalar en este punto es que desde una visión estratégica de los casos es conveniente que sea el litigante quien proyecte las diversas posibilidades de solución antes de que le sean impuestas por la contraparte o por el juez. En el caso de la contraparte, esto sucederá si este análisis y proyección del caso ha sido realizada por ella y no por quien está litigando el caso: si el abogado oponente conoce mejor que nosotros las fortalezas y debilidades de la controversia en cuestión, sin dudas estará en mejor posición de proponer y eventualmente obtener una salida que le deje en un lugar favorecido con relación a nuestra posición. En el caso del juez, algunos sistemas procesales admiten (e incentivan en ciertos casos) que los jueces deriven los casos a instancias de resolución alternativa cuando en la observación inicial constaten alguna posibilidad de encontrar una mejor solución por esa vía que por un juicio controvertido. Retomando el esquema procesal que hemos planteado con diversos momentos, en la admisión del caso puede perfectamente darse la situación de un caso que es enviado a instancias de resolución alternativa antes que permitir la judicialización controvertida del mismo.

Siempre será más conveniente que seamos nosotros mismos quienes le planteemos a nuestro cliente el mapa posible de soluciones. Es una cuestión de profesionalismo. No es lo mismo un cliente que rechaza cualquier vía alternativa y específicamente nos pide la judicialización del caso sabiendo que tiene estas chances y que será difícil hacerlo avanzar sin la derivación a una instancia alternativa, que el cliente al que le hemos asegurado un juicio y en la primera audiencia se encuentra con un juez que deriva el caso a un área de mediación o conciliación.

Por ello resulta central que los litigantes asuman estos mecanismos como formas de trabajo propias, las incorporen en su análisis y su práctica y, eventualmente, cuando identifiquen un caso que puede tener una mejor solución por esa vía o en el que desde la instancia jurisdiccional puede resultar una

derivación no querida, anticipen esta situación a sus clientes. ¿Cómo determinar cuándo es mejor buscar una alternativa al juicio? Es una pregunta que intentaremos responder en los siguientes apartados.

Medir fuerzas. La importancia de pensar (y pesar) el caso desde la perspectiva de la contraparte.

Si pensamos gráficamente la teoría del caso, inicialmente podemos imaginarla en un formato de tabla:

Teoría jurídica	Teoría fáctica	Teoría probatoria
<p>En esta columna colocaremos las normas identificadas que se vinculen con el caso.</p> <p>También ubicaremos la jurisprudencia y/o doctrina que resulte relevante para apoyar nuestra posición normativa.</p>	<p>En esta columna colocaremos uno a uno los hechos que hayan ocurrido y nos sirvan para acreditar la existencia de las distintas exigencias normativas.</p> <p>Procuraremos dividir el hecho en oraciones sencillas (sujeto – verbo – predicado) que nos permitan identificar lo más claramente posible las necesidades de prueba.</p>	<p>En esta columna estableceremos, para cada afirmación de hecho particular, la prueba con la que se acredita la afirmación en caso de tener que llegar a juicio.</p>

Más esquemáticamente aún, eso puede llevarse a una tabla con varias celdas, de acuerdo a la cantidad de exigencias normativas, hechos y prueba que tengamos en el caso:

Teoría jurídica	Teoría fáctica	Teoría probatoria
Mención general de toda la normativa involucrada (arts. + interpretaciones doctrinarias y/o precedentes jurisprudenciales). A continuación en cada celda dividimos las exigencias.	Hechos desagregados.	Prueba para acreditar cada afirmación.
Exigencia normativa 1	Hecho 1	Prueba 1
		Prueba 2
	Hecho 2	Prueba 2
	Hecho 3... consignamos todos los hechos que se vinculen con la exigencia normativa 1	Prueba 2
Exigencia normativa 2	Hecho 4	Prueba 3
		Prueba 4
	Hecho 5	Prueba 4
Exigencia normativa... Procedo de la misma manera con cada exigencia normativa existente para el caso, vinculándola con el o los hechos que se correspondan y la prueba que acredite esos hechos.		

Evidentemente esta teoría del caso no surge de la imaginación libre del litigante. Para construirla deberá realizar las diversas actividades que hemos señalado en la primera parte e irá delineando un esquema específico de proyecciones para el caso. La elaboración inicial de una teoría del caso consiste entonces en:

1. Identificar a partir de la información que poseemos, cuál es la normativa involucrada.
2. Desagregar la normativa identificada, estableciendo una a una las exigencias legales que se establecen.
3. Vincular los hechos del caso, con las exigencias legales específicas identificadas. Para cada exigencia legal puede haber un solo hecho o varios hechos. Lo que no puede suceder es que tengamos una exigencia legal sin un hecho que se le vincule. Si esa circunstancia se diera, no estaremos ante un caso viable porque no tendremos teoría fáctica suficiente para cubrir las exigencias normativas.
4. Establecidos los hechos, de la forma más clara y concreta posible, establecer la o las pruebas que servirán en un eventual juicio para acreditar la existencia de los mismos. Para cada hecho puede existir una sola prueba o varias. Lo que no puede suceder es que un hecho no tenga una prueba que permita acreditarlo ya que en tal caso, no tendremos posibilidad de afirmar ese hecho en el juicio (la prueba es lo que nos permite afirmar la existencia de los hechos). También puede suceder que una prueba (un testimonio, por ejemplo) sirva para acreditar varios hechos afirmados en el caso.

Si identificamos la normativa involucrada, logramos vincular hechos que cubran cada una de las exigencias y proyectamos la posibilidad de obtener prueba para cada uno de los hechos afirmados para cubrir las exigencias normativas, tendremos un caso viable judicialmente.

Se trata del paso inicial, esencial para complejizar el análisis y la medición concreta del caso a partir de las posibilidades de la contraparte. Veamos cómo completamos aún más la teoría del caso.

Punto de partida: el análisis de los hechos como factor clave para medir fuerzas.

Hemos dicho que debemos tener hechos suficientes para cubrir cada una de las exigencias normativas. Una vez que tenemos delimitados

los hechos, el primer análisis que realizaremos versará sobre su fortaleza o debilidad para darnos chance de ganar el caso.

Hemos dicho en apartados anteriores que parte de la tarea de los abogados es contar la historia detrás del caso: persuadir al tribunal de que nuestra historia no sólo es suficiente en términos de exigencias normativas y probatorias, sino que hace sentido desde la interpretación que proponemos para la misma.

Esto agrega un tema adicional a los hechos: para formular nuestra teoría del caso y determinar si tenemos material suficiente, procuraremos una descripción lo más simple y despojada de adjetivaciones posible; en ese momento (el señalado en el apartado anterior) necesitamos hechos desnudos. Si bien para darle un sentido específico al caso cada uno de esos hechos debe tener una interpretación que nos permita posicionarnos y mostrar que la petición que estamos haciendo “es justa”, esa segunda dimensión (la de las interpretaciones o conclusiones) no debe confundirse con la primera (la de los hechos concretos).

En el caso que hemos utilizado anteriormente como ejemplo, del accidente de tránsito en que el demandado cruza el semáforo en rojo y produce el choque, una de las descripciones fácticas que tendremos, justamente, será:

“el demandado cruzó el semáforo en rojo”

Ese es el hecho que podríamos vincular con una exigencia jurídica del tipo de “generar riesgo en las personas”. A ese hecho cada parte le dará una interpretación propia (sacará una conclusión sobre esa base fáctica). Intentará dar una explicación, un por qué se produjo el hecho. El demandante probablemente interpretará “no le interesa respetar las normas vinculadas con el tránsito” y el demandado quizá intente una interpretación contraria “no tenía chance de ver la luz del semáforo por su debilidad”. Cada parte dará una interpretación a los hechos que le acerque a su petición final: declarar responsable al demandante o desvincularlo de responsabilidad. La importancia de no confundir hechos con interpretaciones o conclusiones está dada por el tercer elemento de la teoría del caso: la teoría probatoria. La

afirmación “cruzó el semáforo en rojo” permite buscar determinados elementos de prueba; si en cambio decimos “no le interesa respetar las normas vinculadas con el tránsito” nos deja en un universo mucho más ambiguo a la hora de pensar qué prueba precisaríamos para acreditar esa afirmación. Pensemos en otros ejemplos de hechos vs. conclusiones, para acreditar la exigencia jurídica “generar riesgo en las personas”:

Hecho	Conclusión
El demandado manejaba su automóvil a 110 km por hora.	El demandado manejaba su auto a una velocidad altísima.
El demandado manejaba mientras hablaba por teléfono celular.	El demandado venía distraído mientras manejaba.
El demandado manejaba mientras mandaba mensajes por el celular.	El demandado manejaba con descuido.
El demandado cruzó el semáforo en rojo.	Al demandado no le importan las normas de tránsito.

Si bien en principio ambas columnas parecen apuntar en el mismo sentido, la diferencia entre la primera (hechos) y la segunda (conclusiones) está dada porque en el caso de los hechos, existen formas concretas de acreditar a través de la prueba la afirmación completa. Las conclusiones, por el contrario, son ambiguas, difíciles de abarcar y complejas a la hora de identificar pruebas que las acrediten. Por ello, la teoría del caso debe conformarse por hechos y la labor del litigante será tener una interpretación o conclusión general del caso, que le permitan alegar en su favor a partir de un cierto sentido de “justicia” que surja de la suma de los hechos concretos presentados y probados en el juicio.

El objetivo de cada parte entonces determina la interpretación que le darán a los hechos y desde esa interpretación es importante analizar la fortaleza o debilidad de cada afirmación. Una afirmación será fuerte cuando la contraparte no tenga chance real de proponer una interpretación alternativa, vinculada a su propia posición, que sea igual o más sostenible que la propia. En el ejemplo puesto

en el párrafo anterior, si la contraparte afirma que el demandado no tenía chance de ver la luz del semáforo por su debilidad, pero resulta que es fácilmente acreditable que el semáforo funcionaba bien, la luz roja era intensa (la habían cambiado hace poco tiempo) y no había factores externos (clima, iluminación, tránsito, etc.) que impidieran ver el semáforo en rojo, esa propuesta resultará muy poco sostenible y, por tanto, fortalecerá la interpretación del demandante: “el demandado no tiene interés en respetar las normas vinculadas con el tránsito”. Si por el contrario el demandado puede acreditar que la luz roja estaba a punto de quemarse, que la intensidad era mínima, que el accidente se produjo en un horario en que el sol afecta la visión de los conductores con relación a los semáforos y que el demandado no sólo no tiene ningún antecedente de accidentes de tránsito sino que está involucrado con programas de prevención de accidentes en su comunidad, entonces la interpretación propuesta pasará a ser sostenible y la interpretación del demandado se debilitará.

A partir de este nuevo elemento (debilidad o fortaleza de las afirmaciones de hecho) se modifica nuestro esquema original de teoría del caso:

Teoría jurídica	Teoría fáctica		Teoría probatoria
	Hecho	Calidad	
Exigencia normativa 1	Hecho 1	Fuerte	Prueba 1
	Hecho 2	Débil	Prueba 2
	Hecho 3... consignamos todos los hechos que se vinculen con la exigencia normativa 1	Fuerte	Prueba 2
Exigencia normativa 2	Hecho 4	Débil	Prueba 3
	Hecho 5	Fuerte	Prueba 4
Exigencia normativa...			

Este análisis, donde a las descripciones fácticas desnudas se le agrega la calidad de fuerte o débil del hecho en función a lo que se proyecta, podría ser la explicación de la contraparte y nos sirve para pesar la teoría fáctica de nuestro caso. En el ejemplo que damos en el esquema, vemos que en cada una de las exigencias normativas hay hechos fuertes y hechos débiles. Ello significa que aun quitando los hechos débiles tendríamos suficiencia de cobertura de las exigencias normativas con los hechos que nos restan.

Ahora bien: si los hechos 4 y 5 (que cubren la exigencia normativa 2) fueran ambos débiles, nuestra situación variaría. ¿Por qué? Porque con relación a una exigencia normativa, los dos hechos que tenemos que nos permiten su cobertura, admiten una interpretación igual o mejor que la que nosotros proponemos desde la posible posición de nuestra contraparte. En ese caso, nuestro caso es débil y en función a ello quizá lo conveniente sea poner esta situación en conocimiento de nuestro cliente para explicarle que un acuerdo previo, aunque no sea lo pretendido originalmente, es una posibilidad más beneficiosa que una eventual sentencia en contrario con todas las consecuencias que ello implicaría en términos de gastos y pérdidas.

Por el contrario, si todas nuestras afirmaciones fácticas resultaran fuertes en función a que las interpretaciones alternativas de la contraparte no resultan igual o más sostenibles que las nuestras, estaremos en un escenario mucho mejor no sólo para negociar un arreglo previo, sino también para ganar un eventual juicio. Y la posibilidad de ganar un juicio de seguro nos generará una importante ventaja en cualquier tipo de acuerdo previo.

Vemos entonces que la teoría fáctica no implica solamente construir un relato que cubra las exigencias normativas sino que también nos exige analizar la debilidad o fortaleza de cada una de las afirmaciones concretas que constituyen ese relato. A partir de ese análisis, tendremos mejores herramientas para proyectar las posibilidades reales del caso, tanto en forma previa a través de la búsqueda de acuerdos, como en el juicio oral en caso de llegar a esa instancia.

La credibilidad de la prueba. Una cuestión ineludible para proyectar un caso con precisión.

Ya hemos realizado el análisis de los hechos e identificado nuestras debilidades y fortalezas en ese ámbito de la teoría del caso. Si los hechos fuertes nos permiten seguir adelante con el caso y consideramos que tenemos una historia con significado judicial relevante, corresponde pasar al plano de análisis vinculado con la prueba. En el área de la teoría probatoria tendremos también que verificar la debilidad o fortaleza de los elementos de prueba con que contamos. Y para realizar ese análisis tendremos que evaluar la **credibilidad** de los distintos medios que estamos proyectando para presentar en un eventual juicio.

Una cuestión que es importante recordar es que en un sistema oral, en que el juicio se realiza en una audiencia pública y contradictoria con respeto al principio de inmediación, toda la prueba que ofrezcamos deberá concurrir “en vivo” a la audiencia. ¿Qué quiere decir esto? Que las personas que hayamos identificado como testigos deberán ser citadas y concurrir a la audiencia de juicio a brindar su declaración sometándose al examen y contraexamen de las partes. No bastará con un acta escrita en la que un integrante del tribunal le haya tomado una declaración previamente al juicio al testigo. Para que el contenido de su declaración sea incorporado al juicio y valorado por los magistrados, el testigo deberá concurrir en forma presencial a la audiencia. Lo mismo sucederá con los peritos: no será suficiente el informe técnico que hayan realizado en forma escrita, sino que deberán concurrir a declarar en la audiencia de juicio, frente a los magistrados, someténdose al examen y contraexamen y exponiendo sus conclusiones en el caso. La prueba material (objetos, documentos, registros en diversos formatos) también deberá presentarse específicamente en el juicio a través de algún testigo o perito que pueda explicar cuál es el sentido de esa prueba en concreto y cómo aporta a la construcción de la historia que estamos relatando. En el ejemplo de afirmación fáctica que tomamos anteriormente, por ejemplo: *“el demandado cruzó el semáforo en rojo”*, tendremos que identificar con qué elementos de prueba acreditamos que esa afirmación es cierta. Podemos pensar en la persona que estaba parada en la esquina al momento que se produjo el choque, quien vio que

el semáforo estaba en rojo. Allí tenemos un testigo para acreditar nuestra afirmación. El demandante también puede declarar y afirmar que el semáforo estaba en rojo, es otro testigo (más adelante, al revisar las herramientas de litigación, veremos por qué tanto el demandante como el demandado pueden concurrir a declarar como testigos). Eventualmente puede suceder que el demandado también asuma que el semáforo estaba en rojo (más allá que su interpretación de ese hecho sea diferente), con lo que tenemos otro testigo para acreditar la afirmación. Averiguaremos si en el lugar había cámaras de seguridad, y de ser así pediremos la cinta de ese día a esa hora; si la obtenemos, tendremos como prueba material el video con el registro del día del accidente, en el que podrá observarse el semáforo en rojo; en este caso, como se trata de una prueba material, tendremos que definir en el contexto de la declaración de qué testigo incorporaremos el video para reproducirlo (puede ser con la declaración de cualquiera de los testigos que hemos mencionado, en tanto los tres se referirán al semáforo en rojo). Averiguaremos también si el propio semáforo genera algún tipo de reporte de funcionamiento que nos permita saber con exactitud los horarios en los que estuvo en luz roja. Si fuera así y contáramos con ese informe, probablemente tengamos que citar a declarar en el juicio a un especialista que explique cómo se genera el reporte y cuál es su grado de precisión en los horarios, para acreditar que es sostenible que en el horario del accidente el semáforo estaba en rojo. Esquemáticamente entonces, vinculando los hechos con la prueba tendremos:

Teoría fáctica		Teoría probatoria	
Hecho	Calidad	Elemento testimonial	Elemento material
<i>“el demandado cruzó el semáforo en rojo”.</i>	Débil	Testigo que estaba en la esquina.	
		Demandante	Video del día de los hechos en que se ve la luz roja.
		Demandado.	
		Experto en funcionamiento de semáforos.	Informe de funcionamiento del semáforo ese día.

En ese esquema tenemos una serie de datos importantes para el análisis: en primer lugar, tenemos clasificado al hecho como débil, en función a que consideramos que la explicación de nuestra contraparte es igual o más sostenible que la nuestra; ello ya debería permitirnos analizar si es o no necesario incluir este hecho en nuestra teoría fáctica. Asumamos que es un hecho crucial (sin el que no podemos avanzar porque no cubrimos una exigencia normativa); en ese caso debemos incluirlo más allá de su debilidad y pasar a ver con qué pruebas podemos acreditarlo. Vemos en la tabla que para acreditar un solo hecho, tenemos seis pruebas posibles: tres testigos, un experto y dos pruebas materiales. Pensando que estamos en un momento inicial del caso, donde todo lo que hacemos es proyectar, tendremos que analizar cuán necesaria es toda la prueba que hemos establecido como posible para acreditar el hecho. Y aquí entran a jugar varios factores:

- En primer lugar, siempre debemos pensar si la contraparte tendrá necesidad de realizar la misma afirmación de hecho. De ser así, si ambos vamos a afirmar lo mismo (en este caso “el demandado cruzó en rojo”) existe la posibilidad de realizar una convención probatoria con la contraparte. Ello implica tener por acreditado el hecho sin necesidad de presentar prueba sobre su existencia. Es importante que realicemos este análisis inicialmente, para evitar la búsqueda de pruebas que luego no precisaremos.
- En segundo lugar, poniéndonos en un escenario en el que nuestra contraparte no afirmará el mismo hecho (o lo negará directamente), tenemos que evaluar la credibilidad de la prueba que estamos proyectando como posible. Hacer esta valoración previa nos permitirá establecer la calidad de la prueba en el mismo sentido que lo hicimos con los hechos: prueba fuerte será aquella que tenga una posibilidad de credibilidad alta frente a los jueces; prueba débil será la que resulte poco creíble al momento de presentarla.
- Realizando la evaluación de credibilidad y estableciendo la calidad de la prueba, el litigante podrá prescindir de aquella prueba débil y completar la valoración de su caso.

Nuestro esquema inicial, entonces, se volverá más complejo y completo al momento de incorporar la valoración de fortaleza o debilidad de la prueba con la que contamos:

Teoría fáctica		Teoría probatoria			
Hecho	Calidad	Elemento testimonial	Calidad	Elemento material	Calidad
<i>“el demandado cruzó el semáforo en rojo”.</i>	Débil	Testigo que estaba en la esquina.	Débil		
		Demanda.	Débil	Video del día de los hechos en que se ve la luz roja.	Fuerte
		Demanda.	Fuerte		
		Experto en funcionamiento de semáforos.	Fuerte	Informe de funcionamiento del semáforo ese día.	Fuerte

1. El testigo que estaba en la esquina podría ser débil en cuanto a su credibilidad por diversas razones: no estaba prestando atención, venía de trabajar todo el día y estaba muy cansado, había tomado un par de copas de vino con la comida y eso podría haber afectado su percepción. Estas son las cosas que tendremos que considerar a la hora de valorar la credibilidad del testigo: qué aspectos de su testimonio o de su persona pueden ser cuestionados al momento de ser contraexaminado. Si este testigo hubiese estado lejos del lugar y no tuviera certeza sobre cómo estaba el semáforo, se vuelve una prueba débil para noso-

tros y deberíamos evaluar si es conveniente o no ofrecerla (tenemos otras pruebas para acreditar la misma afirmación, por lo que si no ofrecemos este testigo evitamos que la contraparte cuestione su relato y aun así tenemos elementos para acreditar el hecho).

2. El demandante está clasificado como prueba débil porque dado que es el principal interesado en el resultado del proceso en su favor, siempre será posible cuestionar sus aseveraciones desde ese interés. Sin embargo, la prueba material que tiene asociada (el video del momento del choque y la situación del semáforo) está clasificada como fuerte en función a que es muy difícil cuestionar la imagen. En este caso podríamos evaluar que si bien el demandante podrá ser cuestionado en el contraexamen, es importante que se escuche su versión de primera mano; y sumando a ello la introducción del video que muestra el semáforo en rojo en el momento del accidente, tenemos un extremo probatorio potente en este caso, pese a la debilidad inicial encontrada en el testigo.
3. En el caso del demandado, está clasificado como una prueba fuerte. Esto porque es la persona que está siendo enjuiciada y uno de los extremos fácticos que pueden determinar una sentencia en su contra es justamente si el semáforo estaba o no en rojo. Si él reconoce que el semáforo estaba en rojo, no hay mucho lugar a la duda sobre ese extremo.
4. Finalmente, el experto junto con el informe sobre los cambios del semáforo ese día están clasificados como fuertes porque al tratarse de una prueba derivada de una experticia pericial, realizada sobre la base de elementos objetivos y en función a un conocimiento concreto, es difícil cuestionar su credibilidad por la contraparte.

Realizado este análisis, con relación a ese extremo fáctico que estamos tomando como ejemplo, podríamos definir directamente el descarte del testigo de la esquina, en tanto el resto de la prueba fortalece nuestro caso y es suficiente para acreditar este extremo fáctico.

También deberíamos considerar si es o no necesario el informe del semáforo y la declaración del experto. Teniendo un video que muestra que el semáforo estaba en rojo, más la declaración de ambas partes involucradas, no parece que sea un hecho que genera demasiada controversia. Ante esa situación, donde prácticamente puede afirmarse que existe una convención probatoria, no parece necesario el costo y tiempo que implicaría la declaración del experto. A partir de ese análisis entonces, nuestro caso con relación a este hecho puntual quedaría de la siguiente manera esquematizado:

Teoría fáctica		Teoría probatoria			
Hecho	Calidad	Elemento testimonial	Calidad	Elemento material	Calidad
<i>“el demandado cruzó el semáforo en rojo”</i>	Débil	Demanda.	Débil	Video del día de los hechos en que se ve la luz roja.	Fuerte
		Demanda.	Fuerte		

De esta forma, a partir del análisis de debilidad o fortaleza de la prueba, el extremo fáctico que originalmente tenía seis elementos probatorios posibles, quedará con tres pruebas (dos testigos y una prueba material) para ser acreditado en el juicio.

Al igual que el ejercicio de analizar la fortaleza o debilidad de los hechos, la evaluación de la credibilidad o no de la prueba nos permite posicionarnos mejor para proyectar las chances reales que tenemos de ganar un caso, ya sea en una negociación que favorezca a nuestro cliente, ya sea en un juicio controvertido. Adicionalmente, este ejercicio es eficiente para proyectar nuestro ofrecimiento de prueba en la audiencia preliminar, en tanto nos posibilita visualizar qué es lo esencial para nuestro caso, qué es necesario pero no central y cuáles son los elementos de

descarte. Recordando lo que hemos mencionado en la primera parte: no toda la prueba será útil en todos los momentos.

Originalmente quizá contar con seis elementos probatorios para decir “cruzó el semáforo en rojo” nos permitió tomar el caso y avanzar con cierta seguridad; ahora bien: una vez que hemos avanzado es importante realizar un trabajo de despeje y quedarnos con aquellos elementos que son realmente importantes, vinculados al caso y creíbles para procurar llegar al juicio “limpios” de elementos que no aportan.

El trabajo y los tiempos de los tribunales. La obligación de informar al cliente en forma veraz.

Un proceso judicial no suele resultar un trámite breve. Las cargas de trabajo de los jueces, la programación de audiencias, las complejidades en las notificaciones a las partes, la estructura administrativa y sus tiempos propios, son sólo algunos de los factores que afectan a la celeridad o demora en la toma de decisiones judiciales. La estructura de proceso que hemos presentado en términos genéricos, con dos momentos previos al juicio oral propiamente tal, es bastante sencilla y asequible; sin embargo, la labor cotidiana de los tribunales y su estructura organizativa influye siempre en las demoras o cumplimiento de los plazos. Por ello, consideramos que aun cuando este es un tema que no es responsabilidad directa del litigante (ya que es la organización tribunalicia la que afecta en los tiempos de resolución) debe ser considerado y presentado al cliente al momento de evaluar la forma de encarar el pleito concreto.

Si estamos frente a un caso fuerte desde lo fáctico y fuerte desde lo probatorio, seguramente tendremos muchas chances de conseguir un buen acuerdo sin necesidad de concurrir a su judicialización. En una estructura judicial que demore mucho la toma de decisiones en los procesos, éste será un factor que influirá en la voluntad o no de negociar de nuestra contraparte. Por ello es importante que asumamos esa situación y sumemos a nuestra proyección del caso un aproximado del tiempo que llevará su resolución y eventual ejecución de una sentencia favorable.

Este dato nos posibilitará valorar en concreto cuál es la mejor salida para el caso. Quizá un acuerdo inmediato genere en términos estrictamente económicos un monto menor al que nuestro cliente podría esperar a través de una sentencia judicial; sin embargo es válido preguntarse cuánto tiempo llevará llegar a un monto más alto a través de una sentencia y la ejecución de la misma y evaluar cuál es la resolución más conveniente. Lo central es que ésta sea una variable considerada por el litigante al momento de planificar su estrategia, y no una “sorpresa” que se le presente una vez ingresado el caso al sistema judicial.

En términos más estructurales, esta es una de las razones por las cuales la organización de los tribunales debe pensarse orientada siempre a brindar respuestas rápidas (en plazos razonables). Un sistema judicial que demora sus decisiones se vuelve una variable casi extorsiva para generar acuerdos no del todo equitativos (recordemos ese dicho que reza es mejor un mal acuerdo que un buen juicio). Por ello, es muy importante que la estructura judicial garantice justicia en plazos razonables y desincentive prácticas dilatorias por parte de los litigantes.

La posibilidad de derivación de los jueces en los diversos momentos del proceso.

Si bien todo el trabajo de análisis y proyección que venimos desarrollando es propio de las partes en su planificación del litigio, no es menos cierto que los magistrados al momento de abrir una audiencia y escuchar un caso, estarán haciendo un análisis similar sobre los casos que se les presentan.

Vinculado al apartado anterior (la organización y los tiempos judiciales) y a la efectivización de principios como el de economía procesal, existen sistemas que permiten a los jueces derivar los casos a instancias de mediación o conciliación. En general, esto se dará cuando al ver el caso presentado en la audiencia, los magistrados constaten que no existe una controversia real, sino diferencias menores.

Por ejemplo, si lo central en el litigio del caso del accidente de tránsito fuese si el demandado cruzó o no con la luz en rojo, en la presentación del caso el juez comprobaría que no hay discusión sobre ese punto (tanto el demandante como el demandado serán testigos en el juicio que declararán que cruzó la luz en rojo) y podría valorar que no es un caso que amerite un juicio, en función a que no existen controversias sino diferencias en cuanto al grado de responsabilidad, por ejemplo.

En una situación así, el juez podría resolver derivar el caso a una instancia de conciliación o mediación (propia del Poder Judicial o externa, de acuerdo a la organización específica existente), para que se procure una solución en ese ámbito como requisito previo a definir si corresponde o no un juicio y de qué tipo⁸. Incluso puede darse el caso en el que el mismo juez inste a la conciliación en la audiencia, promoviendo el acuerdo y la finalización del conflicto en ese mismo momento.

Esto lleva a concluir que en sistemas que tengan este tipo de posibilidad (ya sea como requisito obligatorio o como facultad del juez) los litigantes deben incorporar en su análisis y proyección del caso la posible decisión que asuma el juez una vez presentado el caso en la audiencia. Y deben poner en conocimiento del cliente las posibilidades concretas existentes. Evidentemente el juez no puede obligar a conciliar a las partes, pero sí puede tener un rol muy activo en el intento de terminar el caso por esa vía; recordemos lo que hemos dicho anteriormente sobre la diferencia entre intervenir en términos de “producción de prueba” e intervenir en términos de conducción del proceso: si el juez constata a través de las presentaciones de las partes que no hay sustancia para avanzar hacia un juicio controvertido, es legítimo que busque solucionarlo por una vía menos confrontacional.

⁸ Existen determinadas legislaciones nacionales que establecen la conciliación como una etapa previa obligatoria para determinado tipo de conflictos. Si bien es bastante discutible la eficacia de establecer un mecanismo así con carácter obligatorio (ya que genera el riesgo de convertirse en una “formalidad” previa a la demanda en lugar de utilizarse como una herramienta que brinde respuestas de calidad), ello indica la voluntad existente en los sistemas judiciales modernos de ampliar la posibilidad de vías para dar respuesta a los casos que llegan a su conocimiento.

Ante esa posibilidad, es recomendable que el litigante constate si su caso está dentro del universo de posibles derivaciones y ofrezca a su cliente intentar la vía alternativa en forma previa a judicializarlo; de esa forma, si la conciliación fracasa y es necesario judicializar, esta situación podrá presentarse ante el magistrado que vea la audiencia y se podrá evitar una derivación.

El juicio como única opción: la controversia irresoluble. El grado de controversia existente

En definitiva: para tener certeza de que el único camino posible es el juicio, debemos estar claros en que el caso que presentaremos tiene una controversia real e irresoluble con la posición de la contraparte. En el ejemplo que hemos trabajado en este apartado, se daría tal caso si en tanto nosotros afirmamos que el demandado cruzó con el semáforo en luz roja, la contraparte afirma que ello no ocurrió y que el demandado cruzó con luz verde. En tal circunstancia, cuando hay dos posiciones opuestas que precisan una definición, necesariamente será un tercero (el magistrado) quien determine en función a la prueba existente a cuál de las partes asiste razón.

Nótese la afirmación final: de acuerdo a la prueba existente. Esto implica que no bastará con que una parte afirme "A" y la otra afirme "B". Para que exista controversia ambas partes tendrán que tener evidencia de respaldo que les permita sostener su posición.

Retomemos el esquema que veíamos al momento de presentar el análisis sobre fortaleza o debilidad de la prueba en la página 70.

Si el demandado afirma que no cruzó el semáforo en rojo, de ese esquema debemos quitarlo como testigo, ya que afirma una posición en contrario. Aún queda el testigo de la esquina, el demandante y el video. Para cada una de esas pruebas deberá tener una estrategia de litigio: el testigo de la esquina no estaba prestando atención suficiente, el demandante tiene un interés directo en el resultado del proceso, el video está borroso y si bien se ve un semáforo en rojo no se ve el momento preciso del cruce y posterior accidente con lo que no podemos saber si es del mismo momento. Si la contraparte tuviera elementos para avanzar en ese sentido, allí vemos que hay una controversia real e irreconciliable entre ambas posiciones, que deberá resolver el magistrado al momento de valorar la credibilidad de la prueba.

En el mismo sentido deberá trabajar con el testimonio del experto y el informe sobre el semáforo, ya sea cuestionando la experticia, la fiabilidad de esos informes, la consistencia del mismo con el funcionamiento real del semáforo, etc. Tendrá que tener una estrategia para contrarrestar esa prueba y en el diseño de esa estrategia (como hemos revisado a lo largo de todo este apartado) deberá evaluar en forma permanente cuán sostenible es la posición.

En este tipo de casos, cuando exista una controversia real (independientemente de la complejidad del caso) será preciso avanzar hacia un juicio. Todo el análisis que hemos presentado a lo largo de este apartado servirá a los litigantes para detectar cuál es (o son) la (s) controversia (s) en su caso y, en función a ello, cuál es su probabilidad de llegar a un juicio y cuán viable es tener una resolución en su favor. Que no se malentienda: no se trata de “evitar juicios”, pero sí de contar con herramientas de análisis que nos permitan tener una noción lo más próxima posible a lo que puede pasar con un caso una vez judicializado. ¿Por qué? Porque para el litigio y la correcta representación de los intereses de un cliente, resulta central que el control sobre el caso lo tenga el abogado, que las decisiones sobre los caminos posibles sean tomadas por el cliente con el asesoramiento del abogado y no por el juez (o por el transcurso del tiempo o el estado del trámite).

Realizar un análisis inicial e ir complementando una matriz de trabajo del caso con la información que va surgiendo, en función a las posibilidades judiciales existentes en el contexto local en que nos desempeñemos, será de gran ayuda para tener ese control y evitar decisiones adversas de parte de los magistrados que intervengan en las audiencias en las que nos toque intervenir. También nos permitirá tener mucha mayor claridad sobre los límites y alcances de una negociación del caso, a partir de anticipar las posibles posiciones de la contraparte. Para trabajar estratégicamente en ese sentido, es que se propone la herramienta metodológica llamada teoría del caso.

2. LA AUDIENCIA PRELIMINAR

El lector que viene siguiendo la estructura de este manual extrañará que no retomemos el momento de admisión del caso sino que directamente pasemos a referirnos a la audiencia preliminar. Esto se debe a que la finalidad del momento de admisión ha sido definida en la primera parte y es bastante acotado. Simplemente recapitular un aspecto señalado en aquel momento: del diseño procesal específico dependerá si este momento resulta más administrativo (a cargo de la Oficina Judicial con control jurisdiccional) o más jurisdiccional (a cargo de los jueces); también deberá definirse si la admisión se decide en audiencia, por escrito estandarizado, por escrito particularizado o en una combinación de metodologías. Lo importante es seguir los lineamientos dados por las 100 Reglas de Brasilia en cuanto al acceso al proceso judicial. Dicho esto, nos adentramos en la audiencia preliminar como momento crucial del proceso.

Importancia de la audiencia preliminar.

Al describir la estructura del proceso, definimos a la audiencia preliminar como el filtro que determinará el destino de un caso. El momento de admisión del caso permite la judicialización, pero será la audiencia preliminar el momento en que se determinará si el caso llega o no a una audiencia de juicio oral específicamente.

Entre la admisión de caso y la audiencia preliminar, las partes harán todo el trabajo que hemos desarrollado en el primer apartado de esta parte: medir fuerzas en cuanto a sus teorías fácticas y a la credibilidad de la prueba. Si logran alcanzar un caso sólido desde lo fáctico y con suficiente respaldo probatorio y además no han encontrado posibilidad cierta de solucionar el caso por una vía alternativa, ello implicará llegar a la audiencia preliminar para solicitar el paso a juicio del caso.

¿Cuál es el objetivo de la audiencia preliminar? Que un juez establezca:

- La existencia de una controversia;
- Que esa controversia tiene sustento jurídico, fáctico y probatorio y, en consecuencia, es viable que sea debatida en un juicio oral; y
- De la propuesta por las partes, cuál es la prueba admitida para producirse en juicio, en función a su conducencia para definir la controversia.

En función a esos objetivos, y al rol activo que el juez tendrá en esta audiencia para procurar depurar el caso y diferenciar al máximo posible los elementos pertinentes para que siga delante de aquellos que no los son, las partes deben llegar a esta audiencia con el caso absolutamente claro en sus tres ámbitos, con claridad en cuanto a:

- La defensa que harán de cada aspecto que pueda controvertirse;
- Qué aspectos pueden llegar a ser convenidos probatoriamente y cuáles no;
- Defensa de la pertinencia de la prueba ofrecida; y
- Tipo de juicio que requerirán.

¿Cómo será la dinámica de la audiencia? En principio, diremos que para la realización de esta audiencia hay que diferenciar dos momentos: uno previo de presentación por escrito de las posiciones

de las partes y la audiencia en sí misma. Cada legislación en específico definirá cómo es el momento previo, pero la finalidad puede considerarse la misma: posibilitar a las partes llegar en igualdad de condiciones y sin sorpresas al litigio propio de la audiencia. En ese sentido, el momento previo a la audiencia implicará un trámite escrito en el que el demandante deberá presentar su demanda con el relato fáctico, el encuadre jurídico y el ofrecimiento probatorio; esa demanda deberá ser trasladada al demandado para su contestación (que eventualmente podrá ser una reconvencción) con un determinando plazo. El demandado deberá presentar también por escrito su posición sobre los tres aspectos: fáctico, jurídico y ofrecimiento probatorio propio. Y recién una vez que ambas partes estén en conocimiento de esas piezas escritas se convocará a una audiencia de discusión de su contenido.

La audiencia como tal tiene dos grandes partes: una referida al relato del hecho y su vinculación con la normativa y una segunda referida a la prueba ofrecida para acreditar el hecho. Eventualmente, el juez que intervenga en la audiencia puede dejar un espacio al inicio para que las partes puedan plantear cualquier tipo de incidencia por fuera de esos dos grandes universos de discusión propios de la audiencia preliminar (en la medida en que la regulación de la admisión del caso sea precisa en cuanto al despeje de todos los impedimentos que puedan darse para avanzar con el proceso, este posible momento inicial debería ser prácticamente excepcional en la audiencia preliminar). Para el primer momento, el juez dará la palabra al demandante que tendrá que presentar el relato de la teoría fáctica y subsumirlo en la norma (o normas) seleccionadas para ir adelante con la demanda. No se referirá aún a la prueba, para permitir un espacio de discusión sobre el hecho y la normativa con que se vincula. Una vez que el demandante haga su presentación, el juez le dará la palabra a la demandada para:

- Que cuestione en lo que considere pertinente la presentación de la demandante: eventualmente podría ocurrir que la norma escogida no sea suficiente, o que el hecho relatado no se subsuma en la norma. Si la parte demandada encuentra una incongruencia en cuanto a los hechos y el derecho, este será el momento de plantearlo y pedir

un pronunciamiento judicial en consecuencia (que podrá ir desde el más grave: descartar el caso por insuficiencia entre los hechos y el derecho; a más leves: completar el relato fáctico o complementar la normativa involucrada para poder seguir adelante); o

- Que plantee su propia versión de los hechos en términos fácticos y/o jurídicos y deje planteada la controversia entre las dos posiciones.

Si surgieran cuestiones específicas (planteos de incongruencias, insuficiencias, necesidad de definir posiciones fácticas entre dos planteadas, etc.), el juez deberá resolver cómo prosigue el caso en términos fácticos y/o jurídicos.

Si el caso puede avanzar y la demandante ha logrado pasar este primer filtro, a continuación volverá a recibir la palabra para anunciar la prueba que ofrece y que le servirá para acreditar cada uno de los hechos que ha afirmado en su primera intervención. Atención: como hemos dicho, no puede haber un hecho sin prueba (la teoría del caso será insuficiente si eso sucede); tampoco puede haber una prueba sin hecho (ya que será imperitante a la hora de querer introducirlo en la audiencia de juicio). Por ello es importante que la parte que anuncie su prueba no sólo la ofrezca en términos de “ofrezco al Sr. Fulano de Tal, que declarará sobre los sucesos del caso” sino que pueda explicar concretamente para qué finalidad fáctica está ofreciendo la prueba: “ofrezco al Sr. Fulano de Tal, vecino del barrio que esa noche estaba parado en la esquina y pudo observar la dirección en que venía el auto y el momento en que se produjo el choque en la esquina”.

Una vez que la parte demandada haya realizado su ofrecimiento de prueba en forma esquemática, comenzará la discusión sobre la admisibilidad de la misma. Es decir: se dará la palabra a la contraparte para que pueda cuestionar libremente la exclusión de la prueba (el no ingreso a juicio) cuando haya problemas en cuanto al acceso previo a la información (descubrimiento), no sea pertinente, presente algún problema legal que le impida ingresar al juicio, sea sobreabundante, etc. Si la contraparte

solicita que no se admita alguna de las pruebas, la demandante tendrá la oportunidad de presentar argumentaciones para defender su potencial incorporación al juicio. Sobre cada prueba que se cuestione el juez deberá decidir su inclusión o no en la lista de pruebas a producirse en el juicio.

Posteriormente la contraparte tendrá la posibilidad de ofrecer su propia prueba (si tuviera un ofrecimiento) y la discusión se invertirá siguiendo el mismo esquema.

Una vez presentadas y resueltas todas las discusiones entre las partes sobre los hechos, su adecuación a la norma y la procedencia de la prueba ofrecida, el juez determinará si el caso va a juicio o no y a qué tipo de juicio irá en caso de ser aceptado.

La teoría del caso en acción: presentación del caso y persuasión sobre su procedencia.

Hemos insistido en varios apartados en la importancia de construir una historia que pueda contarnos el caso más allá de lo jurídico. El primer momento en que esta historia tendrá que ser expuesta abiertamente ante un juez será la audiencia preliminar. La parte demandante deberá esforzarse para que el juez (que no conoce prácticamente el caso) se sitúe en el contexto que le presenta y visualice lo que afirma que sucedió. Para ello, la historia fáctica y su adecuación normativa no sólo deben fluir con naturalidad, sino que los abogados tienen la obligación de bajar al llano del lenguaje y relatar la teoría fáctica del modo más sencillo posible. Sin perder la rigurosidad técnica a la hora de vincular el derecho con los hechos, pero sin convertirse en una persona que precisa traductor para que ajenos entiendan de qué está hablando.

Para relatar el hecho con claridad y fluidez (tanto siendo demandado como demandante), es fundamental practicar anteriormente. Practicar el anuncio del caso y la subsunción jurídica, escucharse y hacer que otros le escuchen, de forma de recibir una retroalimentación sobre el contenido de su exposición.

Insistimos: llegados a la audiencia preliminar los abogados deben manejar el caso, sus fortalezas y debilidades, de adelante a atrás y de atrás adelante. No es conveniente concurrir a la audiencia a leer una exposición escrita. Tampoco es conveniente no tener las respuestas a las preguntas básicas que construyen una historia: qué, quién, cómo, dónde, cuándo, para qué, por qué. Debe tenerse muy en claro que cada encuentro del litigante con el juez en una audiencia es parte del proceso de construcción de su credibilidad como profesional. Por ello, si algo le sucede en un caso, esa experiencia probablemente se extienda a todos los tribunales del lugar donde litigue. Por ello hay que llegar a esta audiencia con mucha práctica previa, de forma tal de evitar cualquier olvido y descuido en la presentación.

En la misma medida en que la demandante tiene que procurar adelantar las posibles argumentaciones de la demandada para tener una respuesta inmediata y no tener que pedir cuartos intermedios (que los jueces no siempre dan) para ordenar sus ideas, la demandada tiene que tener cierta claridad sobre el camino que tomará el juicio a partir de la intervención de la demandante y, en función a ello, proceder de la misma manera.

La audiencia preliminar como filtro judicial para definir qué casos llegan a juicio.

Definitivamente el juicio es la audiencia más importante de todo el sistema, en tanto define quién es responsable en cada caso concreto que llega a esa instancia. Sin embargo, nos atrevemos a plantear que la audiencia preliminar es tanto o más importante que el juicio. ¿Por qué? Porque constituye un filtro en el paso de los casos a juicio.

Cuando un caso llega a juicio, la pretensión del sistema es que ese caso haya sido controlado adecuadamente y llegue lo más ordenado posible. Esto no quiere decir que el juez tenga la obligación de “acomodar” el caso de alguna de las partes. Pero sí implica que tiene el deber de recuperar toda la información que considere pertinente para ordenar el litigio en el juicio. El juez de esta audiencia es una especie de juez planificador, ya que

debe por una parte determinar la existencia de un hecho con significado jurídico y por la otra evaluar la posibilidad o no de ingreso de la prueba al juicio. Sobre la base de su determinación deberá establecer qué tipo de juicio se realizará y qué tipo de tribunal intervendrá (en algunos sistemas los jueces de juicio son siempre unipersonales, en otros sistemas puede haber una diferencia basada en la cuantía, la complejidad o las intervenciones, y a partir de ello puede tratarse de jueces unipersonales o tribunales colegiados; algunos sistemas establecerán que un juez diferente debe intervenir en el juicio en tanto otros sistemas determinarán que es el mismo juez de la audiencia preliminar el que decida luego; en los sistemas más democráticos, con jurados populares, el juez conductor de la audiencia de juicio será siempre el juez que intervino en la audiencia preliminar, ya que es quien conoce las reglas probatorias impuestas al caso específico). En cualquier caso, el juez al determinar ante qué tribunal se sustancia el juicio, también establecerá qué hecho se juzga, sobre la base de qué normativa y con qué prueba admitida para su producción en la audiencia.

Dicho de corrido parece un trabajo sumamente sencillo. Sin embargo, en la medida en que la decisión depende de la información que le aporten las partes, el juez deberá descansar mucho en el conocimiento del caso por parte de éstas y en la buena fe de los litigantes para establecer con certeza de qué se trata el caso y qué prueba será admitida.

Este apartado habla de esta audiencia como filtro porque así como en el caso “ideal” la audiencia terminará con el juez autorizando el juicio y estableciendo el tribunal que lo decidirá, en la sucesión de casos reales que a diario se desarrollan, muchas otras cosas pueden suceder en la audiencia preliminar:

- Las partes pueden concurrir con un acuerdo y solicitar su homologación (en este caso, la audiencia culminará una vez que el juez haya aceptado tal acuerdo, sin necesidad de avanzar en la misma).
- A partir de la definición de cuestiones normativas en la primera parte de la audiencia, puede abrirse a las partes la

posibilidad de discutir un acuerdo que anteriormente no se había visibilizado porque sostenían posiciones diferentes. En este caso eventualmente la audiencia puede convertirse en una especie de conciliación y, de llegarse a acuerdo, la audiencia terminará con su homologación. En el supuesto de no haber acuerdo podrá avanzarse en la discusión como en la audiencia “tipo” que hemos descrito.

- A partir de la no admisión de determinados medios probatorios puede suceder que la demandante se quede sin caso (si la no admisión implica dejar sin prueba hechos centrales de la controversia), a lo que la demandada podrá pedir que el caso quede sin efecto.
- O a partir de la no admisión de determinada prueba ofrecida por la demandada, puede manifestar su voluntad de buscar un acuerdo.

En definitiva, siendo una audiencia central en la que el juez estará presente y tendrá una fuerte impronta de control para garantizar que al juicio lleguen casos con prueba que permita proyectar información de calidad, la cantidad de situaciones que pueden presentarse es infinita. Será cuestión de litigio resolver adecuadamente en favor de una u otra parte las cuestiones que se planteen. Y será un tema de dirección de la audiencia el controlar que los objetivos centrales de la misma no queden de lado.

La importancia de escalonar las discusiones posibles en la audiencia preliminar.

La forma en que la audiencia se ordenará dependerá en mucho del estilo de dirección que el juez que intervenga imponga. En general, las legislaciones que regulan una audiencia de este tipo establecen los objetivos y las resoluciones que el juez debe tomar, sin adentrarse en la dinámica específica del litigio y la resolución.

Desde nuestro punto de vista, tanto para el juez cuanto para los litigantes resulta ideal escalonar las discusiones y decisiones, de forma de no perder información relevante para construir la

decisión y no dejar para la finalización la toma de todas las decisiones. Desde el punto de vista de los litigantes, es también importante que las discusiones se escalonen porque ello les permitirá manejar con mayor precisión su estrategia de litigio.

Si bien inicialmente hablamos de dos grandes universos de trabajo en esta audiencia (vinculación de derecho con los hechos por un lado y vinculación de la prueba con los hechos por la otra) estos universos pueden volverse más pequeños a partir de las diversas cuestiones que pueden plantearse: como decíamos, si el juez decide cambiar las normas jurídicas involucradas en función a un litigio sobre el tema planteado en la primera parte de la audiencia, puede suceder que antes del ofrecimiento de prueba las partes soliciten un momento para verificar si existe o no posibilidad de un acuerdo. Si llegan a un acuerdo, la audiencia culminará sin necesidad de pasar a discutir la admisibilidad de la prueba.

Como puede observarse, escalonar las discusiones y avanzar paso a paso permite al juez mayor control y posibilita que las partes avancen en su estrategia con mejor posibilidades de dar diversos litigios.

Posibilidades de terminación en la audiencia preliminar.

La audiencia preliminar tiene, en principio, tres formas posibles de terminación:

- El juez determina que el caso vaya a juicio.
- Se producen decisiones en la audiencia que abren a las partes la posibilidad de discutir un acuerdo que termina dándose y, con ello, la audiencia concluye con la homologación del mismo.
- Se producen decisiones en la audiencia que dejan al caso de la demandante sin suficiencia (ya sea porque los hechos no son suficientes para la norma legal involucrada o porque la prueba no lo es para acreditar los hechos) y en consecuencia el juez decide cerrar el caso en esta fase del proceso, a través de una sentencia.

En la medida en que la normativa regule más a detalle la audiencia preliminar, pueden darse otras formas de terminación. Pero estas tres son las básicas y siempre presentes en el diseño procesal oral.

Discusiones probatorias. Admisibilidad de la prueba en esta audiencia.

La discusión sobre la prueba es una cuestión muy importante en esta audiencia. El análisis que presentamos cuando trabajamos el esquema de la teoría del caso, en que se evaluaba la debilidad o fortaleza de las pruebas en función a su credibilidad, resulta útil en este momento del proceso, cuando se ofrece la prueba que eventualmente se producirá en el juicio.

¿Qué puede llevar a la no admisión de prueba para juicio?

En primer término, la **“sorpresa”** en la contraparte frente al ofrecimiento. Hemos dicho que el proceso judicial inicia una vez que el caso es admitido por un juez para ser trabajado y presentado como demanda en esta audiencia. Entre el momento inicial de admisión y la audiencia preliminar pasará un tiempo en el que ambas partes se encargarán de proyectar su caso, completar su teoría y buscar la prueba que precisen en consecuencia. El principio de buena fe obliga a las partes a hacer saber a la contraria la prueba que ofrecerán en una eventual audiencia preliminar, para posibilitar un control efectivo (el momento definitivo en que se cumplirá con esta obligación será la presentación por escrito de la demanda y la contestación, previo al agendamiento de la audiencia preliminar). Si en la audiencia preliminar una de las partes concurre a ofrecer una prueba de la que la contraria no ha sabido nada con anterioridad (la declaración de un perito con el correspondiente informe), existe la posibilidad de oponerse a su ingreso en función a la sorpresa que causa y la imposibilidad de controlar su credibilidad en forma efectiva. El juez, haciendo un análisis de razonabilidad en cuanto al valor de la prueba para quien la ofrece y el perjuicio que pueda ocasionar para quien la cuestiona, podrá tomar decisiones de diverso tipo:

- Prohibir el ingreso de la prueba,
- Suspender la audiencia, dar un plazo para que la contraparte pueda controlarla efectivamente y retomar la discusión; o
- Admitir la prueba si considera que el agravio que reclama la parte no es tal⁹.

Una segunda cuestión que puede plantearse para evitar la admisión de una prueba tiene que ver con la **pertinencia** de la misma. Al momento de anunciar su prueba, ambas partes están obligadas a relacionar el elemento que anuncian con el o los hechos que pretenden acreditar en el juicio. Cuando se ofrezca una prueba cuyo contenido no tiene relevancia para avanzar en la acreditación de los hechos controvertidos en el juicio, procede la oposición por pertinencia a su ingreso. El juez podrá admitir la oposición y evitar que la prueba ingrese o, si la parte que la ofrece da argumentos válidos en cuanto a su pertinencia, aceptarla para que se incorpore en el juicio.

Abundancia. También pueden darse oposiciones al ingreso de prueba al juicio cuando hay demasiados elementos para acreditar el mismo extremo fáctico. En el ejemplo con que hemos trabajado al inicio de esta parte veíamos que había seis elementos de prueba para acreditar un hecho que, finalmente, ni siquiera estaba controvertido. Cuando se presentan situaciones como esas las partes pueden oponerse al ingreso de prueba por abundancia y el juez deberá decidir si admite o no la prueba a juicio.

Adicionalmente, vinculado a la prueba, las partes podrán anunciar en este momento convenciones probatorias a las que hayan arribado: cuando no exista discusión acerca de la ocurrencia de uno o varios hechos, podrán anunciar al juez que esos hechos los admiten como probados en el juicio y, de esa manera, se reducirá

⁹ Este tipo de cuestiones, vinculadas con la obligación de “descubrimiento” de la prueba, no suelen estar normadas en los códigos de procedimientos porque aún no hemos alcanzado en nuestros países una discusión profunda sobre la regulación probatoria. Sin embargo, consideramos que son aspectos que deben empezar a pensarse e incorporarse como reglas de prueba.

la cantidad de prueba necesaria. Es más: aun cuando las partes no ofrezcan en forma directa la convención probatoria, si el juez identifica que se están ofreciendo pruebas sobre hechos no controvertidos, puede promover la convención.

Como puede observarse, en este momento el trabajo de análisis y depuración de la prueba por parte del juez es central para lograr que los casos que lleguen a juicio sean casos que cuenten con respaldo suficiente pero que no resulten interminables por sobreabundancia ni arbitrarios por impertinencias.

Momento de definición.

El juez, finalmente, resolverá si el caso va o no a juicio. Si va a juicio establecerá qué tipo de juicio corresponde, ante qué tipo de tribunal y con qué prueba admitida.

El protagonismo del juez en la audiencia preliminar.

Finalmente, debe tenerse muy presente que a diferencia del juicio, donde el tribunal tendrá que ver la litigación de las partes, la producción de la prueba y abstenerse de intervenir por la imparcialidad que debe guardar para tomar la decisión, en esta audiencia previa al juicio el juez tiene un protagonismo central en la conducción y orden de las discusiones, pudiendo incluso promover algunas que pasen desapercibidas para las partes (siempre y cuando ello no genere tomar posición por una u otra parte en términos de búsqueda de prueba).

Ello en función a que es labor del juez determinar si el proceso avanza o no hacia un juicio y para tomar esa decisión debe recuperar información de calidad que le dé base a su resolución. En la dinámica de un litigio ordenado, es de esperar que no deba intervenir en tanto las partes tendrán claridad sobre los objetivos de la audiencia y sus posibilidades de litigio. Pero puede suceder que las partes no cuestionen temas que aparezcan evidentes para el juez: errores en la norma pretendida, carencias fácticas, ausencias probatorias, impertinencias en la prueba ofrecida, etc.

Si estas situaciones se dan, consideramos que el juez tiene facultades para consultar a las partes y a través de preguntas recuperar información que le permita tomar una mejor decisión. Un ejemplo muy breve: si una parte ofrece diez testigos que “van a declarar sobre los hechos” y la contraparte no se opone, en principio parece bastante abundante tener diez testigos para juicio sin claridad sobre si van a declarar sobre lo mismo o sobre cosas diferentes (ya que el anuncio de la parte fue “van a declarar sobre los hechos”); en ese caso, si la contraparte no se pronuncia en contrario o solicitando más información, consideramos que el juez tiene facultades para hacerlo: para consultar a la parte que propone los testigos sobre qué hechos en concreto de los anunciados va a declarar cada testigo, verificar si los diez van a declarar sobre hechos diferentes o sobre la misma cuestión. Si van a declarar todos sobre lo mismo, tendrá la facultad de reducir el número de testigos ya que parece demasiado tener a diez personas diciendo lo mismo. Esta es una tarea ordenadora de la audiencia y del litigio, que no sólo permitirá al juez tomar una resolución de mayor calidad sino que también posibilitará, en caso de avanzar hacia el juicio, tener un litigio mucho más orientado y concentrado en las cuestiones controvertidas. Y en los casos en que se defina que debe haber un juicio, los litigantes deberán utilizar una serie de herramientas para anunciar, producir, controlar y valorar la información, de las que nos ocuparemos en la tercera parte de este Manual.

3. TIPOS DE JUICIO

Juicio controvertido específico. Condiciones generales de estructura.

Dentro de la estructura básica que hemos establecido como propuesta para el proceso civil cuando existe controversia, el juicio es el momento central, ya que será allí donde se dirima el caso en sentido de otorgar a una u otra parte la razón sobre la base de la valoración de la prueba. Es también el momento más complejo por varias cuestiones:

- No sólo asisten las partes y el tribunal, sino que debe convocarse a un número importante de personas que asistirán como testigos o peritos a declarar en el juicio.
- Toda la prueba material ofrecida debe estar a disposición de las partes para su introducción y utilización en el juicio.
- Tendrá una duración mayor a la de una audiencia cualquiera de los momentos previos al juicio, dependiendo de la cantidad de prueba admitida y la complejidad de la controversia. Ello implicará una necesidad de coordinación de agendas entre el tribunal y las partes.
- El registro de lo que se produzca en las audiencias deberá ser muy preciso (preferentemente en formato audiovisual) ya que será la base de la decisión del tribunal y de las potenciales impugnaciones posteriores de las partes.
- En términos de dinámica, la actuación de las partes incorpora potencialmente todas las herramientas de litigación que desarrollaremos en la tercera parte de este Manual, con lo que la dirección de la audiencia por parte del tribunal deberá ser estricta.
- Las audiencias serán públicas (salvo aquellos casos en que existan excepciones específicas), lo cual implicará una organización y uso del espacio que posibilite realmente la asistencia de público.

La organización y ejecución de un juicio implican un compromiso de los litigantes, sus representados, la prueba testimonial y pericial ofrecida, el tribunal y los organismos administrativos de apoyo. Más allá que al momento mismo de ejecución de la audiencia esto aparece como una cuestión sencilla, la logística previa de planificación no lo es (menos aún en procesos incipientes de tránsito hacia la oralidad). Por ello es importante tener claro las implicancias de realizar un juicio oral, para sostener el planteo realizado en el apartado anterior: es importante establecer en qué casos debe realizarse un juicio y cuáles pueden resolverse por vías alternativas. Y dentro de los casos en que sea necesario un juicio para dirimir la cuestión, también

deberán establecerse diversos procedimientos en función a una serie de factores que desarrollaremos en breve.

Hay una serie de condiciones, vinculadas con los estándares internacionales de derechos humanos para garantizar un debido proceso, que deberán cumplirse en la ejecución de un juicio y que es importante considerar:

- **Oralidad.** Toda la actividad procesal que implique una controversia debe realizarse oralmente y por audiencias públicas. En el caso del juicio, bajo ningún concepto puede admitirse que el mismo sea reemplazado por la lectura de un expediente o la presentación de escritos. Las partes deben hacer sus peticiones en forma oral, frente al tribunal, que deberá resolver también oralmente¹⁰.
- **Contradicción.** Los jueces deben garantizarla. Ello implica el derecho de las partes a exponer su posición sobre las cuestiones a debatir, a examinar y contraexaminar la prueba. Los jueces no pueden suplir la actividad de las partes y deben sujetar sus fallos al objeto de la controversia.
- **Inmediación.** Las audiencias deben ser tomadas por magistrados, ya que la función jurisdiccional es indelegable. En ningún caso los tribunales pueden delegar las tareas propias de su función jurisdiccional en otros organismos. Toda la actividad jurisdiccional debe realizarse con la presencia ininterrumpida del juez.
- **Publicidad.** Las audiencias y las resoluciones judiciales deben ser públicas, admitiéndose sólo aquellas excepciones estrictamente necesarias para proteger la intimidad, el honor o la seguridad de cualquier persona que debiera tomar parte en una audiencia o para evitar la divulgación de un secreto protegido por la ley.

¹⁰ Esto no quiere decir que no existan soportes escritos para el control de determinadas actuaciones: en el apartado anterior hemos referido específicamente a la demanda y la contestación como actuaciones escritas previas a la realización de la audiencia.

- **Concentración.** Las audiencias deben realizarse de manera continua. Los tribunales deben dirigirlas de forma tal de reunir la mayor cantidad de actos procesales posibles en una misma audiencia, evitando dilaciones innecesarias.
- **Celeridad.** La determinación judicial de los derechos y obligaciones de las partes, así como la ejecución de la sentencia deben resolverse en un plazo razonable.
- **Simplicidad.** Las resoluciones judiciales deben enunciarse mediante construcciones sintácticas sencillas, sin perjuicio de su rigor técnico. Las notificaciones, requerimientos y demás actos procesales deben utilizar términos y estructuras gramaticales simples y comprensibles, que respondan a la situación particular de las partes.
- **Defensa material.** En todo proceso judicial las partes tendrán derecho a ser oídas. Debe tenerse presente en todos los casos que se está interviniendo sobre un conflicto cuyos protagonistas son las partes. En ese sentido, su derecho a intervenir y tomar la palabra en los momentos procesales correspondientes (en el caso del juicio, a dar su testimonio) no puede perderse de vista.
- **Buena fe procesal.** Todos los intervinientes en un proceso judicial en general (y en el juicio en particular) deberán abstenerse de realizar conductas o gestiones destinadas a impedir o dificultar el ejercicio eficaz de un derecho o facultad procesal que legalmente corresponde a la contraria o que busquen impedir o dificultar el adecuado conocimiento y la justa resolución de una causa. La buena fe en el accionar de los intervinientes es un requisito esencial para la efectivización de todas las condiciones que hemos desarrollado con anterioridad.

Estas condiciones deberán estar presentes en la realización de cualquier tipo de juicio controversial en el marco de un proceso civil. Y son las que configurarán los límites y alcances de actuación de las partes y de la dirección de la audiencia por parte del tribunal. En la tercera parte, al referirnos a las herramientas de litigación en juicio en concreto, veremos cómo el uso de cada herramienta se vincula con el cumplimiento de estas condiciones de diseño.

Sin embargo, más allá de la presencia de estas condiciones en el diseño procesal genérico, es necesario reconocer que no todos los casos que llegan al sistema civil son iguales, con las mismas complejidades, posibilidades, alcances, intereses comprometidos, etc. El ejemplo que hemos venido manejando hasta aquí involucra una controversia muy limitada que se resuelve a través de la producción de dos o tres testimonios en una audiencia más la incorporación de una que otra prueba material. Un accidente de tránsito es uno de los conflictos más frecuentes y estandarizados en cuanto a su resolución. Distinto es cuando el conflicto implica la posesión de un determinado espacio geográfico por parte de una comunidad indígena originaria, en conflicto con una empresa petrolera que reclama el derecho a explotación del suelo ocupado; probablemente en este conflicto las necesidades probatorias, la cantidad de involucrados y la complejidad de la resolución requieran más tiempo y esfuerzo por parte de todos los involucrados. O el caso de un grupo de herederos enfrentados. Podríamos seguir poniendo ejemplos de diversos conflictos al infinito. El sistema de justicia civil es inagotable (más allá de la frecuencia con que se presentan determinado tipo de conflictos).

Por ello, consideramos que es importante complementar la visión de un juicio que respeta las condiciones establecidas líneas arriba, con un matiz en cuanto a los diferentes tipos de ejecución posibles. A continuación, desarrollaremos algunos posibles lineamientos para establecer especificidades en cuanto al diseño de juicios.

Factores para establecer especificidades en los juicios.

Desde la lógica que venimos planteando: con un diseño procesal común con audiencias clave en el curso de un caso, consideramos que en lugar de regular en específico un procedimiento para cada tipo de conflicto, resulta conveniente regular un solo proceso y pensar en las posibles particularidades en función a factores específicos. A continuación desarrollamos y explicamos algunas de esas particularidades, invitando a la reflexión sobre el curso del proceso en estos casos.

El juicio con sentencia inmediata.

Retomando el ejemplo de la controversia sobre el cruce en rojo del semáforo. Si las exigencias normativas establecieran que para tener por acreditada la responsabilidad basta con demostrar que se cruzó la luz en rojo y las partes declararan ambas que así fue, que el semáforo se cruzó en rojo, no habría más que discutir. En un pasaje anterior hemos dicho que ante esta situación una posibilidad que tendría el magistrado sería derivar el caso a una instancia de conciliación. Ahora bien: si las partes anunciaran que ya han intentado la conciliación y no tuvo éxito, con los hechos claros y el cruce del semáforo en rojo asumido por ambas partes (recordemos que estamos en el contexto hipotético en que esa sola circunstancia es suficiente para establecer responsabilidad), el juez podría ofrecer una sentencia inmediata, sin necesidad de realizar una producción de prueba.

¿Por qué esta posibilidad? Porque aparentemente lo que sucede en este caso (en los términos hipotéticos en que lo hemos puesto) es que las partes no están de acuerdo en el monto indemnizatorio, más allá de reconocer todos los hechos en el mismo sentido. Ante esta situación y siendo el juez el que debe establecer la responsabilidad y el monto de la indemnización, si considera que no necesita ningún elemento adicional para fijar tales extremos, la sentencia puede darse en forma inmediata y, eventualmente, si la parte condenada no está conforme, tendrá el derecho a impugnar la decisión.

Este tipo de proceso es útil para aquellos casos en que no habiendo posibilidad de acuerdo por medios diversos al juicio, tampoco hay controversia real sino que lo que existe es una diferencia en la pretensión que debe ser resuelta por el juez. El litigio en este tipo de procesos será mínimo y probablemente termine en una sola audiencia.

El juicio complejo.

En casos complejos (donde se involucren derechos de tercera generación, comunidades afectadas, daños ambientales, etc.), es probable que algunas de las reglas del proceso “común”

queden cortas. Por ejemplo: si se establecen plazos para la duración total de un caso común, es probable que en un caso complejo esos plazos deban extenderse.

¿Cómo establecer que un caso es complejo? Consideramos que en un sistema oral, es un tema más para el litigio. En el momento de admisión del caso, la parte que desee la declaración de caso complejo deberá solicitarlo explicando las razones por las que desea flexibilizar las reglas en función a la complejidad (contando con más plazo, otras formas probatorias, intervenciones más prolongadas en las audiencias, mayor cantidad de prueba a producir, eventualmente algún tipo de tribunal especial, etc.). Si se decide darle el tratamiento de caso complejo las partes tendrán reglas especiales para el litigio, que comprenderán los aspectos que hemos mencionado (plazos, prueba, intervenciones, asistencia administrativa, etc.).

Algunos aspectos concretos para determinar la complejidad de un caso pueden ser:

- Cantidad de actores involucrados.
- Tipo de prueba a producir y complejidad específica.
- Tipo de asunto a dirimir y complejidad de las controversias.

El juicio con límites específicos.

Puede también suceder que el juicio tenga particularidades que obliguen a limitar alguna de las condiciones que hemos definido como comunes a todos los juicios. Por ejemplo:

- El tipo de cuestiones controvertidas puede imponer que la publicidad se restrinja. Si la controversia estuviese vinculada con una cuestión que afecta la intimidad de alguna de las personas, los litigantes podrían pedir una restricción específica a la publicidad y el tribunal podría disponer que el juicio (o alguna audiencia específica del juicio) se realice sin público.

- El tipo de testigo que se presente a declarar puede imponer modificaciones a la contradicción. En el caso de menores, por ejemplo, puede ser posible que la declaración se tome a través de métodos como la cámara Gesell, que limitan el ejercicio del contradictorio en función a preservar un interés mayor (la integridad del niño, niña o adolescente).
- El tipo de demandante específico en determinados procesos puede ampliar su núcleo de garantías o establecer reglas específicas de producción de prueba. En el caso de los procesos que involucran a trabajadores, por ejemplo, sabemos que el principio “in dubio pro operario” impone un formato específico de valoración de la prueba.

Como mencionábamos al inicio en este texto, debe entenderse que el tipo de conflicto, los involucrados, la prueba a producirse y los resultados esperados son factores que le permitirán al juez generar una dinámica propia para el caso en función a las necesidades concretas que requiera. Es decir: no todos los juicios serán de la misma forma, sino que podrán tener características propias si factores como los que venimos analizando obligan a poner un mayor énfasis o restringir alguna de las condiciones propias del juicio común.

Cuándo es necesario un abogado y cuándo puede llevarse una audiencia sin abogados.

También se hace necesario al pensar en los tipos de proceso, asumir la discusión sobre qué casos requieren abogado como asistente técnico de los protagonistas de los conflictos y cuáles no. En general esta es una discusión que se supera con el establecimiento de un principio general que establece que en todos los casos que se judicialicen, las partes deben contar con la representación de un abogado. Sin embargo, al pensar en un proceso flexible, que establece diversas formas de resolución, condiciones que pueden ampliarse o restringirse en función a las características propias del caso y pone el acento en la búsqueda de resolución del conflicto entre los protagonistas, consideramos que es necesario tomar también este punto.

Así como existen casos sumamente complejos que no pueden llevarse adelante sin la asistencia de un (o más) abogado, hay otros asuntos que por la cuantía, los hechos controvertidos o la situación propia de los protagonistas, bien pueden ser resueltos en forma directa por los protagonistas, sin la intervención de abogados. Si bien no es un tema sobre el que vayamos a explicarnos en demasía (ya que el objetivo de este Manual es referirnos a la litigación técnica en juicios con abogados como asistentes legales de las partes), no podemos dejar de mencionar que parte de implementar un sistema por audiencias con respuestas rápidas para el mayor universo de casos posible, desafía también a pensar procesos que puedan debatirse en forma directa por las partes protagonistas, sin abogados en su representación.

TERCERA PARTE

LA LITIGACIÓN EN UN JUICIO ORDINARIO

En el esquema que venimos desarrollando queda establecido que no todos los casos que conozca un litigante serán casos que llegarán a juicio. Un buen porcentaje de ellos serán resueltos sin judicialización. Otro universo importante podrá resolverse por mecanismos alternativos al juicio una vez judicializados. En esos casos, las habilidades principales del abogado serán: proyectar adecuadamente las situaciones concretas que sus clientes le presentan y negociar en forma favorable a su cliente.

En el grupo de casos en que las controversias no resulten negociables por vías alternativas, el camino será el juicio. Y allí surge un universo de herramientas de litigio que el abogado debe practicar e implementar estratégicamente en función a su propia teoría del caso. El juicio oral es, entonces, el momento en que cada una de las partes en un pleito presentará su propia versión de verdad ante un juez imparcial e independiente, que será el encargado de definir cuál de las teorías del caso se sostiene con más credibilidad y, por consiguiente, a quién asiste razón en el pleito.

Desde el punto de vista de los litigantes, el juicio está estructurado en tres momentos:

- **Anuncio de la información.** Es el inicio del juicio, cuando cada una de las partes en controversia anuncia su teoría del caso y la forma en que la misma será acreditada a lo largo del juicio.

- **Presentación y control de la información.** Es el momento central del juicio, dado que aquí se presentan testigos, peritos, prueba documental y/o material. A través de la prueba los litigantes deberán mostrarle al tribunal que la teoría del caso que han anunciado en el inicio se sostiene en la prueba. Dicho de otra manera: es el momento en que la prueba reproduce la teoría del caso propuesta por los litigantes. Es también un momento de control en función a que cada parte tendrá la oportunidad de contra examinar la prueba de la contraria: el testigo que venga a declarar en favor del demandante será contra examinado por el demandado para medir el grado de fiabilidad de las afirmaciones que realiza. Aquí, con la controversia concreta planteada en cada prueba por las partes, los jueces tendrán la oportunidad de medir la calidad real de cada elemento probatorio ofrecido.
- **Propuesta de valoración de la información.** Una vez cerrada la producción de la prueba, las partes realizarán su alegato de clausura. Esta intervención de las partes es prácticamente una propuesta de sentencia: retomarán el anuncio que hicieron en su apertura, explicarán cómo lo acreditaron a través de la producción de la prueba y valorarán por qué su versión de los hechos es más creíble que la versión de la contraria.

Un **cuarto momento** dentro del juicio pertenece exclusivamente a los jueces: la deliberación y valoración judicial. Es el momento de la sentencia en que determinarán cuál es la consecuencia concreta del juicio que han presenciado. A continuación veremos cómo la claridad y precisión con que las partes litigantes hayan trabajado en el desarrollo del juicio determinará en mucho la forma en que los jueces trabajen para la decisión final que implica la sentencia del juicio.

Previamente al desarrollo concreto de las herramientas de litigación propias del juicio, quizá sea necesario hacer una aclaración. Todo el desarrollo previo de este Manual ha insistido persistentemente en algunos aspectos que quisiéramos retomar aquí:

- No todos los conflictos son judicializables.
- No todos los conflictos judicializables llegan a juicio.
- Existen herramientas alternativas de negociación, mediación, conciliación que posibilitan soluciones más pertinentes a un universo importante de conflictos.
- Llegar a juicio implica pasar por una serie de pasos previos (admisión del caso, búsqueda de la prueba, audiencia preliminar) que permiten asumir que un caso que llega a esta instancia es efectivamente un caso “**suficiente**” en términos jurídicos, fácticos y probatorios.

¿Por qué retomamos esas afirmaciones? Porque son las que nos permiten establecer que todo el control previo al juicio que se desarrolla sobre un caso (desde la parte que lo propone, la contraparte y la jurisdicción que lo admite) son las que generan para el juicio una finalidad muy específica y alejada de lo que usualmente estudiamos: el juicio es fundamentalmente un **ejercicio persuasivo**. En las etapas previas al juicio se ha controlado la viabilidad jurídica del caso (etapa de admisión), la precisión fáctica y la suficiencia probatoria (audiencia preliminar) y la jurisdicción ha realizado un control técnico sobre cada uno de esos aspectos. Entonces el juicio es el momento en que las partes deben **convencer** al juez de que su propuesta concreta para el caso supera a la propuesta de la contraparte. Ello significa que las partes no sólo deben mostrar que “tienen prueba”, sino que además deben ordenar y producir esa prueba de forma armónica y persuasiva en apoyo de una **historia** con significado jurídico. De eso se trata el uso de las herramientas de litigación que veremos a continuación.

1. PRESENTACIÓN DEL CASO Y ANUNCIO DE LA PRUEBA

Al estudiar la teoría del caso desarrollamos un esquema de las exigencias que debemos cubrir para sostener que “tenemos un caso”:

Teoría jurídica	Teoría fáctica		Teoría probatoria			
Elemento	Hecho	Calidad	Elemento testimonial	Calidad	Elemento material	Calidad
Responsabilidad.	<i>“el demandado cruzó el semáforo en rojo”.</i>	Débil	Testigo que estaba en la esquina.	Débil		
			Demanda-dante.	Débil	Video del día de los hechos en que se ve la luz roja.	Fuerte
			Demanda-dado	Fuerte		
			Experto en funcionamiento de semáforos.	Fuerte	Informe de funcionamiento del semáforo ese día.	Fuerte

Si sobre cada exigencia jurídica hemos encontrado hechos y prueba para seguir adelante y en la audiencia preliminar el juez ha determinado que hay suficiencia, estaremos entonces en este momento concreto del proceso, abriendo el juicio. El desafío central de la apertura del caso se vincula con “traducir” ese esquema de la teoría del caso hacia una verdadera historia persuasiva que invite al juez o jueces que van a presenciar el juicio a mirar la prueba desde la óptica que se propone.

La preparación para la apertura del caso.

Tema central: al juicio no se va a improvisar. Cada actuación del juicio debe estar preparada, planificada estratégicamente y

testeada en cuanto a su viabilidad. La única forma de saber si la apertura del caso es efectiva, es practicar la apertura del caso tantas veces como sea necesario en forma previa al día de inicio del juicio.

¿Cómo prepararnos para la apertura del caso? En primer lugar, debemos amigarnos con el concepto de “construir una historia”. Hacer una apertura NO ES el equivalente a realizar una traducción jurídica de una situación de la vida cotidiana. Por el contrario: es relatar cómo una situación de la vida cotidiana transformó la realidad de la persona que representamos en el juicio y cómo ello tiene un significado jurídico. ¿Qué quiero transmitirle al tribunal? ¿Qué imágenes quiero que el tribunal vea cuando escuche mi relato? ¿Qué sensaciones son importantes para mi caso? Son algunas de las preguntas previas a la construcción de una presentación efectiva. En alguna medida, la planificación de una apertura es como la construcción de un guion cinematográfico: debemos pensar las escenas que queremos proyectar en la mente de quienes juzgarán el caso, llenarlas de contenido y significado y ordenarlas en forma efectiva.

Para ello, entre las actividades que suelen recomendarse está la lluvia de ideas. Poner en un pizarrón, un cuaderno, el formato que resulte más eficiente, todas las ideas que están enlazadas con el caso que vamos a presentar. Escribirlas es importante para evaluar la claridad y concisión con la que construimos nuestra presentación: oraciones simples, con la estructura básica “sujeto + verbo + predicado” es el formato más eficiente para transmitir ideas (sobre todo a personas como los jueces que no conocen a profundidad el caso que estamos llevando a juicio). La lluvia de ideas también sirve para retomar aquella idea que trabajamos al desarrollar la teoría del caso: ver la debilidad o fortaleza de las afirmaciones que realizaremos y construir nuestra historia potenciando los hechos fuertes y explicando en forma convincente los hechos débiles.

No bastará entonces, en el ejemplo que hemos venido utilizando, que simplemente anunciemos que vamos a probar en el transcurso del juicio que la responsabilidad del choque es del demandado por haber cruzado el semáforo en rojo y que en función a ello

debe ser condenado a reparar el daño causado. Si bien ese es el centro importante desde lo jurídico y la controversia fuerte que tendremos si hemos llegado a juicio (de quién es la responsabilidad y en qué grado), no podemos obviar que esa situación concreta se dio en un contexto: ese contexto es el que debemos utilizar para convertir el caso legal en una historia persuasiva: ¿Por qué estaba transitando por ese lugar nuestro representado? ¿A dónde iba? ¿De dónde venía? ¿Cuál es su grado de responsabilidad en la conducción habitualmente? ¿Ha tenido situaciones anteriores de este tipo? ¿Las ha tenido el demandado? ¿Cómo reaccionó nuestro representado frente al choque? ¿Qué sintió? ¿Qué tuvo que hacer? ¿Qué perjuicios le generó en su día el choque? ¿Qué consecuencias le generó en su cotidianeidad? ¿Quiénes lo esperaban ese día? Una serie de preguntas sobre pequeñas porciones de información que pueden no ser “relevantes” en términos judiciales (o sí, todo depende) pero que sí resultan esenciales para darle densidad a la historia que presentaremos. Insistimos: la idoneidad técnica del caso ya fue relevada por el juez al momento de la audiencia preliminar. En el juicio hay que darle una nueva dimensión al caso: la dimensión persuasiva.

Entonces, la preparación para hacer una buena apertura implica en principio:

- **Darle contenido a nuestra historia.** Llenar cada una de las porciones fácticas involucradas con el momento en que se produce la controversia. No sólo mencionar “A es responsable de chocar a B”, presentar a las personas involucradas en la historia y darles entidad a sus acciones, describir el momento con detalle y precisión, llevar al tribunal que juzgará el caso a imaginar la escena de la forma más completa posible.
- **Ordenar la historia.** Darle una cronología (los seres humanos comprendemos los sucesos cronológicamente), planificar la historia como una serie de escenas en un guion cinematográfico donde cada afirmación explica lo que la antecede y da pie a lo que sigue. Pensar en una estructura de fácil comprensión, estructurando nuestras afirmaciones en forma sencilla.

- **Analizar estratégicamente la presentación.** Revisar nuevamente la debilidad o fortaleza de nuestras afirmaciones y planificar una forma de presentación que le dé potencia a nuestra historia, aprovechando los hechos fuertes pero haciéndonos cargo también de los hechos débiles (que no los mencionemos no quiere decir que no existen).
- **Practicar la presentación.** Una vez que respondimos las preguntas necesarias para llenar de contenido nuestra historia, la ordenamos y la pensamos estratégicamente, el siguiente paso será enunciarla. Escucharnos y hacer que otros escuchen nuestra presentación para verificar si es clara, concreta y persuasiva; si estamos presentando todos los aspectos relevantes o dejamos huecos que dejan lugar para dudas o para que quien nos escucha llene esos espacios con información que no le estamos dando y desvíe su atención de lo que nos interesa. Hacer este trabajo es muy importante para medir nuestra efectividad. Para ello es recomendable buscar un interlocutor que no esté familiarizado con el caso y que escuche lo que vamos a presentar y nos retroalimente.

Para evaluar el grado de preparación de la apertura del caso, suele recomendarse el test de una oración: ¿estoy en condiciones de resumir mi caso en una sola oración que explique su esencia? Si es así, quiere decir que estoy en condiciones de hacer una buena apertura.

La búsqueda de un “tema” para el caso.

El tema del caso puede definirse como una frase corta que puede funcionar de hilo conductor a lo largo de toda la litigación del juicio: desde la apertura hasta el alegato final, pasando por la producción de prueba, el tema debe permitir al litigante volver una y otra vez a afirmar una determinada frase que le recuerde al tribunal por qué debe fallar a favor de la posición que se sostiene.

En general, suele asociarse la búsqueda de un tema con la litigación ante jurados populares. Ello debido a que se asume que encontrar una frase que resuma el caso, pueda reiterarse a lo

largo de todo el juicio e impacte en el juzgador, es un elemento de eficiencia ante un jurado lego. Sin embargo, trátase de un jurado popular o de un tribunal técnico, la utilidad de encontrar un tema para el caso va más allá del impacto en uno u otro tipo de juzgador: se vincula con la capacidad del litigante de resumir su caso a una idea fuerte y concreta que justifique el pedido que se realiza. Al terminar el apartado anterior hablamos de la importancia de poder explicar el caso en una sola oración, para verificar si estamos preparados y somos consistentes. Con esa oración se vincula el hallazgo de un tema concreto para el litigio. El tema debe ser una forma de “regla” a la que podamos referirnos en la apertura y de ahí en más durante todo el juicio, hasta cerrar nuestro alegato final.

En el caso del accidente de tránsito, por ejemplo, quizá el tema de la demandante se vincule con el cumplimiento de las normas de tránsito: “las normas de tránsito no son optativas”, por ejemplo. A partir de allí desarrollará la historia de su representado transitando adecuadamente por la calle aquel día, pensando en las cosas que debía hacer a continuación pero sin vulnerar las normas de tránsito, yendo a la velocidad permitida y deteniéndose en los lugares donde debía hacerlo; y hablará también del demandado y su descuido al cruzar el semáforo en rojo, vulnerando la normativa vigente. Durante toda la producción de su prueba volverá sobre el tema “las normas de tránsito no son optativas”, al presentar la razón por la que se establece la luz de Pare como obligatoria, los recaudos que deben tomar los conductores, etc.

El demandado deberá también encontrar un tema. Si su teoría del caso será que su representado no cometió una infracción un posible tema es “las cosas no siempre son lo que parecen” y a partir de allí intentará desarrollar todo su caso para probar que su defendido no cruzó la luz en rojo. O quizá su teoría del caso se oriente a establecer que en realidad el semáforo estaba funcionando mal y allí un tema posible será “las máquinas también fallan” y trabajará durante todo el juicio para poner en evidencia que la infracción no fue por responsabilidad de su representado sino por una falla mecánica en el funcionamiento del semáforo. Por supuesto, como hemos dicho, para la teoría por la que se

opte deberá existir prueba de respaldo. No se trata de dejar libre la imaginación y olvidar la necesidad probatoria.

En definitiva se trata de encontrar esa guía que le permita al litigante iniciar en el mismo sentido en el que pretende cerrar: primero anunciando el tema, luego poniéndolo en evidencia a través de la producción de su prueba y el control de la prueba de la contraria y finalmente concluyéndolo en el alegato de clausura. Encontrar un hilo conductor de esas características no sólo ayuda a generar una presentación inicial persuasiva sino que también permite evaluar cuál es la evidencia necesaria a producir en el juicio y cuál resulta descartable por no aportar a brindar información relacionada con el tema que resume el caso.

Entre las recomendaciones que suelen realizarse para la búsqueda de un tema concreto para la apertura y el litigio del caso, destacamos:

- Debe ser una frase corta. No podemos tener un tema que implique el desarrollo de un párrafo completo: una oración con una idea que resuma el caso.
- Debe vincularse con las reglas que estarán en debate. El tema debe permitir pensar el derecho desde el caso, en una forma más cotidiana, vinculada con el suceso concreto. Pero debe vincularse con las reglas porque en alguna medida lo que queremos es repetir en forma permanente a lo largo de todo el litigio la razón final por la que el tribunal debe decidir en nuestro favor. Y esa razón debe basarse en las reglas en juego.
- No es necesario que se trate de un refrán o un dicho popular, pero debe procurarse que sea un lema fácil de recordar, que le haga sentido al tribunal y que se recuerde a la hora de valorar la prueba y tomar la decisión final del caso.
- Debe utilizarse en la medida en que no resulte forzado. Si en un caso no logramos encontrar el tema que signifique un hilo conductor, es mejor abandonar la búsqueda del tema antes que pretender “acomodar” todo el caso a una frase forzada para el mismo. Eso sólo dificultará nuestro litigio.

- No es una regla dogmática. No es necesario que en todos los casos se encuentre siempre un tema conductor. Es una herramienta que facilita el litigio, no una obligación.

El propósito de la apertura del caso.

El propósito principal de realizar una apertura es anticiparle al tribunal que verá el juicio de qué se tratará, cuál es la historia, dónde están las controversias y cómo se acreditará a través de la prueba la posición que se sostiene.

Cuando el juez de juicio sea distinto del juez que ha visto las audiencias anteriores del caso (formato de imparcialidad absoluta), este ejercicio resulta central, ya que es la primera oportunidad en que se enfrentará a la situación en litigio y, por tanto, los litigantes tienen la tarea de comunicarle en forma efectiva de qué se trata el litigio. En los diseños procesales en que el juez de juicio es el mismo que vio las audiencias anteriores (formato de imparcialidad relativa) el hecho de que el juez conozca de audiencias anteriores la situación en litigio no flexibiliza la obligación de las partes al momento de presentar la apertura. Recordemos que hemos dicho que la finalidad central del juicio para los litigantes es persuadir al tribunal sobre la fortaleza y apoyo en la prueba de su posición, de su teoría del caso. La apertura del caso es esencial para generar esa persuasión en el tribunal. Cuando hacemos una apertura estamos comunicándole al tribunal qué verá en el desarrollo de la audiencia. Y a la vez estamos invitando al tribunal a ver la prueba desde la posición que proponemos. Es como invitarlo a sentarse en la silla que está de nuestro lado para ver más cómodos el desarrollo del juicio. Al hacer la apertura, entonces, generamos una primera impresión en el tribunal sobre el caso que traemos a su conocimiento. La historia que presentaremos, además de ser persuasiva, debe apoyarse en la evidencia. En ese sentido, la construcción de nuestra apertura debe combinar nuestras afirmaciones fácticas con la prueba específica que presentaremos para acreditar que los hechos sucedieron como lo estamos afirmando. Sin realizar valoraciones ni argumentar, sólo describiendo lo que presentaremos a lo largo del juicio. Es importante eliminar nuestra tendencia a argumentar,

dar explicaciones o sacar conclusiones en las aperturas. En lugar de eso, debemos tomar los hechos desagregados y presentarlos de una forma no argumentativa. Por ejemplo:

ARGUMENTO: El demandado no tuvo intención de reparar el daño porque después del accidente se comportó como un patán.

HECHO: Después del accidente no hizo nada.

HECHO DESAGREGADO EN DETALLES:

Después del accidente él:

- No se acercó al auto del demandado a ver cómo se encontraba.
- No llamó a la policía para avisar que había un accidente.
- No verificó si se necesitaba una ambulancia.
- No quiso dar los datos del seguro.
- Le dijo a la policía, una vez en el lugar, que no tenía nada que decir.
- No hizo nada.

El ejemplo está un poco exagerado para que se vea la importancia de desagregar las afirmaciones y el nivel de detalle al que puede llegarse (siempre que exista un elemento probatorio que nos permita luego acreditar que nuestra afirmación está acreditada). No es necesario que en cada afirmación lleguemos a ese nivel de desagregado (sino la apertura se volvería interminable y el tiempo que se utilice será también un tema importante a considerar), pero sí es relevante ver la diferencia entre un argumento (o una valoración) y una afirmación fáctica. En la apertura no puede argumentarse por dos razones:

- **Desde lo legal:** porque aún no hemos producido prueba y por ello no tenemos una base para valorar o interpretar un hecho. En el alegato de clausura, si lo consideramos necesario, podremos decir que el demandado se portó como un patán, porque ya habrán venido los testigos y habremos presentado toda la prueba que acredita que no hizo nada. En la

apertura, sólo podemos anunciar los hechos que probaremos a lo largo del juicio.

- **Desde lo estratégico:** porque no siempre llegaremos a las mismas conclusiones “en el aire”. Si partimos nuestra apertura diciendo que el demandado se portó como un patán, quizá el tribunal lo interprete en sentido que quiso echarle la culpa a nuestro cliente, o que lo insultó, o lo intimidó de algún modo. Nosotros no presentaremos prueba en ese sentido sino que presentaremos prueba mostrando todas las cosas que no hizo y debería haber hecho. La diferencia entre “se portó como un patán” para el tribunal y para nosotros es una brecha importante que no podemos permitirnos generar al inicio del juicio, porque partiremos de una expectativa del tribunal que no estaremos en condiciones de cumplir.

Recapitulando: el propósito de la apertura del caso en juicio será iniciar un proceso para enmarcar la decisión del tribunal, a partir de la presentación de una historia atractiva, basada en la prueba que produciremos a lo largo del juicio.

Formato y características de una apertura en juicio.

Siempre recordando que en litigación no hay reglas dogmáticas podemos esquematizar el formato básico de una apertura de un demandante y un demandado, de la siguiente forma:

Formato demandante	Formato demandado
1. La norma violada. El tema.	1. Poner un freno. Existe otra versión. El tema.
2. La historia sobre lo que el demandado hizo.	2. Personalizar al defendido.
3. A quién estamos demandando y por qué.	3. La historia sobre lo que el demandado hizo mal.
4. Socavar posibles defensas.	4. Subrayar las omisiones.
5. Consecuencias y daños.	5. Cambiar el foco: imposibilidad de decidir hasta que todos los hechos se presenten.
6. Qué se pretende obtener a partir de lo presentado.	

En el caso del demandante, se observa que parte del formato recomendado involucra adelantar posibles defensas. Esto en función a que siendo quien promueve la acción y solicita una decisión judicial en consecuencia, es importante desde el inicio del juicio responder a las posibles explicaciones o alternativas que presente el demandado; sin embargo, es necesario precisar que en términos de uso del tiempo, esta respuesta a las posibles defensas no puede ocupar la mayor parte del anuncio del caso. Debemos recordar que estamos ante el momento en que presentamos nuestra posición de una forma persuasiva. Responder a la posible posición de la contraparte es necesario, pero no debe ocupar un espacio demasiado importante del tiempo de la apertura.

El lenguaje que se utilice para la presentación debe ser claro y conciso. Pudiendo elegir entre dos palabras, debemos elegir la más llana y más cercana a la imagen que queremos presentar. Siempre debemos recordar que estamos intentando poner una imagen sobre cómo ocurrieron los hechos en la cabeza del juzgador; por ello la importancia de un lenguaje preciso.

La forma en que presentemos el caso, el uso de la voz, también es un elemento importante a considerar. No podemos hacer una presentación apurada, deben utilizarse pausas para marcar el paso de un tema a otro, cambios en el tono de la voz para llamar la atención y no generar una presentación monótona; la voz es un recurso que debemos entrenar y utilizar adecuadamente a nuestra presentación. Lo mismo con los gestos: si gesticulamos, nuestros gestos deben acompañar la presentación y no distraer al tribunal de lo importante: el caso que estamos anunciando. Los apoyos visuales para la presentación (esquemas, presentaciones, diagramas, imágenes, etc.) son muy recomendables para darle mayor precisión a lo que estamos diciendo. Adicionalmente, el uso de apoyos visuales permite que quienes nos escuchan retengan más información que si sólo hablamos sin ningún apoyo.

Finalmente, un apartado especial para el uso del tiempo en la presentación de los casos. Asumiendo que los seres humanos tenemos una capacidad limitada de atención y que suele consensuarse que no tenemos posibilidad real de prestar atención por más de 30 minutos, ese es un buen parámetro a la hora de

planificar nuestra apertura del caso. La apertura debe ser corta y efectiva. En el mismo sentido en que reducir la letra y ampliar los márgenes de una hoja cuando escribimos no hará que escribamos “menos” (a lo sumo habremos llenado más que lo aceptado como estándar el texto de una hoja), que hablemos a una velocidad casi incomprensible, sin hacer pausas ni tomar respiros no hará que nuestra apertura sea “corta”. Cuando decimos que la apertura debe ser limitada en el tiempo, nos referimos, entonces, a que parte de la preparación a la que hemos hecho referencia inicialmente debe centrarse en reformular el formato tantas veces como sea necesario para lograr una presentación que nos permita hablar en forma clara, pausada, utilizando los apoyos necesarios y contando una historia persuasiva con sentido jurídico relevante que predisponga al tribunal a mirar el juicio desde nuestra propuesta de teoría del caso.

Hay determinados aspectos que deben evitarse en una apertura, que permiten una optimización del tiempo:

- **La apertura no es una lección de derecho ni de cívica.** No podemos desaprovechar el tiempo que tenemos para presentar nuestro caso haciendo introducciones vinculadas con la Constitución, el debido proceso o las normas procesales específicas para el juicio. Ello porque los jueces conocen el derecho, lo que desconocen son los hechos de nuestro caso y en eso debemos concentrarnos.
- **Evite la jerga jurídica.** Salvo que la discusión que vaya a darse en el juicio sea estrictamente vinculada con cuestiones jurídicas (un caso excepcional, pero que puede presentarse) no malgaste el tiempo de su apertura haciendo explicaciones dogmáticas, doctrinarias o jurisprudenciales sobre la interpretación del derecho. Ello sólo le alejará de propósito de la apertura: presentar los hechos en forma persuasiva.
- **No argumente.** Hemos hecho la diferenciación entre un hecho y un argumento. Adicionalmente a las imposibilidades desde lo legal y lo estratégico de utilizar argumentos, hacerlo consume mucho más tiempo que presentar hechos. Por ello tampoco es recomendable desde la optimización del tiempo de la apertura.

- **No se comprometa de más.** Hemos referido que la presentación debe combinar los hechos con la prueba en sentido de anunciar con qué elemento probatorio se acreditará cada una de las afirmaciones que se realiza. Sin embargo, no es un momento para hablar de la credibilidad de la prueba que se presentará ni del contenido, por ejemplo, de los testimonios que se presentarán en el juicio. Hacerlo implica un compromiso incierto ya que más allá de que hayamos realizado una perfecta preparación del juicio, siempre puede pasarnos que un testigo no declare lo que esperábamos.
- **No se repita.** Piense siempre que “menos es más”. Es bastante fácil de constatar en los sistemas que tienen juicio oral, que los abogados que se extienden en la presentación de sus casos lo hacen porque vuelven a contar la misma historia dos o tres veces de formas diferentes. La preparación de la apertura, la propuesta de pensarla como un guion cinematográfico, se orienta a evitar la repetición. Dígalo una sola vez y dígalo bien. Será más fácil de retener para el tribunal, será más fácil de presentar para usted y será más eficiente para su caso. Piense siempre que el hecho de que los jueces lo estén mirando no quiere decir que le están prestando atención y si usted comienza a repetirse en los mismos dichos, probablemente el tribunal se disperse.

Una vez que ambas partes hayan hecho su apertura del caso, la siguiente fase del juicio será la producción de la prueba.

2. PRODUCCIÓN DE LA PRUEBA

Aspectos generales.

Al describir las características del juicio hemos establecido que **la concentración y la continuidad** son algunas de ellas. Esto quiere decir que una vez iniciado, el juicio avanzará en tantas audiencias continuas como sean necesarias para agotar todas las fases de su realización y arribar a una sentencia. Es necesario dejar claro este punto: no se pueden hacer juicios fraccionados; un juicio que empieza debe tener tantas audiencias continuas

como resulten necesarias para llegar a su finalización. Por ello, es sumamente importante que las partes anuncien el orden en que presentarán su prueba y el tiempo que estiman que durará la producción, para poder planificar cada jornada y no desperdiciar momentos entre audiencias.

Por ejemplo: hemos dicho que las aperturas del caso deberían ser relativamente breves tomando como parámetro que los seres humanos no logramos mantener la concentración en lo que escuchamos más allá de los treinta minutos. Podríamos pensar, en consecuencia, que la primera fase de un juicio (el anuncio de la información) durará entre la presentación de ambas partes un total de una hora como máximo. Si un tribunal tiene una jornada de trabajo de seis horas y se fija el juicio para iniciar un lunes a primera hora, digamos a las 8.00 AM, podremos pensar que entre los aspectos formales de presentación del tribunal, las partes, verificaciones legales y aperturas de los casos por parte del demandante y el demandado, a las 09.30 ya el tribunal estará en condiciones de comenzar a escuchar y ver la prueba propuesta por las partes.

Orden de presentación de la prueba

Siguiendo en la lógica de la concentración y la continuidad, previamente al inicio del juicio es importante que se determine el orden de la presentación de la prueba. Los códigos de procedimiento suelen regular en artículos separados los diversos tipos de prueba (testimonial, pericial, documental, material) pero esa regulación no refiere un orden de presentación de la misma sino que se vincula con las particularidades de cada tipo de prueba en cuanto a las reglas para su búsqueda e incorporación en el juicio.

Sí suele establecerse que en primer lugar debe presentarse toda la prueba del demandante (en función a ser quien impulsa la acción) y luego toda la prueba del demandado (en tanto es quien la repele). Pero esta regla también puede flexibilizarse si las partes acuerdan un orden diferente de presentación. Lo central en cuanto al orden es que las partes lo establezcan y que ese establecimiento se relacione con la teoría del caso que sostienen.

En el caso que hemos utilizado hasta ahora como ejemplo, si para el demandante es crucial que el tribunal vea de inicio el video con el registro de la esquina en que se produjo el choque, deberá traer entonces en primer lugar al experto que obtuvo ese video y que puede explicar por qué el semáforo funciona de la manera en que funciona, qué es lo que se ve en el video, etc. No tiene ningún sentido pasar el video al inicio sin un testigo que explique su importancia. Tampoco tiene sentido que el testigo declare “en abstracto” y el video sea presentado al finalizar la producción de prueba. Ambos elementos probatorios deben presentarse en simultáneo ya que uno (el testigo) explica al otro (el video). Ese tipo de cosas deben tener en mente las partes al momento de ordenar su prueba y anunciar su producción en el debate.

También es importante que tengan un estimado de la duración de cada testimonio, explicación documental, proyección de audio y/o video, etc., por una cuestión organizativa: no puede citarse a todos los testigos todos los días a primera hora. No sólo por organización sino también por respeto a las personas que deberán concurrir a declarar, es importante pensar en qué día y en qué horario aproximado serán escuchados por el tribunal. Es también tarea de las partes realizar esa estimación en forma previa al juicio, para que el apoyo administrativo de los tribunales que deba practicar las comunicaciones tenga una forma de citar a los testigos y a los peritos en forma eficiente, optimizando los tiempos del tribunal en el juicio y respetando los tiempos de las personas llamadas a declarar.

Colaboración administrativa y obligación de las partes con relación a la prueba

Otro aspecto importante en términos generales tiene que ver con las obligaciones de las partes y la necesaria colaboración administrativa desde los tribunales para que la prueba efectivamente se presente en el juicio. Cuando nos referimos a colaboración administrativa es necesario dejar claro (más allá que en la última parte del Manual haremos una referencia más concreta) a la posibilidad de los organismos de soporte administrativo de los tribunales (Oficinas Judiciales) de coordinar determinadas actividades de colaboración con las partes para que puedan acceder,

registrar y/o convocar su prueba a juicio. Esto no implica una actividad por parte de los jueces, cuya interacción con las partes estará limitada exclusivamente a la conducción de audiencias y toma de decisiones en consecuencia.

En primer término es importante recordar que por la estructura que hemos desarrollado para el proceso oral, el contenido de cada uno de los elementos probatorios admitidos para juicio (declaraciones de testigos, peritos y sus informes respectivos, documentos, objetos, registros en audio y/o video) ya es conocido y ha sido evaluado por las partes en forma previa al juicio. Es decir: una vez que se supera la audiencia preliminar y se fija la fecha de juicio, no hay que “salir a buscar la prueba” en sentido de obtener su contenido, sino que hay que coordinar su presencia específica en el juicio el día que ha sido fijado. Esto varía mucho la lógica actual de trabajo de los tribunales, donde el método de la escritura hace que la prueba vaya produciéndose casi “por goteo” a lo largo de toda la conformación del expediente y, en consecuencia, dificulta mucho el respeto de los principios de intermediación y concentración.

En el caso de testigos y peritos, siendo ambos prueba de parte (en el próximo apartado abordaremos este punto), lo más conveniente es que las propias partes se ocupen de notificarles cuándo deben presentarse a declarar a juicio. En aquellos casos en que los testigos sean reticentes o que por cuestiones formales se requiera, desde el apoyo administrativo de los tribunales (Oficinas Judiciales) se podrá colaborar emitiendo las notificaciones para presentarse a juicio, pero la regla general debería ser que las propias partes se ocupen de traer a los testigos y a los peritos a juicio. ¿Por qué? Porque nadie mejor que el interesado en que la prueba se presente en el juicio para ocuparse de su comparecencia. Sumado a lo que hemos dicho en el apartado anterior sobre los tiempos y el orden de presentación, las partes serán mucho más idóneas para comunicar a las personas la necesidad de su presencia en las audiencias.

Adicionalmente a las cuestiones formales de notificaciones que puedan ser necesarias, el apoyo administrativo también podrá activarse para coordinar formas de declaración a distancia (uso de

videoconferencia o sistemas virtuales similares) para aquellos testigos y/o peritos que siendo necesarios para el juicio no puedan hacerse presentes físicamente en la audiencia. Este será un tema que deberá advertirse por las partes en la audiencia preliminar, autorizarse en ese momento por los jueces y coordinarse logísticamente entre las partes y el soporte administrativo del tribunal.

En aquellos casos en que la prueba documental o material ofrecida deba hacerse llegar desde instituciones públicas, también es factible que sea el propio apoyo administrativo del tribunal el que deba realizar los oficios y comunicaciones para que dicha prueba esté presente el día de inicio del juicio. Pero siempre esto debe ser impulsado y coordinado por las partes interesadas, que son quienes saben en forma precisa qué tipo de prueba debe obtenerse para cada jornada de audiencia de juicio.

Los testigos

¿Quiénes son testigos?

Testigos son todas las personas que puedan brindar información directa sobre los hechos controvertidos en juicio. Información directa se refiere a la información que las personas hayan podido percibir sin intermediaciones a través de alguno de sus sentidos (lo que vieron, oyeron, etc.).

Dos aclaraciones resultan importantes para partir en el desarrollo vinculado con los testigos:

- Un sistema adversarial no admite “tachas” en los testigos.

No hay personas que tengan prohibición de declarar en un proceso adversarial. En principio, sólo estarán excluidos de declarar aquellas personas amparadas por el secreto profesional (en tanto no exista una orden judicial que levante ese secreto) y se establecerán facultades para determinadas personas de abstenerse de declarar (no puede obligarse a un cónyuge a declarar contra el otro, pero tampoco puede prohibírsele la declaración si desea hacerlo; lo mismo para parientes cercanos). No existen prohibiciones absolutas.

Como veremos más adelante en este punto, la evaluación de la credibilidad es un ejercicio que debe realizarse en el juicio mismo y no puede ser establecida “ex ante” a través de tachas o prohibiciones de declarar. Por ello la regla es que cualquier persona que sea propuesta y tenga información sobre el hecho controvertido puede ser admitida para declarar en el juicio (las cuestiones vinculadas a la pertinencia, que involucran muchísimas discusiones específicas que suelen derivar en el establecimiento de reglas probatorias específicas en la medida en que el sistema oral va desarrollándose y profundizándose, serán uno de los elementos centrales de la audiencia preliminar).

En ese contexto, aparece como una consecuencia lógica la asunción de que tanto el demandante como el demandado podrán ser propuestos como testigos para declarar en el juicio. En el mismo sentido en que se asume que son los principales interesados en el resultado del proceso, debe también asumirse que son quienes más información pueden proporcionar para evaluar la credibilidad de cada uno de los casos. Como veremos a lo largo de este capítulo, una persona que es ofrecida para declarar debe someterse a las reglas del examen y el contra examen. Ello implica que la declaración será confrontada por la contra parte, que existirá una posibilidad actual e inminente de medir cuáles de los aspectos que se afirman son ciertos, cuáles no, y de testear la calidad de la información que se incorpora. Por ello, no vemos ninguna razón para que demandante y demandado deban ser excluidos como testigos en un juicio. Por supuesto que ello no quiere decir que deben ser obligados a declarar, pero sí que en aquellos casos en que sean propuestos, deben ser admitidos y escuchados bajo las mismas reglas que el resto de los testigos.

- En un sistema adversarial los testigos son “de parte”.

Ello quiere decir que los testigos no son neutrales. La precisión de ese concepto es importante: no quiere decir que los testigos estén comprometidos con mentir en favor de una de las partes. No. Quiere decir que los testigos siempre declaran desde un lugar determinado. Y defienden su versión. Si una persona presencié el choque que venimos tomando como ejemplo y cree

que el auto pasó el semáforo en rojo, conozca o no al demandado y/o al demandante, declarará que el auto pasó el semáforo en rojo. Esa versión le convendrá al demandante ya que apoya su teoría del caso. En consecuencia será propuesto por el demandante y declarará como testigo del demandante. No tiene un compromiso con el demandante en sentido de “querer que gane el caso”. Pero su declaración “el auto pasó el semáforo en rojo” es una declaración que conviene a la versión del demandante. Si concurre a declarar al juicio y pretenden poner en duda su capacidad de percepción, su observación, la posibilidad real que tenía de ver, ese testigo defenderá la versión “el auto pasó el semáforo en rojo” no porque quiera beneficiar al demandante, sino porque está convencido de que eso fue lo que vio.

En ese sentido es que los testigos no son neutrales: se convencen de que vieron, oyeron, percibieron algo. Algunas veces ese “algo” se vincula con un proceso judicial y favorece a una u otra parte. Y en ese contexto es que son propuestos por la parte que considera que su testimonio le sirve a la teoría del caso que impulsan.

¿Cómo se trabaja con los testigos?

Para el litigante, hay tres momentos de trabajo con los testigos: la búsqueda y conocimiento de sus versiones, la preparación previa de aquellos testigos que sean útiles a la teoría del caso y la declaración en el juicio.

La búsqueda

Una vez que un caso llega a conocimiento del litigante y que se ve como un caso judicializable, una de las tareas que deberá desarrollar es la búsqueda de prueba. Más allá de la versión del cliente, deberá entrevistar a las diversas personas que tengan algún dato o información que pueda resultar relevante para el caso y realizar un primer despeje: la información útil de aquella que no lo es. Sobre la base de la detección de la información útil, definirá cuáles son las personas que debe procurar como testigos en caso de judicializar un caso.

Probablemente esta sea una tarea que el litigante realice en forma previa a discutir la admisibilidad judicial del caso, ya que en ese momento deberá contar con algún soporte probatorio para sostener el caso.

En definitiva, al tener más o menos definido un primer relato del hecho, el litigante debe realizar una lista de personas vinculadas con el relato, analizar su posibilidad real de declaración, hacer entrevistas, cotejar versiones, evaluar credibilidad de las personas y determinar una lista inicial de testigos con la que trabajará más en profundidad si el caso se judicializa.

La preparación

Un segundo momento de trabajo con las personas se dará una vez que el caso ha sido declarado admisible. Aquí ya el trabajo con los testigos adquiere un nivel de formalidad mayor en función a que las declaraciones que se obtengan de los testigos deben ser puestas en conocimiento de la contraparte (ya que la información que se recupere sobre el caso determinará la posición de cada una de las partes a la hora de negociar alguna alternativa al juicio).

En ese sentido, dependerá de la legislación procesal cómo se configure este momento de preparación. Aquí enunciamos sólo algunas variantes posibles:

- Registro formal de la entrevista con los testigos en forma privada. Una posibilidad es que la parte que entreviste a un testigo realice un registro fidedigno (en lo posible un registro audiovisual) que luego sea puesto en conocimiento de la contraparte a los efectos de que pueda tener un control sobre la puerta.
- Citación a la contraparte para la entrevista con los testigos en forma privada. Otra posibilidad (que puede sumarse a la anterior) es citar conjuntamente a los testigos y realizar una especie de “examen y contraexamen” previo al juicio. En esta posibilidad, el testigo es citado al lugar que una de las partes indican pero es interrogado por ambas: por la demandante y la demandada, en un ejercicio previo al

juicio de control de información que les permite medir el grado de información que cada testigo podrá proporcionar en el juicio y la fiabilidad de la misma.

- Intervención de las Oficinas Judiciales en la toma de declaración. La intervención de las Oficinas Judiciales formalmente en la toma de declaraciones puede darse a la vez bajo diversas modalidades:
 - i. Participación en cualquiera de las dos posibilidades relatadas anteriormente realizando, por ejemplo, el registro y formalizándolo como declaración previa oficial para el caso.
 - ii. Realizando la audiencia de declaración en los tribunales y tomando bajo su cargo la notificación al testigo y a las partes para la realización de la declaración.

De estas posibilidades de formato, consideramos a la opción segunda como la más eficiente; quizá con alguna participación de las Oficinas Judiciales a nivel de registro, para dotar de formalidad mayor al acto. Creemos que es la más eficiente porque es la que deja en cabeza de los verdaderos interesados (las partes) la preparación específica del litigio. Tradicionalmente los procesos civiles operan a través de un formato similar al descrito en la tercera variante: con los tribunales ocupándose de la citación a los testigos, la realización de la audiencia e incluso la producción de las preguntas. ¿Cuál es el problema de este formato? Que las partes tienden a desentenderse de la prueba, como si no fuese un problema de su preparación. Incluso existen sistemas procesales en que las partes no asisten a las audiencias de declaraciones de los testigos; o que asisten pero desconociendo por completo el caso y los objetivos específicos de citar a esa persona a una declaración (en general asiste a la audiencia de declaración algún asistente de segunda línea del estudio jurídico, sin ninguna familiaridad con el caso).

Regulando como posibilidad de preparación la descrita en el punto segundo, las partes saben que una vez judicializado su caso es su responsabilidad específica hacerse con las declaraciones de los testigos que eventualmente propondrán para brindar información en el juicio. De ellas dependerá entonces conocer el

contenido de las declaraciones específicas, medir la credibilidad de los testigos propios y asistir a las declaraciones de los testigos de la contraria para conocer la información de la contraparte y evaluar sus posibilidades en juicio.

Sostenemos que este es un momento más formal en el trabajo con los testigos porque resulta prioritario que la contraparte pueda acceder a la información de los testigos propios, a los efectos de poder ejercer el control de la información que implica el principio de contradicción. En ese sentido, el registro de las declaraciones es central en este momento.

Una vez que se hayan tomado todas las declaraciones de testigos que se consideren necesarias de acuerdo al relevamiento previo realizado sobre personas que tienen información útil para el caso, el litigante deberá decidir a quiénes propondrá efectivamente para declarar en el juicio en función de los hechos controvertidos que haya identificado.

Todo el trabajo que venimos describiendo es de suma importancia para determinar a los testigos que se ofrecen para el juicio ya que para tomar esa decisión deberán considerarse aspectos como:

- La calidad de información que pueden brindar sobre los hechos controvertidos.
- La capacidad para transmitir información (¿tienen facilidad para hablar? ¿Usan algún tipo de jerga? ¿Tienen dificultades para comprender lo que se les pregunta? ¿Se ponen nerviosos? ¿Hablan de más? ¿Hablan de menos? Etc.).
- La credibilidad de los testigos a nivel personal (¿tienen algún interés en el caso? ¿conocen a alguna de las partes? ¿tienen algún tipo de antecedente que pueda llevar a pensar que su versión no es real?).
- La credibilidad de las versiones que los testigos dan (¿las condiciones de las personas - capacidad visual, auditiva, etc.- hacen factible que tengan la información que enuncian? Las condiciones físicas en que se dieron los sucesos que relatan, ¿permitían a las personas acceder a la información?).

Podrá deducirse que seleccionar los testigos que se ofrecerán para el juicio no es una tarea que pueda delegarse o dejarse librada al azar. Para tener éxito en un juicio, es necesario seleccionar a los mejores elementos de prueba. Y para ello, es esencial conocer el contenido de la prueba.

Por ello, más allá de que en este período de preparación se hayan entrevistado cientos de personas, no puede optarse por ofrecerlas a todas al juicio sin realizar una evaluación de los parámetros recién enunciados. Por supuesto que puede darse una situación en que todas las declaraciones sean necesarias (es difícil pensar en un caso que requiera tanta cantidad de prueba). Pero en términos generales, el trabajo del litigante será “de más a menos”: iniciará con una cantidad importante de testimonios y terminará en la audiencia preliminar presentando un ofrecimiento de prueba bastante más reducido que su panorama inicial.

Como puede observarse, esta fase de preparación no tiene absolutamente nada que ver con “entrenar” a los testigos para que vayan al juicio a recitar una versión enseñada por el litigante de los hechos. Nada menos efectivo que esa opción en un sistema que admita realmente la controversia y que cuente con litigantes que la ejerzan. La preparación se vincula a la selección de la mejor prueba posible de toda la disponible para acreditar nuestra versión de los hechos.

¿Y los testigos descartados? Para tener un control sobre ese punto es que ésta es una fase más formal en la que la contraparte tiene acceso a la información de todos los testigos que se entrevistan. Porque al momento de ofrecimiento de la prueba en la audiencia preliminar, si considera que no se están ofreciendo testigos originalmente entrevistados que podrían favorecerle a ella, podrá ofrecerlos como propios al haber tenido acceso a la información que poseen.

La declaración en juicio

El tercer momento es, por supuesto, el más importante para el caso ya que es el momento en el que el testigo presenta su versión frente al juez que decidirá el caso. Aquí la tarea central

del litigante será conducir la declaración del testigo para que presente la información relevante para el caso.

¿Cómo se produce la información en juicio?

Una aclaración importante con relación a la declaración de los testigos en juicio es que **la parte que propone al testigo es quien realiza las preguntas**. Debemos recordar que uno de los principios que rige el juicio oral es el de imparcialidad en la decisión judicial. Por ello, quienes están obligados a producir y controlar la información son las partes. Una vez llamado al juicio, el testigo deberá ser interrogado por la parte que lo propuso. Es tarea de la parte producir la información que considere relevante para su caso. Así como será tarea de la contraparte controlar esa información (como veremos más adelante). Los jueces no pueden hacer preguntas a los testigos, ya que su labor es tomar la decisión del caso sobre la base de la información que produzcan y controlen las partes. Eventualmente las legislaciones procesales suelen establecer que los jueces pueden formular “preguntas aclaratorias”, pero la práctica de los sistemas adversariales prácticamente no hace uso de esa posibilidad cuando existe. Esto se explica desde la teoría del caso: en tanto la demandante y la demandada concurren al juicio con una teoría del caso propia, los jueces que decidirán el caso no tienen (no pueden tener) una teoría del caso; empezar a preguntar a los testigos sin la intervención de las partes implica el riesgo de parcializarse hacia uno u otro lado y por ello es que no se permite.

Dejando claro que la parte que propuso al testigo es quien lo examina (o interroga)¹¹, debemos ahora establecer los ámbitos de la declaración. Podemos diferenciar dos grandes ámbitos de declaración de los testigos:

¹¹ Se utiliza la expresión “examen” en lugar de “interrogatorio” en función a que el interrogatorio sólo implica las preguntas, las respuestas y su contenido. La palabra “examen” refiere a la evaluación integral del testigo: no sólo el contenido de sus respuestas sino también la forma en que produjo las mismas, cuán nervioso o tranquilo estaba, cómo fueron formuladas las preguntas por el litigante, si fue inducido o no, etc. La palabra “examen” de testigos, entonces, abarca una valoración de las personas que concurren a declarar al juicio mayor.

- ¿Quién es la persona?
- ¿Qué información posee?

En el primer ámbito el litigante deberá ocuparse de generar información que le muestre al tribunal quién es el testigo que está declarando. No se trata de preguntarle las “generales de la ley” sino de introducir información que luego le permita al litigante (en su alegato de clausura) valorar el testimonio estableciendo que el testigo no tiene razones para mentir. En general este primer ámbito de preguntas estarán orientadas a que los testigos describan quiénes son, a qué se dedican, cuál es su composición familiar, cómo se vincularon con el caso, por qué tienen información sobre el caso, cuáles son sus vínculos (si los tienen) con las personas involucradas en el caso, preguntas vinculadas directamente a generar credibilidad en sentido de “esta persona no tiene razones reales para mentir en este juicio”.

El segundo ámbito de información será el más extenso y rico con relación a la teoría del caso, ya que de lo que se trata es que el testigo proporcione en la audiencia de juicio toda la información que posee vinculada al caso. Aquí es donde vuelve a cobrar relevancia la precisión con la que los litigantes hayan elaborado su teoría del caso, ya que será la herramienta guía para determinar los aspectos que el testigo debe introducir en el juicio a través de su declaración. Cuando nos referimos a la presentación del caso insistimos mucho en la importancia de generar una historia persuasiva, que vaya más allá de los titulares y brinde detalles. Bien: son los testigos quienes deben acreditar cada uno de los detalles referidos al caso. Por ello es importante generar declaraciones en las que las personas se refieran a los aspectos relevantes del caso y profundizar el conocimiento de los testigos en esos aspectos hasta acabar el punto. Desagregar los hechos en tantas afirmaciones como información posea el testigo.

¿Cómo hacerlo? La herramienta central de los litigantes en el examen de testigos son las preguntas.

Preguntas abiertas. Son aquellas que invitan al testigo a expresarse ampliamente. ¿Qué? ¿Quién? ¿Cuándo? ¿Cómo? ¿Dónde?

¿Por qué? ¿Para qué? Son los inicios más frecuentes de preguntas abiertas. Como puede observarse, cuando se formula una pregunta en ese formato al testigo la invitación es a que desarrolle ampliamente alguna porción de información. Son las preguntas más frecuentes en un examen directo. La ventaja de su uso se encuentra en la posibilidad que brinda de generar credibilidad en el testigo (un testigo que desarrolla información sin que el abogado deba “sacársela” con preguntas sugestivas aparece más creíble que un testigo que responde con monosílabos). La desventaja es que puede generar en el litigante una pérdida de control sobre la información que el testigo proporciona, cuando se trata de una persona que habla mucho o que tiende a irse por las ramas en el relato; esto dificulta luego retomar las líneas importantes de información que se buscan producir con el testigo.

El desafío para el litigante ante un testigo que responde preguntas abiertas es ejercer una escucha muy atenta, ya que suelen incorporarse cantidades grandes de información y el litigante tiene que prestar atención a dos aspectos fundamentales: no volver a preguntar lo que ya ha sido respondido (ya que eso genera molestias en los testigos, que pueden pensar que no se los escucha) y retomar aquellos aspectos que hayan sido introducidos pero que deban profundizarse desagregando con más preguntas aspectos específicos (ir de lo general a lo particular con determinados aspectos de la información).

Preguntas cerradas. Las preguntas cerradas son aquellas que permiten focalizar la información. Suelen ser confundidas con las preguntas sugestivas, ya que ambas admiten respuestas muy cortas. Sin embargo, a diferencia de las preguntas sugestivas que admiten sólo respuestas por sí o por no, las preguntas cerradas abren un abanico de respuestas, pero lo delimitan a un tema concreto. Por ejemplo, una pregunta sugestiva sería “¿el auto que cruzó el semáforo en rojo era un Ford Fiesta?”. La versión cerrada de esa pregunta sería “¿qué marca era el auto¹²?” En el

¹² Para formular la pregunta completa “¿qué marca era el auto que cruzó el semáforo en rojo?” el testigo previamente debería haber mencionado que un auto cruzó el semáforo en rojo, si no esa pregunta se transformaría en capciosa al incorporar información relevante para el caso (“cruzó el semáfo-

ejemplo mismo puede verse la utilidad de las preguntas cerradas. Difícilmente el testigo que describa cómo fue la situación del accidente dé detalles tan específicos del auto como la marca, el color, el modelo, la patente, la cantidad de ocupantes que iban en su interior, etc. Puede que diga “Un Ford Fiesta cruzó en rojo” como parte de su relato. Pero sería muy poco creíble que un testigo al que se le consulte “¿cómo fue el accidente?” responda en forma inmediata y de corrido “un automóvil color rojo, marca Ford Fiesta, patente ABC123, de un modelo relativamente nuevo, con dos ocupantes en su interior, cruzó el semáforo en rojo y embistió a otro automóvil de color negro, marca...” etc. Si el testigo respondiera así sería bastante poco creíble porque en nuestras conversaciones habituales no damos ese nivel de detalle a una pregunta abierta.

Por ello, la ventaja de la pregunta cerrada es que permite al litigante tomar las piezas de información que el testigo ha referido en su respuesta abierta y profundizar en aquellos aspectos que son de especial interés o relevancia para el caso. Desde el color y/o marca del auto, hasta la distancia a la que se encontraba, el horario, el clima, las condiciones de visibilidad, etc. etc. etc. Volvemos a lo que hemos dicho: la declaración del testigo no puede quedarse sólo en el titular “un auto cruzó en rojo y chocó a otro” sino que debe desagregarse en todos los detalles que permitan darle solidez a nuestro caso. La desventaja de las preguntas cerradas está en que si un examen de testigos se construye con demasiadas preguntas de este tipo puede aparentar una suerte de inducción al testigo y eso puede repercutir en los jueces a la hora de valorar la credibilidad.

Vemos entonces que la habilidad del litigante estará dada en producir la información a través del testigo generando una combinación equilibrada de preguntas abiertas y preguntas cerradas, que permitan demostrar que el testigo no está siendo guiado pero a la vez profundicen la información de los aspectos relevantes para el juicio.

ro en rojo”) que no ha sido producida con anterioridad en el testimonio de una forma tal que conteste lo que conteste el testigo asumirá que se cruzó el semáforo en rojo (porque la pregunta que responderá es la marca del auto).

Una tercera categoría de preguntas a la que suele hacerse referencia es **la pregunta introductoria o de transición**. Más que de una pregunta se trata de una herramienta de trabajo del litigante para el examen del testigo. ¿En qué consiste? Es la técnica que permite al litigante sitiar al testigo en el tema específico sobre el que se espera información. Por ejemplo: le hemos preguntado al testigo todas aquellas cosas referidas a su persona y su situación de vida. A continuación le decimos “Muchas gracias Sr. X, vamos a pasar ahora al día del accidente...” No estamos haciendo una pregunta, le estamos comunicando al testigo que ya no queremos información sobre su vida sino que le vamos a comenzar a preguntar cosas sobre el hecho en concreto por el que lo citamos. Otro ejemplo, el testigo ha dicho:

“venía de hacer las compras cuando vi que un auto cruzó en rojo el semáforo y se llevó puesto a un auto que venía por su mano. El ruido fue tremendo, yo estaba a media cuadra más o menos pero vi todo claro porque iba caminando en el sentido del auto que pasó en rojo. Quedaron destrozados los dos autos...”.

A partir de esa afirmación nosotros precisamos retomar algunos aspectos y recuperar información. Entonces le decimos “Sr. X, usted nos dijo que un auto pasó en rojo, ¿recuerda la marca del auto?” La primera parte de la pregunta es en realidad una introducción: le estamos marcando al testigo que queremos concentrarnos en el auto que pasó en rojo. Esta herramienta tiene varias utilidades importantes: situar al testigo en el momento concreto de información que queremos obtener, repetirle al tribunal información que consideramos importante para que tenga en consideración (sólo podremos utilizar información que ya ha sido introducida por los testigos; al repetirla le marcamos al tribunal la importancia de la misma) y mantener el control de los testigos con relación a la información que nos interesa. Por ello el uso de esta herramienta de introducción o transición también es relevante para orientar a los testigos en su declaración.

Otro tema importante con relación al examen de los testigos es que la información que el litigante obtenga debe tener un orden cronológico. Cuando hablamos de la presentación del caso nos referimos a este punto: el caso debe presentarse como un guion

cinematográfico, con un orden que le permita al juez visualizarlo y situarse en la controversia que le presentamos. Con la declaración de los testigos sucede lo mismo: las preguntas deben formularse con un orden que le permita al juez ver los objetivos de la declaración, que presente la información en forma ordenada, con una cronología. En ciertas ocasiones los testigos concurren a declarar sobre numerosos temas y pueden pasar un buen tiempo en la audiencia relatando el conocimiento que tienen sobre el hecho; si la información se presenta desordenada, la labor del juez a la hora de valorar el testimonio será mucho más dificultosa que si la información se presenta en orden.

Los peritos

¿Quiénes son peritos?

Al igual que los testigos, los peritos son personas que concurren al juicio a aportar información referente a los hechos controvertidos. La diferencia está en que los peritos son “testigos expertos” que concurren a declarar en función a un conocimiento específico que les permite aportar al caso conclusiones a las que una persona sin su conocimiento no podría arribar por su cuenta. Son profesionales o técnicos expertos en determinadas áreas (médicos, físicos, contadores, mecánicos, etc.) que no declaran sobre lo que percibieron a través de sus sentidos, sino que explican cómo aplicaron determinados procedimientos propios de su experticia y arribaron a conclusiones específicas que sirven para apoyar la versión de una u otra parte.

Los peritos, al igual que los testigos, no son neutrales. Están sometidos a las reglas propias de su ciencia, arte u oficio y en función a ello no pueden sacar una conclusión alejada de dichas reglas para apoyar una determinada versión de los hechos. Pero la conclusión a la que arriben, en todos los casos, apoyará a una de las partes en el litigio. Si al analizar el semáforo un experto en el área determinara que sus circuitos no estaban funcionando correctamente y que por ello podría haber pasado con un porcentaje de probabilidad bastante alto que el semáforo estuviera cambiando en forma permanente de rojo a verde, esa conclusión

apoyaría a la posición de la defensa en el caso que venimos usando como ejemplo: el demandado no podría haber detenido la marcha porque no tuvo oportunidad de ver la luz roja en función al mal funcionamiento del semáforo. Si por el contrario el experto concluyera que todos los circuitos del semáforo funcionaban en forma adecuada y la programación establecía que en el horario en que se produjo el choque el semáforo estaba en rojo, esa conclusión apoyaría a la demandante. La neutralidad del perito está dada por los procedimientos que debe seguir (que suelen estar estandarizados y deben ser aceptados por todos los expertos que realicen ese mismo tipo de estudios) para llegar a una conclusión. Ahora: la conclusión no es neutral. Apoya a una parte o apoya a la otra. Y en función de qué parte se ve beneficiada en su posición con la conclusión se verá quién ofrece al perito para declarar en juicio.

No podría darse el caso, siguiendo el mismo ejemplo, en que el mismo perito concluyera que es igualmente probable que:

- Los circuitos del semáforo no estaban funcionando correctamente y que por ello podría haber pasado con un porcentaje de probabilidad bastante alto que el semáforo estuviera cambiando en forma permanente de rojo a verde. Y además,
- Todos los circuitos del semáforo funcionaban en forma adecuada y la programación establecía que en el horario en que se produjo el choque el semáforo estaba en rojo.

Al ser contradictorias las conclusiones, no podrían ser sacadas por el mismo experto con pretensión de generar credibilidad en el tribunal.

Eventualmente podría darse la situación (previo al juicio probablemente, en la audiencia preliminar) en que la demandante ofreciera a un experto para declarar en el juicio la conclusión *“Todos los circuitos del semáforo funcionaban en forma adecuada y la programación establecía que en el horario en que se produjo el choque el semáforo estaba en rojo.”*. Y por su parte la demandada ofreciera a otro experto para declarar en el juicio la conclusión *“Los circuitos del semáforo no estaban funcionando*

correctamente y que por ello podría haber pasado con un porcentaje de probabilidad bastante alto que el semáforo estuviera cambiando en forma permanente de rojo a verde”.

En el último caso se abre un debate interesante en términos de admisibilidad probatoria: ¿cuán fiable es la declaración de dos expertos que sacan conclusiones completamente opuestas sobre la base del mismo análisis (el funcionamiento de los circuitos del semáforo)? Existen dos posibilidades de resolver ese tema:

- En la audiencia preliminar, el juez deberá ser mucho más estricto en el análisis de admisibilidad de la prueba pericial, concentrándose en la experticia (cuánto sabe del tema la persona ofrecida) y la fiabilidad de los procedimientos utilizados (qué tan aceptadas son las técnicas que ha empleado para llegar a la conclusión que propone). Esto puede llevar a que la audiencia preliminar, con relación al tema pericial, presente un nivel de controversia mucho mayor que incluso en algunos casos puede significar llamar a los peritos propuestos a declarar para valorar la viabilidad o no de sus testimonios en juicio. Si el juez en la audiencia preliminar concluyera que ambas conclusiones son sostenibles, una opción posible (la más acertada, creemos) sería no admitir a ninguno de los dos expertos en juicio. Recordemos que a diferencia de los testigos, los peritos concurren a juicio a concluir sobre temáticas en las que los jueces son “legos”, con el objetivo final de producir información de mayor calidad a la hora de la sentencia; llevar dos conclusiones opuestas igualmente sostenibles a un juicio, no sólo no se condice con el objetivo de llevar a un perito a un juicio sino que genera el riesgo de mayor confusión en quien debe tomar la decisión definitiva.
- Habiendo sido aceptados en la audiencia preliminar, las partes en juicio deberán producir información no sólo sobre las conclusiones sino también sobre la fiabilidad profesional de la persona que han llevado a declarar y los procedimientos que ha realizado. Es decir: no sólo se trata de que el perito declare qué concluyó sino también

cómo llegó a esa conclusión y cuál es su experticia personal para poder ejecutar determinados procedimientos de análisis. La valoración sobre la credibilidad del testimonio de los peritos debe ser sumamente cuidadosa en cuanto a esos tres ámbitos.

Puede observarse que en este caso puntual de declaraciones, es crucial para las partes un trabajo previo intenso y preciso, ya que lo que no puede sucederle a un litigante bajo ningún concepto es ofrecer a un perito para declarar en juicio y enterarse recién en ese momento que sus conclusiones (las del perito) no son adecuadas a la teoría del caso que ha presentado. A eso nos referiremos en el punto siguiente.

¿Cómo se trabaja con los peritos?

La búsqueda

A diferencia de lo que sucede con los testigos, en el caso de los peritos lo que primero debe identificar el litigante es que hay una determinada área importante (o varias dependerá del caso) en el que precisa adentrarse en la información y obtener asistencia de un experto. El técnico que sabe cómo funcionan los circuitos en el caso del choque; el contador que puede mostrarnos cómo se construyen los balances y se esconden o dibujan determinadas situaciones financieras en un caso que involucre temas económicos; el psicólogo o psiquiatra que explica cómo funciona una determinada persona a partir de determinados estímulos; el mecánico que explica cómo funciona un determinado automóvil y la velocidad máxima que puede alcanzar en determinado tiempo, etc.

Es **central** que el litigante identifique cuáles son las áreas de su caso en las que el conocimiento experto contribuiría a dar “más luz” a sus afirmaciones y que en función a ello establezca la necesidad de un perito.

Con relación a la persona concreta que realizará la pericia, existen diversos sistemas de asignación de peritos que van desde la libre búsqueda por parte de los litigantes (sistema con el que

tendemos a estar más de acuerdo), hasta los sistemas de peritos asignados por los tribunales a partir de determinadas listas que se actualizan todos los años: quienes están en la lista pueden oficiar como peritos y una vez que se solicita el trabajo de un experto en un área determinada, se asigna de esa lista con algún método específico de reparto del trabajo pericial. Entre una y otra posibilidad pueden darse variantes de lo más diversas. Decimos que tendemos a ver como más favorable un sistema de libre búsqueda por dos razones:

- Los sistemas de listas fijas suelen reemplazar la construcción específica de credibilidad sobre el profesionalismo que debe exigirse al perito con la sola mención de “es un perito de la lista”. La lista opera como una herramienta mágica que garantiza la experticia de la actuación del perito y hasta parece de mala educación cuestionar la experticia. Eso reduce muchísimo las posibilidades reales de litigación y, lo que es más grave, suele llevar la vara de exigencia hacia abajo, ya que las listas no siempre están conformadas por lo mejor y de mayor calidad en las áreas del conocimiento.¹³
- La existencia de las listas tiende a generar la creencia de que en todos los casos se requieren pericias. Los litigantes solicitan peritos sin hacer una evaluación previa de necesidad real. Los peritos se ven sobrecargados de trabajo. Conclusión: las pericias se convierten en informes de “corta y pega” donde no hay una verdadera relación con el caso sino que se vierten opiniones estandarizadas y generalizadas para determinados ámbitos usuales en el litigio (accidentes de tránsito y daño físico sufrido, por ejemplo).

Además de la selección, también se vincula con el trabajo del perito el procedimiento que deben seguir los litigantes para obtener

¹³ Muchos profesionales se inscriben como peritos para comenzar a generar práctica, con lo cual no suelen ser los profesionales más experimentados en sus áreas. Las cuestiones administrativas con los pagos y las tarifas suelen desalentar a que los profesionales de mayor renombre integren esas listas, lo que determina que quienes deben regirse por ese sistema no tengan acceso a lo mejor del circuito profesional.

un informe pericial. Y nuevamente aquí tenemos diversos sistemas: desde un sistema de trabajo informal entre el perito y el litigante que precisa la pericia en un extremo, hasta un sistema formal en el que el perito trabajará para ambos litigantes en una especie de informe conjunto a partir de una serie de propuestas de “puntos de pericia” que cada uno presentará para que un juez termine resolviendo la solicitud final de informe pericial. No acordamos con este último sistema de ejecución de la pericia y consideramos importante explicar con algún detalle las razones de nuestro desacuerdo.

Para ello, retomamos la idea inicial: el perito es una persona que se pronuncia sobre aspectos vinculados al caso a los que nosotros no podríamos llegar (cuestiones que no podríamos conocer) por una limitación en nuestro propio conocimiento. En ese sentido, se establece una serie de estándares de exigencia específicos que garanticen que quien nos brinde información sobre temas desconocidos para nosotros, no falte a la verdad:

- La persona que desarrolle la pericia debe tener conocimiento específico en el área de trabajo.
- Debe tener posibilidad de acreditar ese conocimiento (estudios formales o informales, experiencia laboral, pericias anteriores).
- Debe existir un procedimiento estandarizado, aceptado en términos generales y pacíficos por esa área del conocimiento, para realizar el análisis que se pretende.
- Las conclusiones a las que arribe deben obtenerse a partir de la aplicación de esos procedimientos estandarizados.

A través de esos parámetros (que pueden desagregarse en varios más en la medida en que los sistemas van desarrollándose) los sistemas judiciales generan resguardos para que el conocimiento pericial, que es un terreno sinuoso para los jueces y sus sentencias por las razones que venimos desarrollando (básicamente: deben creer en las conclusiones de los peritos y en su veracidad) no genere decisiones erróneas. En ese contexto, consideramos que es válido concluir que si el conocimiento pericial,

sus procedimientos y metodologías se alejan del conocimiento judicial, resulta por lo menos dudoso que un juez, a priori, pueda establecer los “puntos” sobre los que el perito debe pronunciarse. Tan dudoso como que un abogado pueda buscar al experto en el funcionamiento de los circuitos del semáforo y decirle “necesito que concluyas que el semáforo estaba en rojo”.

La relación que este tipo de prueba impone entre litigantes y expertos es bastante diferente a la que acostumbramos observar y generar. El litigante necesariamente debe comunicarle al perito cuál es su caso y qué pretende probar en el juicio. No para que el perito saque la conclusión que el litigante requiere (para ello existen las cuestiones de idoneidad, experticia y fidelidad con los procedimientos) sino para que pueda decirle a priori si su trabajo puede servirle o no. Pero ante el técnico de los semáforos, consideramos que sería relevante un diálogo con el litigante en el siguiente sentido:

Litigante: *Vengo a verlo porque tengo un caso en el que estoy representando a una persona que tuvo un choque en la intersección de las calles A y B. Tuvo lesiones y su auto quedó destrozado. Nosotros sostenemos que fue porque el otro conductor cruzó cuando la luz del semáforo estaba en rojo y queremos saber si existe alguna forma de determinar desde el análisis del semáforo que esto fue así.*

Posible perito: *Existe un sistema instalado que es común a todos los semáforos de la ciudad, con determinados circuitos que se activan para cambiar de una luz a otra. Nosotros podemos ver los circuitos de ese semáforo particular, podemos ver si funcionaban adecuadamente, podemos ver si estaban con el mantenimiento al día (tienen que tener mantenimiento cada tres meses y eso debe acreditarse a través de un procedimiento específico). Pero el sistema que se utiliza no permite determinar cuál era la posición del semáforo en un determinado momento del día. Eso podría determinarse en otras ciudades que tienen un sistema más avanzado, pero el nuestro no permite decir que a una hora x, la luz estaba en rojo. El resto de la información sobre funcionamiento y mantenimiento sí podemos dársela con un estudio bastante sencillo y de bajo costo.*

Ya con esta información el litigante debe tomar una decisión: si está convencido de que lo único que le sirve es que alguien vaya al juicio a explicar técnicamente por qué en ese momento preciso el semáforo estaba en rojo, no tiene posibilidad de llegar a esa conclusión con el técnico en cuestión. Y por la información que le da sobre el sistema instalado, nadie podría brindarle esa información. Ahora: si quiere hacer una indagación sobre el funcionamiento y construir una presunción a partir de que estaba en regla, con el mantenimiento al día y los circuitos funcionando (para prevenir la posible posición de la contraparte de “el semáforo quizá funcionaba mal”) quizá este estudio le sirva. Pero con relación a su pretensión de partida ya tiene claro, aún sin haber avanzado en la pericia en sí misma, que no tendrá esa información.

En definitiva, antes de pedir una pericia el litigante debe saber que es posible concluir algo útil para el caso en el sentido en que lo pretende. Y eso sólo puede saberse si hay una relación previa con el experto en el área, que pueda explicar qué es lo que puede hacer, cómo lo puede hacer y qué información puede obtener a partir de su estudio. El proceso inverso de presentarse y pedir que el perito “se expida” sobre muchos temas inciertos, es poco efectivo y poco fiable. En definitiva tendremos pericias donde gran parte del informe pericial se dedicará a explicar cuando ya es tarde por qué no se pueden hacer determinadas cosas o por qué no se pueden pronunciar sobre determinadas áreas.

Por ello establecer sistemas informales, donde los litigantes se comuniquen previamente con los peritos, les expliquen qué pretenden y constaten si es viable o no una pericia en el área, son mucho más efectivos apuntando a la obtención de información de calidad. Para controlar que los litigantes no han generado acuerdos de mala fe con los peritos siempre estarán las audiencias de admisibilidad y, sobre todas las cosas, el ejercicio del contradictorio por parte de la parte contraria.

En resumen, en el caso de los peritos parte de la búsqueda del perito implica una serie de preguntas anteriores. Esquemáticamente:

- ¿Tiene mi caso necesidad de ir más allá del conocimiento cotidiano y buscar la opinión de un experto?
- ¿En qué tema o temas concretos necesito la opinión de un experto?
- ¿Qué tipo de experto necesito? (un profesional, alguien con experiencia práctica, alguien con algún conocimiento no formal específico).
- ¿Puedo determinar libremente al experto o debo solicitarlo ante el tribunal?
- Ya en contacto con el experto: ¿qué aspectos de mi caso necesito que evalúe y cuáles son mis hipótesis de trabajo?
- ¿El experto puede trabajar en las áreas que le solicito? ¿Existe el método o los procedimientos para trabajar conclusiones vinculadas en todo o en parte a mi caso?
- ¿Es conveniente, a partir de lo que el experto me ha informado, avanzar en la realización de una pericia?

Recién despejados todos estos interrogantes, el litigante estará en condiciones de afirmar que necesita una pericia para presentar el testimonio en el juicio.

La preparación

Con relación a la preparación, en mucho aplica lo que hemos repasado con relación a los testigos. El tipo de información que brindará un perito genera ciertas particularidades, que desarrollaremos a continuación.

La declaración previa del perito es el informe que produce. Ese informe tiene mucha importancia para prepararse como litigante y para preparar al perito. De la misma forma que hemos dicho que la declaración previa es la base de información que ambas partes tendrán por establecida para prepararse para examinar al testigo en el juicio, el informe pericial constituye la base de trabajo para el juicio con relación a la información que incorporará el perito. En este punto es importante destacar algo con

claridad: la prueba que se produce en el juicio es el testimonio del perito. El informe pericial no es prueba, no es una pieza documental a la que el juez de juicio vaya a tener acceso al momento de tomar su decisión. La prueba que recibirá el juez será la declaración del perito en audiencia.

Entonces, ¿cuál es la importancia del informe pericial? Desde el punto de vista de quien propone al perito, el informe es crucial para conocer el lenguaje del perito, identificar los puntos fuertes de las conclusiones, familiarizarse con los procedimientos y planificar la forma en que va a formularle las preguntas al testigo en el juicio para que la explicación sea clara y llegue en forma correcta al juzgador.

Para la contraparte, el informe pericial es una herramienta de trabajo sumamente importante para preparar el control del perito. Por una parte, porque a partir de las conclusiones medirá el grado de impacto en su propia posición; por otra, porque a partir del informe podrá definir con mayor precisión si necesita ofrecer un perito propio que declare en el juicio o si es suficiente con utilizar el contraexamen para debilitar la información que el perito introducirá en la audiencia.

Desde el punto de vista de la producción de información, ¿cuáles son las claves para la preparación? En principio el litigante debe tener claro el significado de las conclusiones y del informe pericial en su conjunto. Debe comprender el lenguaje de la pericia, familiarizarse con los conceptos y preguntar al perito todos aquellos aspectos que no resulten claros. Recién con esa claridad podrá definir si la pericia es conveniente o no para presentar el testimonio en el juicio.

Si el litigante define que efectivamente presentará al perito en el juicio, deberá preparar el testimonio para que la explicación resulte comprensible en la audiencia. Por la especificidad de la declaración de los peritos y del conocimiento que poseen, es frecuente que sus respuestas en juicio sean extremadamente técnicas y de difícil comprensión para el lego en la materia. Y lo que el litigante precisa del perito es justamente lo contrario: que concurra al juicio y presente el trabajo que realizó y las conclusiones a las que llegó con la mayor claridad posible.

Para ello, es preciso que el litigante compruebe previamente al juicio la manera de declarar y explicar las cuestiones complejas del perito. Sobre la base del material que tiene en el informe, lo óptimo es que se reúna con el perito y le haga las preguntas tal como se las formularía en el juicio. En aquellos casos en que la respuesta sea difícil de comprender, es importante que el litigante le pida las aclaraciones, explicaciones y ejemplos necesarios para que el día del juicio la respuesta sea comprensible. De nada servirá tener al perito más calificado del mundo, si llegada la audiencia de juicio sus respuestas no son comprensibles. Es sumamente importante que el litigante tenga claro eso y se ocupe de la preparación en forma personal (ya que será él quien luego lo examine en la audiencia de juicio).

¿Cómo se produce la información en juicio?

Hemos hablado de tres aspectos vinculados con los peritos: idoneidad de la persona, idoneidad de los procedimientos utilizados y conclusiones alcanzadas. En el caso de los peritos el examen no se realizará con una cronología vinculada a cómo sucedieron los hechos, como dijimos que debe hacerse con los testigos. La declaración del perito debe producirse en bloques temáticos que alcancen esos tres aspectos:

¿Quién es este experto?

El primer aspecto será la idoneidad del experto. De la misma manera que debemos mostrarle al tribunal quién es el testigo (construir su credibilidad y mostrar por qué no tiene razones de concurrir a mentir al juicio) debemos hacerlo con el perito. En el caso del perito no sólo debemos mostrar quién es sino también por qué es idóneo para llevar a cabo el tipo de pericia que se ha realizado en el caso.

En ese contexto, las primeras preguntas que se le formularán al perito estarán relacionadas con su formación, su experiencia, su producción académica, su relación con el ámbito del conocimiento sobre el que ha trabajado en su pericia, su experiencia como perito y toda otra información que consideremos

relevante para construir la conclusión “esta persona es idónea para realizar esta pericia en este caso”.

Construir la solidez técnica del perito es importante para la valoración del tribunal, que en su sentencia no sólo deberá referir que le cree sino también por qué le cree. Y para responder a esa segunda pregunta necesitará información sobre el grado de conocimiento del experto que vino a declarar al juicio.

¿Cómo realizó la pericia?

El segundo aspecto del examen se orienta a consultar qué se le solicitó en este caso concreto (¿qué trabajo realizó?) y cómo trabajó. Recordemos: el perito concurre al juicio a presentar conclusiones. La forma de validar esas conclusiones y generarles credibilidad es explicar el modo en que se llegó a las mismas. ¿Qué procedimiento se realizó para hacer la pericia? ¿Qué elementos se peritaron? ¿Cómo se hizo? ¿Por qué se utilizó ese procedimiento y no otro? ¿Cuál es el grado de aceptación de ese tipo de estudio? ¿Existe alguna otra forma de realizar la pericia? Si existe ¿Por qué se optó por esta y no por otra?

La explicación del procedimiento es lo que valida la conclusión. Por ello hay que dar todos los detalles necesarios al respecto. Debe despejarse cualquier duda sobre falta de profesionalismo a la hora de trabajar concretamente en el caso. Y dejar claro que el procedimiento utilizado es el que cualquier perito que hubiera sido llamado a trabajar en el caso habría utilizado. Esta explicación es en buena medida lo que garantiza la imposibilidad de manipular las conclusiones: en el ámbito pericial, cualquier persona idónea (por ello es importante acreditar en primer lugar la experticia del perito) que siga los procedimientos establecidos y aceptados en forma general para su ciencia, arte u oficio, debería llegar a las mismas conclusiones (o similares) que se están presentando por esta persona en la audiencia de juicio.

¿A qué conclusiones llegó?

El tercer ámbito de declaración del perito se refiere a lo que más le interesa al litigante: las conclusiones. Se le solicitará al perito que explique las conclusiones a las que arribó luego de realizar los procedimientos estandarizados para este tipo de pericia. En este punto, una pregunta importante es el grado de fiabilidad de las conclusiones. Nunca un perito asegurará que una conclusión es 100% creíble, o que está 100% seguro de su conclusión (ya que siempre puede aparecer a futuro un nuevo factor que haga variar los procedimientos y, en consecuencia, las conclusiones que se obtengan), pero el grado de certeza de sus conclusiones son un factor importante para la valoración posterior que hará el juez. No es lo mismo un perito que concurre, presenta sus conclusiones y dice que tienen un margen de error de 50% (caso en el cual probablemente el juez se pregunte para qué se admitió esa pericia en el juicio) que un perito que concurre y dice que el margen de error de su peritaje es menor al 95% (allí la posibilidad de desviarse de la conclusión se reduce enormemente).

Las preguntas a utilizar con el perito en un examen serán las que ya hemos descrito al referirnos a los testigos: preguntas abiertas, preguntas cerradas, transiciones o introducciones para situar al perito en un tema u otro.

Dos temas son especialmente importantes con los peritos: el uso de ejemplos y el uso de apoyos visuales. Los ejemplos son una buena herramienta para bajar aquellos términos o explicaciones complejas a lo cotidiano; un médico que explica el procedimiento realizado sobre una persona en abstracto, con términos técnicos y sin ningún tipo de ejemplo concreto de las consecuencias es mucho más difícil de comprender que aquél que detalla el procedimiento hablando de lo que sucede concretamente en el cuerpo de la persona a medida que va avanzando en la explicación. En el mismo sentido el uso de apoyos gráficos (esquemas, dibujos, fotografías, etc.) que ayuden al perito a detallar y explicar sus conclusiones resulta un soporte muy recomendable en el caso de este tipo de testimonios.

Lo que el litigante debe tener claro es que llegada la audiencia de juicio es su responsabilidad producir la información suficiente para que la conclusión del perito sea asimilada por el tribunal. Si el perito declara en un lenguaje difícil de comprender, la tarea del litigante es hacerle preguntas que permitan explicar mejor lo que está diciendo. Si el perito es escueto y no profundiza en las razones por las que llega a la conclusión, es tarea del litigante hacer las preguntas que permitan generar mayor información. El litigante debe conocer al perito, saber cómo declara y hacer su trabajo de la mejor forma posible para que la declaración sea comprendida por el tribunal.

También debe abandonarse la idea que indica que cuando un perito concurre a declarar frecuentemente a los tribunales no es necesario hacer las preguntas de acreditación sobre su persona y los procedimientos que ha empleado porque “los jueces ya lo conocen”. Debemos tener presente que la valoración que realice el juez al momento de dar la sentencia debe restringirse a la información que efectivamente se le ha presentado a lo largo del juicio, no a la información que pueda obtener por fuera de las audiencias (principio de contradicción). Entonces, si el litigante pretende que el juez valore positivamente la pericia basado en la experiencia del perito y la idoneidad de los procedimientos utilizados, necesariamente debe producir información al respecto en la audiencia de juicio.

Otras pruebas

Retomando el esquema que presentamos para graficar la construcción de una teoría del caso, tenemos:

T. jurídica	Teoría fáctica		Teoría probatoria			
	Elemento	Hecho	Calidad	Elemento testimonial	Calidad	Elemento material
Responsabilidad	El demandado cruzó con la luz del semáforo en rojo	Fuerte	Demandante	Débil	Fotos del choque	Fuerte
					Video del accidente	Fuerte
			Perito (funcionamiento del semáforo)	Fuerte	Video del accidente	Fuerte
					Fotografías del semáforo	Fuerte
					Fotografías del procedimiento realizado sobre el semáforo	Fuerte

Esa es una porción de la teoría del caso referida al choque sobre el que venimos trabajando. Cuando hablamos de “otras pruebas” nos referimos a todos aquellos elementos que serán introducidos a juicio a través de testigos y/o peritos. En el ejemplo que tomamos tenemos diversas fotografías y un video. Podrían agregarse documentos (los papeles de titularidad del dominio del automóvil, la documentación de los seguros de ambos vehículos, los carnets de conductor de ambos involucrados, etc.), objetos (en general para que el tribunal vea los automóviles involucrados en el choque se presentarán fotografías, pero la prueba original son los automóviles), otras formas de registros audiovisuales, etc.

En definitiva, bajo el género **prueba material** estamos pensando en todos aquellos elementos probatorios que pueden presentarse en un juicio diferentes de testigos o peritos: documentos, objetos, registros audiovisuales en cualquier formato.

La característica principal de estos elementos está dada en que su introducción al juicio estará siempre vinculada con una o más personas, sean testigos o peritos. Las fotos del accidente, en el ejemplo que venimos trabajando, probablemente se utilicen con la mayoría de los testigos y/o peritos ofrecidos. En el caso de los testigos porque servirán para graficar su testimonio y verificar la relación entre lo que relatan y lo que tenemos registrado en las fotografías. En el caso de los peritos, si presentáramos un perito accidentalológico que concurriera a explicar la dinámica del choque y el impacto, probablemente las fotos sirvan para constatar o contrastar sus conclusiones.

Deben ser introducidas a través de un testigo o perito

¿Por qué afirmamos esto? Una de las características de la prueba material es que ésta no habla por sí sola. Las fotos del accidente pueden resultar muy gráficas, pero sin una persona que explique por qué los autos quedaron como quedaron, cuál era la orientación por la que venían transitando, qué sucedió en ese momento, cuándo se sacaron las fotografías, etc., el peso de esas fotografías a la hora de la valoración disminuye muchísimo.

Las fotos del semáforo y de todo lo que se haya realizado sobre el mismo para peritarlo sin la explicación del perito no parecen tener ningún sentido específico.

En definitiva, para que la prueba material se ponga en el contexto de un relato o de una historia sobre cómo sucedieron los hechos, debe ser explicada. Y esa explicación sólo pueden darla otras fuentes probatorias: testigos o peritos. No tiene ningún sentido ofrecer una prueba material si no se le va a dar una utilidad específica en el juicio. La utilidad se la dará el testigo que la ponga en contexto y explique su utilidad para resolver la controversia. O el perito que explique cómo fue útil para desarrollar determinado procedimiento que le permitió arribar a una conclusión.

Si el litigante ofrece un documento determinado y luego, una vez en juicio, pide que ese documento sea leído en su integridad por un funcionario de los tribunales probablemente se produzca

un momento bastante aburrido en la dinámica de la audiencia y la lectura integral no lleve al tribunal a comprender la utilidad del documento (imagínese por ejemplo a un funcionario leyendo un balance íntegro, ¿cómo saber qué información es útil?). Por ello el litigante debe planificar su estrategia de litigio pensando qué elementos materiales introducirá con qué testigos o peritos, para darles un sentido específico en la historia del caso que está presentando.

Deben ser fiables

Otro tema a considerar con relación a la prueba material, que estará muy vinculada con el trabajo de los litigantes en los momentos previos al juicio, es la fiabilidad de su contenido. ¿Cómo sabemos que las fotos que se han ofrecido son efectivamente las fotos que se sacaron el día del accidente? ¿Y cómo sabemos que no hay más fotos que no están ofreciéndose porque resultan inconvenientes a la teoría del caso de quien las propone? ¿Cómo sabemos que el documento que se está ofreciendo es el original o una copia fiel del mismo?

En este punto debe considerarse como principio de trabajo en el juicio el siguiente: si un elemento material ha llegado a juicio como prueba, es porque ese elemento es fiable con relación al caso. ¿Qué quiere decir esto? Que al juicio no puede concurrirse a cuestionar la autenticidad de un documento o la veracidad de su contenido. ¿Por qué? Porque todo el diseño previo al juicio, con los momentos específicos de admisibilidad del caso y de discusión preliminar de la prueba están pensados procesalmente para dar ese tipo de discusiones.

Si una parte quiere cuestionar la autenticidad del registro de conducir del demandante (por ejemplo, en nuestro ejemplo, quiere sostener que en realidad el demandante no estaba autorizado a conducir y que su licencia ha sido adulterada para poder demandar en este juicio), ese es un cuestionamiento que deberá presentar en la audiencia preliminar. Una vez que el caso sea admitido, deberá realizar una pericia sobre la licencia de conducir del demandante, que estará obligado por el principio de buena fe a ponerla a su disposición. Si no lo hace, el demandado

podrá recurrir a los tribunales para que un juez le ordene poner a su disposición la licencia de conducir y verificar si la misma es auténtica o ha sido adulterada. Si la licencia hubiera sido adulterada, probablemente ello le genere una causal para que el juez revise la viabilidad del caso. En ese contexto podrá pedir una audiencia específica para discutir el punto y pedir que el caso sea desestimado, o podrá hacer ese planteo en la audiencia preliminar y evitar que el caso llegue a juicio. Lo que nos interesa destacar es que no puede suceder que el demandado concurra a juicio sin haber planteado nunca la posibilidad de que la licencia de conducir del demandante haya sido adulterada y pretenda plantearlo en el juicio. Mucho menos puede pasar que en pleno juicio solicite que se realice la pericia sobre la licencia (para ello tuvo todo el tiempo de preparación previo al juicio). ¿Por qué? Porque si un caso ha llegado a juicio el juez debe ingresar a ver las audiencias respectivas con la tranquilidad de que todas las cuestiones vinculadas a la admisibilidad de la prueba han sido planteadas en los momentos anteriores. Y en el caso puntual de la prueba material esa tranquilidad implica tener la certeza de que no se plantearán cuestiones vinculadas con la fiabilidad de los documentos, objetos o elementos audiovisuales¹⁴.

Cómo introducirlas

Lo esencial ya ha sido dicho: a través de un testigo o un perito. Avanzando en el procedimiento para utilizar la prueba material con el testigo o el perito, debemos considerar algunos aspectos que deben cubrirse siempre que vamos a utilizar una prueba material:

1. Establecer la base

El testigo o perito con quien pretendemos utilizar el elemento debe establecer en su declaración que sabe de su

¹⁴ Este mismo ejemplo podría llevarse a la prueba que se presenta en video: si una de las partes quiere cuestionar que el video ha sido adulterado, debe hacerlo en forma previa al juicio y con evidencia concreta de esa adulteración (un peritaje, una copia del video original que tiene partes que han sido suprimidas, etc.). Una vez que el video llega a juicio, se asume que es el video tal y como fue registrado en el momento que refleje.

existencia. Si queremos mostrarle las fotos del choque, en primer término deberá describir la situación en que el choque se produjo. Si queremos introducir su carnet de conducir, primero debemos preguntarle si tenía permiso de circulación, si estaba en regla, establecer las líneas generales que nos permitan mostrarle al tribunal que el testigo o perito está en condiciones de reconocer la prueba material que le presentaremos a la vista.

Esto es así, debido a que si tomáramos las fotos (siguiendo con el ejemplo) al inicio de la declaración del testigo y le pidiéramos directamente que describa lo que ve, podría considerarse que estamos induciendo los dichos del testigo a partir de las imágenes que le mostramos: no describiría el accidente según lo recuerda sino que describiría lo que ve en este momento en las fotos. Para evitar cualquier tipo de testimonio inducido, es que se establece la obligación de hacer declarar al testigo y contextualizar el elemento material sobre el que se orientará la declaración en forma previa a introducirlo.

En definitiva, como paso previo a introducir el elemento material, el litigante debe acreditar que el testigo tiene conocimiento sobre su existencia y puede referirse al mismo.

2. Hacer reconocer el elemento

Una vez que el testigo ha generado el contexto necesario para introducir el elemento (ha descrito el accidente y pueden mostrarse las fotos o el video; ha hablado de su permiso para conducir y puede mostrarse el carnet; en caso de ser perito ha explicado los procedimientos que utilizó y los elementos que evaluó y pueden exhibírsele los mismos, etc.), el siguiente paso es hacer que el testigo lo reconozca.

Este reconocimiento dependerá del elemento que se trate. De lo que se trata, desde el punto de vista del litigante, es de encontrar la forma de ser lo menos inductivo posible. En lugar de preguntar, por ejemplo: “¿estas son las fotos

del momento del accidente?”, la pregunta adecuada sería: “¿qué puede ver en las fotos que le estoy exhibiendo?”. De esa manera es el testigo quien introduce la información y no el litigante. No se induce la respuesta y el tribunal puede valorar la información como producida en forma directa por el testigo o perito.

Siempre debemos planificar las preguntas de forma tal de no introducir la respuesta. No preguntamos “¿es este su carnet de conducir?”. Tomamos el carnet, se lo extendemos al testigo y preguntamos “¿Qué le estoy mostrando?”. Para que sea el testigo el que nos responda que se trata de su carnet de conducir. Si proyectamos un video no preguntamos “¿Se ve en la imagen el momento del choque con los autos del demandante y el demandado?”. Le pedimos al testigo que indique qué ve en el video, si hay algo que le resulte familiar, si alguna imagen le resulta conocida, en fin: utilizamos alguna fórmula abierta que le permita al testigo introducir la información.

Una vez que el testigo nos ha explicado de qué se trata el elemento que le estamos mostrando (“son las fotos del accidente”, “es mi carnet”, “en el video se ve el choque que presencié”, etc.) le consultamos cómo sabe que se trata efectivamente de ese elemento: “¿Cómo sabe que son las fotos del choque?” Para que el testigo comience a describir que ve en las imágenes los autos que estaban ese día, que se ve la intersección de calles por las que él iba transitando, que los autos son los que vio ese día, etc. Se trata de que el testigo describa a través de su relato las razones por las que los elementos que se le están exhibiendo son efectivamente los elementos conectados con el hecho controvertido.

3. Utilizar el elemento

Finalmente, una vez que el testigo o perito reconoce el elemento material que estamos introduciendo, hay que utilizarlo. Darle un sentido en la historia. Si con el perito se introducen determinados objetos que fueron peritados,

es importante que los utilice para explicar cómo se realizó la pericia. Como hemos dicho en el apartado anterior, si se introducen fotografías, es importante que el testigo o el perito relate lo que se ve en las fotografías, que se sitúe en ese momento y en ese lugar, que les dé una dimensión más allá de la imagen que se observa y las ponga en consonancia con la teoría del caso que se sostiene.

Debe tenerse siempre presente que la finalidad del juicio, visto desde los litigantes, es persuadir al tribunal sobre la veracidad de la teoría del caso que se sostiene. Ello implica que cada elemento probatorio que llevemos al juicio debe hacerle sentido al tribunal en el contexto de la teoría del caso que hemos presentado.

Si introducimos las fotografías del accidente y una vez que el testigo las reconoce y dice que son efectivamente las fotos de ese día las dejamos a un costado y no hacemos nada con ella, lo más probable es que al momento de la sentencia, el tribunal las observe desde un “no lugar”: sin ninguna base de información para ver la importancia de las fotografías. Si, por el contrario, se introducen las fotografías y el testigo “reconstruye” lo que vio ese día mostrando cómo se puede observar en las fotografías el lugar donde estaban los autos, la iluminación del lugar, la posición del semáforo, la cantidad de automóviles que circulaban por el lugar y todos los detalles que aparezcan como importantes para construir la historia, probablemente al momento de tomar la decisión el tribunal le dé una utilidad distinta a las fotografías.

Por ello es necesario tener presente el esquema de teoría del caso como una guía conductora para el litigio del caso. De esa manera, sabremos con qué testigo utilizar cada elemento material, para qué lo vamos a utilizar y qué información necesitamos que nos introduzcan los testigos o peritos. En consecuencia, la composición de la historia y la valoración posterior que realizará el tribunal será mucho más armónica que si exponemos a los jueces a una situación en la que deben intentar “adivinar” cuál

era nuestra pretensión al llevar un determinado elemento de prueba al juicio.

Una última mención: cada elemento material que llevemos al juicio puede ser utilizado con uno o con varios testigos y/ o peritos. Debemos recordar que una vez superada la discusión de la admisibilidad de una prueba (discusión de la audiencia preliminar), en el juicio todos los elementos probatorios podrán ser utilizados de la forma más eficiente para la acreditación de las teorías del caso que los litigantes han presentado.

3. CONTROL DE LA PRUEBA

Hasta aquí hemos hablado de producción de información. Nos hemos referido a los testigos, peritos y elementos materiales propios. A la forma de producir la prueba que contienen esas diversas fuentes probatorias, presentadas desde la parte que las ha propuesto en el juicio.

En este apartado nos referiremos al trabajo de control sobre la prueba. Esto es: al trabajo que la contraparte realizará con relación a la prueba ofrecida y presentada por su contraria. Es bastante evidente que si cada una de las partes presenta su prueba sin ningún nivel de control por la contraria, sería muy sencillo acreditar la teoría del caso propuesta. Por ello, es necesario repasar las herramientas con que las partes cuentan para trabajar con la prueba de la contraria. A ello nos referiremos a continuación.

El principio de contradicción

¿Por qué controlar la información que se introduce a un juicio? Porque será la base de la decisión judicial y, por ende, debe ser información de alta calidad. ¿Cómo saber que la información es de calidad? Dotando al principal interesado en que la información sea desechada o valorada negativamente, la contraparte, de

herramientas de control de esa información que le muestren al juez la “otra cara” de la prueba que ha producido el proponente. De eso se trata el principio de contradicción: de posibilitar el control efectivo y actual de la prueba que se está produciendo. Hemos visto que la herramienta central de producción de información en un juicio es el examen de testigos y peritos: la parte que los propone cuenta con una serie de preguntas posibles que llevarán al testigo o al perito a brindar información relevante sobre los hechos controvertidos. A la vez, a través de los testigos o peritos se incorporará la prueba material: documentos, objetos, registros audiovisuales vinculados con el caso.

Ante la producción de cada prueba propuesta por una parte, la contraparte tendrá tres herramientas de litigación centrales para el control y, por consiguiente, el ejercicio de la contradicción en concreto durante el juicio. La primera herramienta de control podrá utilizarse durante el examen directo: se trata de las objeciones a las preguntas que formule quien está produciendo la prueba. Las otras dos herramientas se utilizarán una vez terminado el examen del testigo o el perito: se trata del contraexamen y la posibilidad de utilización de declaraciones previas.

Estas tres herramientas son la esencia del contradictorio en un juicio. Cada vez que un juez no permite su utilización, de acuerdo a sus formas específicas de uso (como veremos a continuación), está impidiendo el ejercicio de la contradicción. Nos interesa puntualmente insistir en esto porque la idea del juicio como un debate “oral, público, contradictorio y continuo” suele ser bastante repetida en nuestros espacios de enseñanza. Sin embargo, cuesta bastante vincular cada uno de esos principios del juicio con las herramientas de práctica concretas. Las objeciones, el contraexamen y la posibilidad de utilizar declaraciones previas son tres formas de ejercer la contradicción en un caso concreto. Su utilización o no dependerá de la estrategia de litigio de las partes. Pero no puede verse injustamente limitado por los jueces. A continuación, nos referiremos a cada herramienta en concreto.

Objeciones

Las objeciones constituyen la forma de plantear un incidente en un sistema oral. En el mismo sentido en que en un sistema escrito presentamos solicitudes específicas cuando deseamos oponernos a determinada actuación para manifestar que puede causarnos agravio, en un sistema oral utilizamos la objeción cuando creemos que una pregunta en un examen directo causará perjuicio a nuestra teoría del caso.

El punto de partida para evaluar la necesidad de objetar o no será, entonces, siempre el mismo: ¿lo que está haciendo la contraparte perjudica a mi teoría del caso? Si la respuesta es positiva y lo que está haciendo la contraparte no es permitido, entonces tenemos derecho a objetar el accionar y pedir una resolución inmediata por parte del juez prohibiendo que la contraparte prosiga.

Procedimiento para la objeción

Acabamos de definir cómo debe ser el proceso para plantear y resolver una objeción: inmediato. Cuando un litigante desea oponerse a la forma en que el otro se está conduciendo en el juicio, tomará la palabra y simplemente dirá “objeción”. Ante ese llamado de atención, el juez deberá tomar una resolución inmediata en sentido de definir si la objeción es correcta o no. En algunos casos, el juez podrá pedir una justificación a quien formula la objeción; pero esa justificación deberá ser siempre corta y sencilla (en breve veremos cuáles son las razones para plantear objeciones). Si la actuación no es evidentemente impropia, podrá pedir a la parte que está en uso de la palabra que defienda su actuación; esta defensa también deberá ser sencilla y breve. Y finalmente tendrá que resolver. Si hace lugar a la objeción, la parte que está en uso de la palabra deberá reformular su actuación. Si no hace lugar a la objeción, la parte podrá proseguir y, en caso de tratarse de una pregunta que ya ha sido formulada, se permitirá que el testigo la responda.

Como se observa, debe ser un procedimiento ágil y sencillo que no desvíe ni a las partes ni al tribunal del litigio principal. No puede utilizarse la objeción para introducir argumentaciones sobre

el caso o valoraciones sobre el testimonio. Por ello en aquellos casos en los que los tribunales admitan una pequeña controversia sobre si procede o no la objeción, esta debe limitarse a debatir si la actuación objetada se encuadra o no en una de las formas de actuación prohibidas en un juicio. Los jueces suelen ser muy estrictos en cuanto a no permitir que las partes desvíen la discusión hacia argumentaciones propias del caso en general y no de la incidencia en particular que debe resolverse. Por ello formular objeciones suele ser un ejercicio sumamente difícil, ya que requiere una gran precisión en tres ámbitos:

- Identificar la actuación prohibida.
- Identificar si daña nuestra teoría del caso.
- Identificar la razón concreta por la que la actuación es prohibida.

Actuaciones prohibidas

Una aclaración inicial: las objeciones siempre suelen vincularse a las preguntas que formulan las partes a lo largo de un juicio. Y efectivamente es probable que la mayor parte de las objeciones que se formulen se relacionen con las preguntas. Esto debido a que, como venimos diciendo, las fuentes centrales de información en juicio son testigos y peritos y las herramientas con que las partes trabajan con esas fuentes de información son las preguntas. Adicionalmente, al inicio de esta parte hemos hablado de tres momentos diferenciados para los litigantes en el juicio: el anuncio de la información, la producción de la información y la valoración de la información. De esos tres momentos, el momento central es de producción de la información porque de ello depende la posibilidad de valoración posterior y la sentencia judicial. Y en el momento de producción de información la principal herramienta de los litigantes es la pregunta. En consecuencia, es lógico hablar de la objeción como una herramienta utilizada centralmente hacia las preguntas de las partes.

Sin embargo, pueden darse situaciones en las que la actuación de las partes sea objetable aun estando fuera del ámbito de la

producción de información: en las aperturas de los casos cuando desvían la presentación y comienzan a argumentar o valorar elementos probatorios que aún no se han producido, por ejemplo. O en los alegatos de clausura cuando incorporan elementos en su valoración que no fueron efectivamente producidos en el transcurso de la producción de información. En esos casos, la objeción es también una herramienta utilizable para frenar la actuación prohibida. Por ello en este apartado hablamos de “actuaciones” prohibidas y no de “preguntas” prohibidas: la base de la prohibición será la misma, se trate de una pregunta o de una intervención de la parte en un momento diferente al propio de la producción de información. Existen tres grandes géneros de actuaciones prohibidas en un juicio:

1. La actuación sugestiva

En la producción de información, los litigantes deben evitar al máximo cualquier grado de sugestión o inducción a los testigos o peritos en sus respuestas. Hemos hablado de este tema anteriormente: el litigante debe prepararse siempre para formular las preguntas de forma tal que quien introduzca la información sea el testigo o el perito.

¿Cuándo es sugestiva/ inductiva/ indicativa una pregunta? Cuando en su formulación está contenida la respuesta. Cuando la única opción de respuesta que tiene el testigo o perito es asentir lo que ya ha dicho el abogado al preguntarle. En el caso del testigo del accidente, no es lo mismo preguntarle: “¿Usted es la persona que vio el momento en que se produjo el choque?” que preguntarle “¿qué puede decirnos sobre el hecho que se está discutiendo en este juicio?”. En el primer caso, el testigo probablemente diga simplemente que sí. En el segundo caso su respuesta será más amplia porque estamos invitándolo a dar información. En el primer caso la pregunta es objetable, en el segundo caso la pregunta es abierta y, por lo tanto, está permitida.

Esta forma de pregunta no puede utilizarse en el examen directo a un testigo o un perito, en función a que lo que se pretende es que la información la introduzca el testigo o perito, no el abogado. En

el caso del contraexamen la situación es diferente, como veremos cuando nos refiramos a esa herramienta en concreto.

Este tipo de pregunta prohibida es la que más frecuentemente suele presentarse en los juicios. La razón es bastante comprensible: el litigante sabe cuál es la información que la persona que va a testificar tiene, sabe qué porciones de esa información son esencialmente importantes para su caso y quiere que la diga en la forma más conveniente a su caso. De esa situación a formular las preguntas en forma sugestiva hay un solo paso. No queremos que el testigo se olvide de detalles importantes, tampoco queremos que se vaya por las ramas con temas innecesarios. La tentación a introducir la información e ir conduciendo al testigo para que simplemente diga “sí”, “sí”, “sí”, es enorme.

Y desde la herramienta que estamos analizando, la tentación de objetar cada una de las preguntas sugestivas que se formulan, sólo para poner nervioso o entorpecer al litigante contrario en su examen, también es muy grande. Sin embargo, desde el uso de la objeción es muy importante recordar dos cuestiones ya mencionadas: por una parte, tener presente que para decidir objetar una pregunta, debemos analizar si está dañando nuestra teoría del caso; en adición, recordar que cada objeción que realizamos en un juicio es una decisión que el juez debe tomar en forma inmediata y “fuera de programa”. ¿Qué queremos decir con esto? Que el juez está concentrando su atención en la producción de información, en recuperar los dichos de los testigos y peritos de utilidad para tomar su decisión. Cuando nosotros formulamos una objeción lo sacamos de esa atención y le pedimos que tome una decisión sobre una situación puntual. Si hacemos eso una y otra vez, corremos el riesgo de perder credibilidad. ¿Por qué? Porque el juez puede pensar que estamos objetando con el único objeto de entorpecer el litigio. Y ello puede repercutir en nuestra contra a la hora de valorar nuestro caso.

Por todo ello, es muy importante que cuando se va a objetar una pregunta por sugestiva estemos seguros de encontrarnos en un escenario en el que la respuesta causaría perjuicio a nuestro caso. ¿Cuándo va a causar perjuicio? Cuando la pregunta esté orientada a un punto central de la controversia. Veámoslo con un ejemplo:

Asumamos que en el caso del choque el demandante afirma que el demandado pasó la luz en rojo y el demandado afirma que el semáforo funcionaba mal y era imposible observar si la luz estaba o no en rojo. Viene a declarar el testigo que presencié el choque ofrecido por el demandante. La demandante pregunta: “¿Usted vio que el semáforo estaba en rojo al momento del choque?”. Es altamente probable que la demandada antes de que la pregunta finalice ya esté anunciando “Objeción. Sugestiva”. No por una cuestión estética en sentido que la pregunta está mal formulada. Por una cuestión estratégica: el punto controvertido es si el semáforo estaba en rojo o no podía establecerse en qué luz estaba. Si ese es el punto controvertido, la demandada no va a permitir que sin más la demandante sugiera al testigo la respuesta “vi que el semáforo estaba en rojo”.

Distinta sería la situación si la demandante preguntara al testigo “¿Usted vio el choque?”. Esa pregunta también está formulada en forma errónea, ya que sólo admite la respuesta “sí”. Pero si lo que la demandante afirma es que el choque se produjo por responsabilidad del municipio, que no tenía en condiciones los semáforos y que su defendido no pudo ver el semáforo en rojo, el hecho del choque no será un hecho controvertido. Al no ser un hecho controvertido, la demandada podría no objetar esa pregunta, porque no daña su teoría del caso. Allí también dependerá de una cuestión de estrategia en el litigio. Quizá la demandada considere que si bien no daña el núcleo de su teoría del caso, es un hecho bastante cercano a la controversia (se produjo un choque: hablemos del semáforo a continuación) y que por consiguiente no es conveniente dejar pasar la pregunta y objeto por ello. La cuestión es que exista siempre una razón estratégica para objetar y que no sea un mero ejercicio teórico.

Para poner un ejemplo extremo: si la demandante inicia el examen al testigo que hemos tomado como ejemplo preguntándole “¿Usted estaba en la intersección de las calles X e Y el día de los hechos?”. Esa es una pregunta claramente sugestiva pero no tiene ningún perjuicio para el caso de la demandada. Si el testigo fue admitido en la audiencia preliminar, es porque tiene información relevante sobre el hecho controvertido. Si tiene información relevante sobre el hecho controvertido es porque lo

percibió a través de alguno de sus sentidos. En consecuencia, es bastante probable que el día de los hechos estuviera en el lugar de los hechos. Objetar por sugestiva esa pregunta puede ser correcto desde la definición de pregunta sugestiva, pero resulta muy discutible desde el punto de vista estratégico en función a que se está cuestionando la actuación de la contraparte en un ámbito totalmente inocuo para nuestro caso y se está obligando al juez a tomar una decisión, en principio, irrelevante para el litigio.

En definitiva: las preguntas sugestivas son objetables en el examen directo en función a que no puede permitirse que la información la produzca el abogado (que no presenció los hechos ni realizó pericias sobre los mismos) en reemplazo de los testigos. Pero no todas las preguntas sugestivas deben objetarse: para objetar una pregunta sugestiva quien va a formular la objeción debe evaluar el grado de perjuicio que causará la respuesta a su caso. Si la respuesta causará un perjuicio porque se referirá en forma directa a los hechos controvertidos, ahí estaremos en un contexto en el que es necesario formular la objeción por sugestiva.

2. La actuación impertinente

Una segunda gran categoría de objeciones se vincula a la actuación impertinente. Aquí ya no sólo hablamos de preguntas impertinentes, sino también de intervenciones impertinentes por parte de los litigantes.

Será impertinente la actuación que no esté legalmente permitida o que estándolo no se vincule con los hechos controvertidos que se están debatiendo en el juicio. Consideramos que la formulación y resolución de este tipo de objeciones es el terreno más dificultoso dentro de las objeciones. A diferencia de lo que sucede con las sugestivas y las capciosas, que se evalúan con relación a una definición concreta y sobre la base de una estructuración siempre similar, las actuaciones impertinentes presentan la dificultad de variar de juicio a juicio, ya que no se vinculan con una definición abstracta sino con las teorías del caso y los hechos controvertidos concretos en cada juicio.

Cuando un litigante argumenta en la apertura del caso, por ejemplo, puede objetarse su actuación por impertinente, ya que no tiene autorización legal para argumentar en ese momento del juicio (la prueba aún no se ha producido, no hay forma de generar argumentos). Ese tipo de objeciones también es una cuestión estratégica ya que quizá el litigante prefiera no objetar y dejar que haga todo tipo de argumentaciones que luego no podrá construir a lo largo de la producción de prueba (promesas innecesarias), para luego cobrarle su falta de prueba en el alegato final. Pero si el litigante considera necesario objetar, podrá hacerlo utilizando este tipo de objeción concreta.

En el ámbito de la producción de información es donde se generarán las mayores dificultades, no sólo por lo que hemos referido: la pertinencia o impertinencia de una pregunta está tan ligada a la teoría del caso concreta, que variará de juicio a juicio y requerirá un nivel de atención de los litigantes y jueces superior al de los otros tipos de objeciones. También presenta dificultad porque muchas veces las objeciones por impertinencia se vinculan a preguntas sobre la credibilidad de testigos o peritos.

Es en el ámbito de la credibilidad donde la resolución de este tipo de objeciones se vuelve muy complejo. Hemos dicho que parte importante del trabajo del litigante cuando produce información en un examen, es construir credibilidad al testigo o perito que ha traído a juicio. Veremos más adelante que uno de los ámbitos de contraexamen más litigiosos es el de cuestionar la credibilidad del testigo o perito. La característica de las preguntas de credibilidad a los testigos es que no tienen ninguna vinculación concreta con los hechos controvertidos ni el debate de juicio. Se vinculan con dar información sobre quiénes son los testigos o peritos y por qué sus testimonios deben ser considerados (o no, cuando se trata del contraexamen). Al no ser preguntas vinculadas con la controversia, son fácilmente cuestionables por impertinencia. Y es aquí donde nuevamente hay que ser sumamente cuidadosos. La credibilidad de los testigos no se vincula con la controversia pero sí se vincula con una cuestión central para la sentencia: la valoración. Para valorar al testigo o perito, el juez debe saber quién es y por qué no tiene razones para concurrir a juicio a distorsionar los hechos. Y para

ello es necesario que se le formulen preguntas de credibilidad. ¿Cuándo esas preguntas serán impertinentes? Cuando se adentren en aspectos de la vida privada de los testigos o peritos que nada tengan que ver con el caso concreto que se está juzgando. Como se ve, no es una cuestión matemática ni que pueda resolverse con una regla general, sino que es un tema que debe valorarse caso a caso.

Resumiendo: las preguntas impertinentes son objetables tanto en el examen directo como en el contraexamen, cuando su formulación no apunte ni a generar información sobre la credibilidad del testigo al tribunal ni a producir información sobre los hechos controvertidos en debate. Nuevamente, antes de formular una objeción por impertinencia, el litigante que la enuncie debe evaluar si la respuesta posible dañará o no su caso. Y formularla sólo cuando considere que va a sufrir un perjuicio con la respuesta. No existen reglas fijas para determinar cuándo una pregunta es impertinente, sino que deben evaluarse caso a caso.

3. La actuación capciosa

Este es probablemente el género con más variaciones posibles. La definición de pregunta capciosa es aquella que induce a error en la respuesta. Cuando una pregunta se formula de forma tal que el testigo o perito no sabe qué se le está preguntando, o que cree que se le está preguntando una cosa pero al responder asume otra, estamos ante una pregunta capciosa. La razón para prohibir este tipo de actuaciones es que generan información de mala calidad para el juzgador.

Las preguntas compuestas, por ejemplo, son una forma de preguntas capciosas. Cuando se le dice a un testigo “¿Cómo, cuándo, dónde, por qué estaba usted en el lugar?” Le estamos haciendo tantas preguntas que probablemente la persona no sepa por dónde empezar a responder. Y ante la confusión, quizá responda cuestiones equívocas.

Las preguntas vagas son otra forma de preguntas capciosas. Si en un examen directo, una vez que el testigo ha relatado lo que vio del choque, el litigante le pregunta continuamente “¿y qué más

puede decirnos?”, “¿y qué más puede decirnos?”, “¿y qué más puede decirnos?” Eso también constituye una forma de capciosidad, porque llegará un momento en el que el testigo no tenga nada más que decir, pero ante la insistencia de litigante crea que debe dar alguna otra información.

Las preguntas repetitivas son también capciosas, en tanto inducen al testigo a pensar que aquello que ha respondido es incorrecto. Hay que ser cuidadosos que con esto: para que una pregunta sea repetitiva debe ser formulada de la misma forma, varias veces, por la misma parte. Es decir: si quien examina le pregunta al testigo “¿dónde estaba usted a las 22:00 h del día de ayer?” y luego quien contraexamina le pregunta exactamente lo mismo, no estamos en el contexto de una pregunta repetitiva porque los objetivos de ambos litigantes pueden ser diversos. La repetitiva debe haber sido formulada y respondida. Si a la pregunta “¿dónde estaba usted a las 22:00 h del día de ayer?” el testigo responde “a esa hora se largó a llover”, en realidad no está dando una respuesta a lo que le fue preguntado y el litigante puede insistir “bien. Se largó a llover, pero ¿dónde estaba usted a las 22:00 h del día de ayer?” y podrá hacerla tantas veces como sea necesario hasta obtener la respuesta precisa que estaba esperando. Ahora bien, si el litigante pregunta “¿dónde estaba usted a las 22:00 h del día de ayer?” y el testigo responde “en el bar de la esquina de las calles X e Y” y el litigante vuelve a preguntarle “¿dónde estaba usted a las 22:00 h del día de ayer?”, ahí sí estamos en el contexto de una pregunta repetitiva. Y esa reiteración es capciosa porque al volver a preguntar algo que ha sido respondido probablemente lo que el litigante esté buscando sea la confusión del testigo para que cambie su respuesta o dude de la misma.

Las preguntas que hacen asumir respuestas a cuestiones que el testigo no consideró al momento de responder, también son capciosas. Por ejemplo, si el litigante le pregunta “Usted nos dice que estaba en el bar de la calle X e Y. ¿Qué hora era cuando el demandado cruzó en rojo?” Allí aparentemente lo que el litigante está preguntando es la hora, pero conteste lo que conteste, el testigo asumirá que el demandado cruzó en rojo en función a que es una afirmación contenida en la pregunta que se le formula. Este tipo de capciosidad es la más difícil de detectar porque requiere muchísima atención a la forma en que se formulan las

preguntas. Suele pasar completamente desapercibido, pero a la hora de la valoración puede resultar enormemente perjudicial si se hace a un testigo reconocer de esa forma hechos que están en controversia (en este caso puntual: si la luz estaba o no en rojo).

También es capciosa la valoración errónea de la prueba, ya sea en la producción de información (cuando el litigante le dice a un testigo o perito que otro ha declarado cosas que no se han declarado, por ejemplo) o en los alegatos de clausura. En los alegatos de clausura debe prestarse mucha atención a la presentación de la contraparte, ya que como veremos sólo podrá referirse y valorar la prueba efectivamente producida a lo largo del juicio y puede darse el caso en que un litigante se refiera a cuestiones que no han sido efectivamente acreditadas a través de la prueba. En ese caso su intervención será capciosa ya que estará induciendo a error al tribunal al momento de dictar su sentencia.

Vemos entonces que existen varias formas de preguntas capciosas. Al igual que con el resto de las descritas, el litigante siempre debe considerar cuán perjudiciales serán para su caso. Aunque en el caso particular de las capciosas, en función a que buscan (consciente o inconscientemente) inducir al error a los testigos o peritos en su declaración, deberían objetarse con más rigurosidad que las otras formas.

Contraexamen de testigos y peritos

Cuestiones generales

El contraexamen o conainterrogatorio de testigos y peritos es el trabajo que el litigante realizará con los testigos de la contraparte. De la misma forma que precisamos acreditar a nuestros testigos y la información que ellos proporcionan, para sostener nuestra teoría del caso precisaremos buscar formas de desacreditar a los testigos de la contraria y/o a las versiones de los hechos que concurran a declarar a juicio.

Así como en el caso de los testigos y peritos propios una de las tareas centrales del litigante es la búsqueda, con relación a los

testigos y peritos de la contraparte la tarea central estará orientada al recupero de la información que posee la contraria. Hemos referido, al desarrollar el apartado de los testigos, la importancia que tiene en un sistema oral el registro de la información que los testigos poseen. Ese registro tiene varias funciones para el contraexamen:

- En principio, si la regulación permite participar en el registro que realiza la contraparte de los testimonios de sus testigos, permite hacer un primer chequeo de información y confrontar al testigo.
- Por otra parte es la base que nos permite prepararnos para identificar los objetivos de control, buscar información de contraste y hacer verificaciones propias sobre las versiones contenidas en los registros.
- Finalmente, el registro que se realice en forma previa al juicio será la declaración previa que el litigante tendrá para confrontar versiones en el contraexamen.

Lo que nunca resulta conveniente estratégicamente (y algunos diseños normativos directamente no lo permiten) es la búsqueda del testigo de la contraparte para un chequeo de información individual. Es decir: entrevistar al testigo de la contraparte sin su presencia, en forma previa al juicio, no es recomendable ni conveniente. Como hemos dicho anteriormente, el testigo está comprometido con su propia versión, por lo que difícilmente el hecho de entrevistarse con nosotros haga que “cambie de parecer”. Buscar una entrevista en solitario genera el riesgo de recibir cuestionamientos posteriores por hostigamiento o presiones a la prueba de la contraparte, lo cual tampoco repercute positivamente en el litigio propio. En definitiva, lo que debe hacerse es optimizar el uso de la información con que se cuenta a través de los registros, si eventualmente se logra la participación en el registro formal, confrontar al testigo (hasta donde convenga estratégicamente con las versiones propias) y trabajar en el chequeo de la información a través de otras fuentes (otros testimonios, otro tipo de registros, pericias, etc.).

Esto mismo cuenta para los peritos, como hemos referido con anterioridad. Más que las “pericias conjuntas”, en el caso de la

prueba pericial lo conveniente desde el punto de vista del control de la información y el ejercicio del contradictorio es contar con el informe pericial producido por nuestra contraparte (que será el registro o declaración previa del perito con relación a su declaración en el juicio) y buscar un experto que nos dé su opinión y nos ayude a preparar el contraexamen que realizaremos en el juicio. Eventualmente, por supuesto, será necesario ofrecer un perito propio que presente una versión alternativa (aunque ya hemos visto la dificultad desde el punto de vista del juzgador de admitir dos pericias con opiniones técnicas confrontadas). Pero en la mayoría de los casos, la preparación de un buen contraexamen puede significar mucho más a la hora de debilitar la prueba de la contraparte que la presentación de testigos expertos propios.

Los ámbitos del contraexamen

A diferencia del examen, que busca producir información, el objetivo del contraexamen será controlar esa información: ejercer el principio del contradictorio. Esto implica que los ámbitos sobre los que versará el contraexamen serán diversos y esencialmente de control:

- El testigo miente

Esta es la versión más confrontativa del contraexamen, ya que el litigante buscará establecer que el testigo es un mentiroso. Evidentemente implica una averiguación previa por parte del litigante que permita establecer por qué esta persona iría al juicio a mentir, desde el interés personal hasta la animadversión con alguna de las partes, pasando por algún tipo de pago recibido para inventar su declaración.

En principio debe decirse que es uno de los ámbitos de exploración menos frecuentes en el contraexamen ya que no se presenta muy a menudo un testigo que concurra a un juicio a mentir abiertamente.

Sí pueden utilizarse algunos aspectos vinculados al interés en el caso para disminuir su credibilidad, aún sin

establecer que el objetivo del testigo es mentir. Como hemos dicho anteriormente, en un sistema de audiencias orales no tiene ningún sentido excluir de la posibilidad de declarar a determinadas personas: el demandante o el demandado, por ejemplo. Es claro que si el demandante decide declarar, lo hará desde su propia visión de lo que pasó y esa será una visión interesada ya que justamente lo que pretende es que al final del juicio el tribunal decida en su favor. Mostrar ese interés en el contraexamen como una de las cuestiones que puede haber nublado su juicio a la hora de percibir y relatar los hechos puede ser un objetivo dentro de este gran universo. Sin avanzar hacia la versión más confrontacional de “el testigo miente”, sí dejar establecido que el testigo tiene un interés concreto en el caso y que ello puede afectar la forma en que relata los sucesos.

- El testigo se confunde

Esta es una línea de examen más amable que la anterior y mucho más trabajable en los juicios. Aquí partiremos de una base completamente diferente. Básicamente, el mensaje para el testigo será: usted vino de buena fe a declarar y está convencido de que lo que dice sucedió de esa manera, pero existen una serie de factores que generan dudas sobre su versión.

No estamos diciendo que miente, ni que quiere mentir o favorecer a alguna de las partes. Aquí trabajaremos con las condiciones de percepción internas y/o externas.

Cuando hablamos de condiciones de percepción internas nos referimos a los sentidos del testigo: si relata algo que vio: ¿cómo es efectivamente su visión? ¿Usa anteojos? ¿De qué tipo? ¿Los tenía puestos ese día? ¿Precisaba tenerlos puestos? Etc. Buscaremos información de la mayor precisión posible para comprobar si es posible que haya visto lo que dice que vio. Lo mismo si el testigo viene a relatar algo que oyó: ¿Cómo funciona su sentido auditivo? ¿Desde dónde escuchó lo que dice que escuchó? ¿Es factible que

lo haya escuchado? Nuevamente, la tarea será llegar al detalle más preciso para constatar si es creíble que haya escuchado lo que dice que escuchó. Evidentemente si luego de hacer el frente comprobamos que el testigo no tenía ningún impedimento interno, no podremos generar una línea de contraexamen en ese sentido ya que perderemos credibilidad y aumentaremos la credibilidad del testigo.

En cuanto a las condiciones externas, resulta una línea de contraexamen muy interesante para verificar si más allá de sus sentidos, el testigo estaba en posibilidad de percibir la información que relatará en el juicio. ¿Cómo eran las condiciones de visibilidad? ¿Qué distancia lo separaba de lo que relata? ¿Durante cuánto tiempo pudo observar el hecho? ¿Había elementos que impidieran percibir la información? ¿Qué estaba haciendo? ¿De dónde venía? ¿A dónde iba? ¿Cuánto tiempo observó lo que relata? ¿Cómo obtuvo el conocimiento? Sobre cada pieza de información que un testigo lleva a juicio, hay una serie de detalles internos que deben constatarse para ver cuán veraz es la versión del testigo. Es altamente probable que la persona que concurre a declarar lo haga de buena fe y convencida de que las cosas sucedieron en la forma que las relata, pero estos detalles sobre las condiciones de percepción pueden variar la credibilidad del relato. Por ello, para el litigante que va a contraexaminar resulta mucho más productivo intentar reconstruir el relato del testigo y constatar si es posible lo que declarará en juicio verificando este tipo de condiciones, antes que intentar entrevistar al testigo y convencerle de que lo que dice no ocurrió como lo dice.

- El testigo es inconsistente con el resto de la prueba

Una tercera línea de contraexamen posible ya no tiene que ver con las inconsistencias internas del testimonio o la falta de credibilidad del testigo, sino con la contradicción entre su testimonio y el resto de la prueba. Para identificar estas contradicciones resulta necesario conocer los registros de las declaraciones previas de los testigos y haber realizado todas las verificaciones que venimos señalando en los puntos anteriores.

Si comprobamos que un testigo concurre a la audiencia y declara cuestiones en sentido contrario al resto de la prueba presentada por la contraparte, nuestra tarea será la de reafirmar esas contradicciones. Probablemente para ello sólo reiteraremos las preguntas, para dejar claro que el testigo no se ha confundido y que está seguro de lo que está contestando. Luego, cuando formulemos nuestro alegato de clausura, será el momento en que evidenciaremos estas inconsistencias.

Por fuera de estas tres grandes líneas de contraexamen eventualmente puede suceder que con un testigo de la contraparte podamos acreditar hechos en favor de nuestra propia teoría del caso. En ese contexto probablemente el contraexamen adquiera una modalidad muy similar al del examen de testigos, ya que no estaremos confrontando sino que estaremos produciendo información. De ser así, es claro que no podremos debilitar la credibilidad del testigo ni de su testimonio, puesto que queremos usarlo en nuestro favor.

Las herramientas del contraexamen

Así como el examen directo se basa en la formulación de preguntas abiertas y cerradas, la herramienta central del contraexamen es la pregunta sugestiva. Hemos dicho, al desarrollar las objeciones, que la pregunta sugestiva no es una pregunta permitida en el examen directo en función a que el objetivo es que los testigos produzcan la información, no los abogados. En cuanto el objetivo del contraexamen es diverso y no se vincula con la producción sino con el control de la información, la forma más efectiva de controlar la información es a través de la formulación de preguntas sugestivas.

¿Por qué esto es así? Porque al limitar la respuesta a un “sí” o un “no”, la pregunta sugestiva impide que el testigo evada las preguntas que le formula el litigante que está tratando de controlar la información que ha introducido al ser presentado por la parte que lo propuso. No es lo mismo, por ejemplo, preguntar en un contraexamen “¿cómo era la iluminación del lugar?” que directamente introducir el hecho “¿en el momento del choque las luces

artificiales aún estaban apagadas?” Ante la primera formulación de la pregunta, el testigo puede responder “bien, se veía todo muy claro” sin hacer ninguna referencia a la luz artificial. En la segunda formulación de la pregunta el testigo no tiene más remedio que responder que sí, que las luces artificiales estaban apagadas. La pregunta “¿cómo era la iluminación del lugar?” es una pregunta propia de examen, ya que invita al testigo a explayarse y describir todo lo relativo a la iluminación. La pregunta “¿las luces artificiales estaban aún apagadas?” es una pregunta propia de contraexamen, ya que limita al testigo y controla la respuesta. En un momento de control de la información, eso es lo que el tribunal precisa: que el contraexamen venga a trabajar sobre aquellos detalles que han quedado descuidados en el examen.

Pero no sólo las preguntas con que se trabaje el contraexamen deben ser sugestivas. Deben ser también limitadas a un solo punto de información, de forma tal de avanzar paso a paso. El litigante no puede formular una pregunta del estilo “¿eran las 19.45, del mes de junio, en una ciudad del sur, donde ya es prácticamente de noche, y las luces artificiales aún no estaban encendidas?”. En principio esa pregunta sería objetable por capciosa, pero aun no siendo objetada, el impacto que tendría la respuesta “sí” ante una pregunta tan larga y llena de preguntas, sería mínimo en el tribunal. Peor aún si la pregunta se formulara en el siguiente sentido: “¿ya estaba obscureciendo y la iluminación no era buena?”. Esa pregunta lleva a conclusiones sin desagregarla en hechos concretos. Por ello, cuando nos referimos a la necesidad de trabajar con preguntas sugestivas de un solo punto, apuntamos a la necesidad de desagregar ante el tribunal los detalles que sean favorables a nuestro caso uno a uno. Siguiendo con el ejemplo:

Litigante: ¿Eran las 19:45 h?

Testigo: Sí

Litigante: ¿Y esto fue en el mes de junio?

Testigo: Sí

Litigante: ¿Y en esta ciudad obscurece alrededor de esa hora en invierno?

Testigo: Sí

Litigante: ¿Es decir que a las 19:45 h, estaba anocheciendo?

Testigo: Sí

Litigante: ¿Y en esa calle hay luz artificial?

Testigo: Sí

Litigante: ¿Pero a esa hora aún no estaban encendidas?

Testigo: Sí. No estaban encendidas.

Lo que no hacemos nunca, bajo ningún concepto, es hacer **la pregunta de más**. La pregunta de más en este caso se configuraría con una afirmación del estilo “entonces usted no podía ver tan bien lo que dice que vio”. Si hacemos esa afirmación, que es prácticamente la conclusión de todas las pequeñas preguntas puntuales que hemos realizado a las que el testigo ha debido responder que sí porque no tenía más remedio, lo único que lograremos es darle al testigo la posibilidad de que dé alguna explicación sobre por qué pese a esas condiciones, pudo ver muy bien lo que sucedió. Y en un contraexamen **no queremos que el testigo explique**. Para dar explicaciones el litigante que propuso al testigo ha tenido la oportunidad de examinarlo en primer tiempo. El contraexamen es nuestro turno de controlar esa información y debemos hacerlo precisamente. La conclusión “no pudo ver muy bien lo que sucedió” será nuestra en el alegato de clausura, a partir de la información que hemos logrado generar en el contraexamen.

Y para lograr ese buen contraexamen, lo que necesitamos es información de respaldo. La única forma de hacer ese tipo de preguntas es saber que las cosas ocurrieron de esa manera. En el caso del horario y la fecha los sabremos porque harán al hecho que se debate en sí. La cuestión del horario de encendido de la luz artificial en ese lugar es una información que debemos averiguar y, en la medida de lo posible, debemos saber precisamente si ese día a esa hora la luz estaba o no encendida (quizá si tenemos la filmación del hecho podamos comprobarlo a través de ese elemento, quizá debamos averiguarlo en el municipio, lo que no podemos es no tener la información). No contar con la información y hacer la pregunta nos lleva a la otra forma de hacer preguntas de más: preguntar cosas cuya respuesta se desconoce. La regla del contraexamen es que no pregunto sobre aspectos cuya respuesta desconozco. Y conocer la respuesta no significa decir “alguien alguna vez me dijo que las luces se encienden a las

20:30 h”, sino contar con información de respaldo que nos permita, llegado el caso, evidenciar la contradicción.

Porque si el testigo llegara a contestar falsamente a nuestra pregunta “¿Pero a esa hora aún no estaban encendidas?”, nosotros tenemos que tener la forma de poner en evidencia en concreto que el testigo está faltando a la verdad. Ya sea pidiendo la proyección del video que muestre que las luces estaban apagadas, ya sea presentando la certificación municipal de que las luces públicas se encienden todos los días a las 20:30 h y ese día no fue la excepción, ya sea por el medio que hayamos obtenido de información. Pero ponerlo en evidencia¹⁵. Porque si el testigo responde en falso una pregunta y nosotros podemos demostrar que esto ha sido así, entonces estaremos en un escenario muy favorable porque habremos debilitado enormemente la credibilidad del testigo (si fue capaz de responder en falso en pleno debate, ¿cuán creíble puede ser todo lo que ha dicho?).

Resumiendo: para realizar el contraexamen LA herramienta central es la pregunta sugestiva. Esa pregunta debe ser utilizada incorporando en cada pregunta porciones de información muy pequeñas, de forma tal de ir paso a paso en los detalles que nos interesan con el testigo. Y para utilizar esa herramienta el litigante debe contar con información de respaldo que le permita poner en evidencia cualquier tipo de inconsistencia que surja en las respuestas de la persona contraexaminada.

¹⁵ Y este tipo de información no necesariamente debe estar ofrecida como prueba desde la audiencia preliminar, ya que la necesidad de su incorporación surge ante un hecho nuevo e inesperado: el testigo ha mentado. Es una especie de “prueba sobre la credibilidad de la prueba”: si el testigo miente, yo tengo derecho a presentar la información que poseo en mi poder que pone en evidencia esa mentira. Y esa prueba no la he ofrecido al momento de la audiencia preliminar porque habría sido impertinente (no hace al hecho controvertido sino a las declaraciones de los testigos). Dado que nadie espera que los testigos vayan a juicio a mentir, ni se pone en juego la personalidad o credibilidad de los testigos en términos de buscar pruebas en su favor y/o en su contra, resulta excesivo exigir que este tipo de prueba haya sido originalmente ofrecida. Por ello el litigante que se vea en una situación como la que ejemplificamos podría introducir los elementos de respaldo que tenga para confrontar los dichos del testigo.

El formato del contraexamen

A diferencia del examen, el contraexamen no es cronológico. Su formato es más bien temático. El litigante debe identificar aquellas porciones de información que le interesan para debilitar la teoría del caso de la contraparte y trabajar en detalle sobre esas porciones de información. En el caso que hemos tomado como ejemplo, si este es el testigo que ha concurrido a decir que la luz estaba en rojo y lo único que nosotros tenemos se vincula con las condiciones de visibilidad externas, debemos trabajar sólo ese punto y no ir más allá.

El error más grande que puede cometerse en un contraexamen es repetir el examen directo. No sólo porque no trae ningún beneficio de control, sino también porque fortalece la credibilidad del testigo. Nadie va a cambiar su versión de un momento a otro, por lo que no tiene ningún sentido hacer dos veces las mismas preguntas: una en el examen y otra en el contraexamen. Por ello, el contraexamen debe ser fragmentado: orientado exclusivamente a aquellas porciones de información que resultan relevantes. Y en caso que no exista ningún tema sobre el que contraexaminar, lo mejor es no formular ninguna pregunta.

El caso de los peritos

En el caso de los peritos, en términos generales operan los mismos señalamientos que hemos hecho hasta este momento. Sí debe tenerse especial consideración sobre la necesidad o no de contraexaminar a un perito. Recordemos que se trata de personas que concurren al juicio a presentar conclusiones sobre ámbitos del conocimiento que suelen ser extraños. Por lo tanto, para contraexaminar a un perito debe existir una preparación previa a conciencia. Si existe la posibilidad, es conveniente preparar el contraexamen con un consultor técnico que conozca de la temática y pueda orientarnos a identificar los posibles problemas que pueden existir en los procedimientos utilizados o las conclusiones arribadas.

Los ámbitos posibles de contraexamen serán básicamente los mismos que hemos señalado para los testigos:

- **El perito no es quien dice ser.** No se trata aquí de que mienta en cuanto a sus conclusiones sino que no tenga la acreditación suficiente para realizar el tipo de pericia que se le ha encomendado, ya sea porque su ámbito de conocimiento no lo habilita o porque ha falseado sus antecedentes curriculares.
- **El perito tiene un interés en el caso.** Este ámbito suele vincularse muy directamente con el costo de la pericia que ha realizado. Hay que ser cuidadosos en este ámbito, el costo debe evaluarse en función a las características profesionales y la idoneidad de la persona. Si la contraparte ha ofrecido como perito al experto más reconocido internacionalmente en una determinada disciplina, probablemente el costo de esa pericia esté por encima de la media y eso no se vincule con que se ha falseado el resultado sino a que el nombre pesa a la hora de establecer los honorarios. Por el contrario, si el perito es un iniciado y la suma que ha cobrado es exorbitante, ahí sí puede haber una línea interesante de contraexamen.
- **Los procedimientos utilizados no son los aceptados por su área de conocimiento.** Hemos insistido enormemente en este punto al hablar del examen de peritos justamente por esta contracara: una de las cosas que intentará ver con mayor precisión un litigante diligente es si la pericia se ha realizado de acuerdo a los procesos, procedimientos, protocolos aceptados pacíficamente para ese determinado ámbito de trabajo. Caso contrario, es un punto fuertísimo de desacreditación de los resultados.
- **Las conclusiones no se sostienen con el procedimiento.** Si los procedimientos utilizados han sido los adecuados pero las conclusiones son descabelladas, es el punto más fuerte para desacreditar el testimonio de un perito.
- **La fiabilidad de las conclusiones es muy baja.** Tal como hemos dicho: no es lo mismo decir que un resultado tiene un margen de error mínimo o que la fiabilidad del resultado es del 99%, que decir que hay un margen de error cercano al 50%. En ese segundo contexto, quien contra

examine siempre estará en condiciones de proponer que su caso está en la mitad del margen de error.

Como puede observarse, un buen contraexamen a un perito puede significar para el caso un valor mucho mayor que el de presentar un perito propio. Por ello, si bien hay que prepararse muy bien para contraexaminar a un perito, siempre es conveniente valorar estratégicamente esa posibilidad por encima de la generación de una “confrontación de peritos” que deja al tribunal en un lugar de suma cero.

Declaraciones previas

La tercera herramienta de control con que cuentan las partes en un juicio son las declaraciones previas. Definiremos a la declaración previa como cualquier tipo de manifestación que testigos o peritos hayan realizado con anterioridad al juicio y que tenga una vinculación con su declaración actual. Es una herramienta específica de uso en el contraexamen, ya que en ese contexto se dará lugar a su utilización.

La declaración previa más formal de los testigos será la que conste en el registro del que largamente hemos hablado. La declaración previa formal de los peritos será el informe pericial presentado en el contexto concreto del proceso. Pero hay otras manifestaciones que también pueden ser consideradas declaraciones previas: si el testigo presencial dio una entrevista en la televisión sobre el hecho y realizó manifestaciones vinculadas a su declaración, eso puede ser eventualmente considerado una declaración previa. O si el perito tiene una serie de publicaciones académicas en las que se refiere específicamente a temas vinculados con la pericia realizada, esas son en alguna medida declaraciones previas.

¿Para qué sirven las declaraciones previas? Para confrontar al testigo o perito con sus versiones anteriores. Si en su declaración registrada el testigo ha dicho que no está del todo seguro de si el semáforo funcionaba y concurre al juicio a decir que el semáforo

estaba en rojo y que no tiene dudas al respecto, abre lugar a la confrontación.

Si el perito ha dicho en su informe que no es posible establecer el circuito de funcionamiento del semáforo y que en consecuencia no puede determinarse en qué luz estaba al momento del accidente pero concurre al juicio y dice que los circuitos del semáforo le permitieron concluir que al momento del accidente estaba en rojo, abre lugar a la confrontación.

Forma de uso

¿Cómo generar esa confrontación? En primer lugar, recordando que la prueba en el juicio continúa siendo el testigo o perito que está declarando. Ello implica que una vez que la persona se ha desviado de lo que originalmente manifestara, el litigante que está contraexaminando no puede decir algo del estilo de “solicito que se incorpore por su lectura lo que manifestó esta persona cuando fue entrevistada previamente al juicio” y solicitar al juez que considere prueba esa declaración. No. De lo que se trata es de poner en evidencia la contradicción utilizando al propio testigo o perito para ello.

¿Y cómo lo haremos? En primer término, evidenciando la contradicción. Si el testigo ha respondido a la parte que lo propuso que está seguro de que la luz estaba en rojo, fijaremos esa idea preguntándole: “¿Usted le acaba de decir al abogado que me antecedió que está seguro de que la luz estaba en rojo, estoy en lo correcto?”. Probablemente el testigo nos responderá que sí inmediatamente.

Ante esa situación, en segundo lugar introduciremos la existencia de la declaración previa preguntándole al testigo: “¿Usted prestó una declaración anterior ante el abogado que lo interrogó por estos mismos hechos?”. Probablemente nos diga que sí, que se ha entrevistado antes con el abogado (y si nos dice que no estaremos en el mejor de los escenarios porque todos saben que existe una declaración anterior, ya que es el requisito de control para admitir a declarar un testigo en juicio).

En tercer lugar, buscaremos legitimar esa declaración previa haciéndole al testigo preguntas que dejen claro que fue voluntaria. “¿Usted fue voluntariamente a declarar?”, “¿Y fue en una fecha cercana al choque?”, “¿Le informaron que precisaban que dijera la verdad sobre lo que había visto?”, “¿Y no lo presionaron para que dijera nada que no quisiera?”, “¿Y esa declaración fue registrada?”, “¿Usted firmó esa declaración cuando terminó?”, “¿Y pudo leer lo que estaba firmando?”, “¿Es decir que no firmó nada que no supiera o que no hubiera dicho?”. Es muy importante que quede claro que la declaración anterior fue voluntaria y que el testigo sabía que tenía que dar toda la información que tuviera sobre el caso.

En cuarto lugar, le exhibimos la declaración¹⁶ para que reconozca su firma y acredite que lo que tenemos en nuestro poder no es un invento sino que es efectivamente la declaración que se nos entregó como registro previo de este testigo. Se lo mostraremos también a la contraparte para que verifique que se trata de la declaración.

Una vez que el testigo ha reconocido la declaración, tenemos dos opciones posibles: hacerle leer al testigo la parte específica de la declaración en la que dice que no está seguro de si el semáforo funcionaba, o leer nosotros la parte y preguntarle solamente “¿usted dijo esto, verdad?”. Consideramos mejor la segunda opción, en función a que limita al máximo posible la posibilidad del testigo de brindar información adicional o explicar por qué dijo lo que dijo.

Una vez que el testigo nos confirma que dijo una cosa distinta de la que está diciendo en la actualidad, no le damos lugar a que se explique. No hacemos la pregunta de más del estilo de

¹⁶ De la misma manera que expusimos que la información de confronte sobre un testigo que miente no debe ser ofrecida como prueba, lo mismo sucede con las declaraciones previas. Recordemos que la prueba sigue siendo la declaración actual del testigo y la declaración previa sólo se utilizará para confrontar versiones y debilitar la credibilidad del testigo. En ese sentido, no es necesario que la declaración previa esté ofrecida como prueba para utilizarla en este sentido que hemos descrito en la audiencia de juicio.

“¿y cómo explica que está diciendo cosas diferentes?” porque no queremos que se explique. Lo que queremos es, en nuestro alegato de clausura, tener un elemento de valoración que nos permita disminuir la credibilidad de un testigo. No queremos que se considere como “creíble” lo que dijo antes. Lo que queremos es que no se considere creíble al testigo.

Otro uso posible para las declaraciones previas

Las declaraciones previas también admiten un uso que no se vincula estrictamente con el control de la información: refrescar la memoria del testigo.

Cuando en un examen directo un testigo no aporta información crucial para el caso y el litigante sabe que esa información existe y que es el testigo el que tiene que incorporarla, puede utilizar un procedimiento similar al que hemos descrito para refrescarle la memoria mostrándole la declaración, permitiéndole leer lo que ha dicho y volviéndole a pedir que dé la información requerida.

Si bien es una posibilidad a utilizar, es un uso muy poco recomendable porque al tratarse de un testigo propio, el impacto en la credibilidad jugará en contra de quien lo ha propuesto.

4. VALORACIÓN DE LA PRUEBA

Qué es el alegato de clausura

Clausurado el debate, las partes tendrán una última oportunidad de intervenir y referirse a su caso, ahora sí en términos valorativos, explicándole al tribunal por qué su versión de los hechos, su teoría del caso concreta, ha sido probada y debe ser considerada la “versión oficial” en la sentencia.

La mejor forma de definir un alegato de clausura es considerándolo como un proyecto de sentencia: los litigantes le dirán al tribunal “si yo estuviera en su lugar, fallaría de esta forma por estas razones”. Entonces, para hacer un buen alegato de clausura es esencial haber realizado una buena actuación durante el transcurso del juicio. El alegato de clausura no es un momento mágico en el que el litigante “despertará” y podrá salvar una mala actuación en el juicio. Si la actuación ha sido mala, lo más probable es que nada pueda decirse en el alegato de clausura o, en todo caso, lo que se diga tendrá muy poca relevancia para el tribunal.

El alegato de clausura es el único ejercicio argumentativo que los litigantes podrán realizar durante todo el juicio. En este sentido, a diferencia de lo que hemos dicho sobre la prohibición de los litigantes de sacar conclusiones anticipadas, en este momento diremos que urge que los litigantes den sus conclusiones al tribunal, ya que este es el momento en el que el rompecabezas termina de armarse y cada litigante debe darle un sentido específico al tribunal para considerar como probada la teoría del caso que presentó.

Contenido del alegato de clausura

En función a que el alegato de clausura es un ejercicio específico, deberá hacerse cargo de todas las afirmaciones fácticas que ha pretendido acreditar, mostrando al tribunal con qué pruebas lo ha hecho y por qué estas pruebas han sido creíbles. Volviendo a nuestro esquema sobre la teoría del caso, en el alegato de clausura el mismo debería presentarse en este sentido:

Demandado:				
Demandante:				
Norma jurídica involucrada:				
Elementos de la norma jurídica	Teoría fáctica	Teoría probatoria		Contraparte
		Probada con	Razones de credibilidad	Cuestionamientos específicos realizados
Elemento 1	Hecho 1	Prueba 1		
	Hecho 2			
	Hecho 3	Prueba 2		
Elemento 2	Hecho 4	Prueba 3		
	Hecho 5	Prueba 1		
Etc.				

Volveremos a referirnos a la teoría del caso, pero asumiéndola ya probada. Y nuestra tarea concreta estará dada en dos sentidos: demostrar por qué la prueba ha sido completa y suficiente para acreditar cada una de las proposiciones fácticas que hemos sostenido en nuestra teoría del caso; y por qué esa prueba debe ser considerada creíble.

Adicionalmente, tendremos también que hacernos cargo de los cuestionamientos que nuestra contraparte haya realizado, explicándolos en el contexto de nuestra teoría del caso específica y dándole sentido.

Debemos considerar como prioritario en nuestro alegato de clausura la apreciación concreta de la prueba. La pregunta a formularnos será ¿qué es lo que el tribunal no sabe de este caso? Como hemos dicho repetidas veces, el Derecho es conocido por los jueces, por lo que salvo casos excepcionales donde se presenten debates legales, los litigantes deberán considerarse en los hechos y la prueba: mostrándole al tribunal por qué la prueba presentada es suficiente y creíble para tomar una decisión en su favor.

¿Qué no hacer en un alegato de clausura?

Convertirlo en una presentación inicial

Hemos visto la diferencia entre ambos alegatos: en la apertura anuncio, en la clausura valoro. Esta es la última oportunidad que tendré para dirigirme al tribunal y debo aprovecharla de acuerdo a su finalidad. Si me limito a reiterar mi alegato de apertura, no le estaré dando al tribunal ningún elemento de valoración que pueda considerar al momento del debate y dictado de la sentencia.

Dar una clase magistral

Lo hemos dicho antes: un juicio no es una clase de litigación. Y concretamente, el alegato de clausura no es un momento para señalarle al tribunal todos los errores que ha cometido la contraparte, a menos que los mismos afecten sustancialmente en la prueba de mi teoría del caso. Tampoco es un momento para demostrar cuánto derecho sé: los jueces conocen el derecho y salvo un debate legal específico que se haya presentado y sobre el que deba argumentar, las citas doctrinales, el recurso a la jurisprudencia y el dominio de la legislación comparada no serán de mucha utilidad a la hora de responderle al tribunal ¿por qué mi prueba es suficiente y creíble para acreditar mi caso?

Recordemos una vez más que la atención en los seres humanos es muy limitada, por ello, debemos aprovechar de la mejor forma posible el tiempo que tendremos para presentar nuestras conclusiones, refiriéndonos en concreto a los puntos importantes para el tribunal: qué hemos probado, cómo lo hemos probado y por qué es creíble nuestra prueba.

Pretender que el tribunal asuma mi versión sin darle elementos

El hecho que nosotros estemos conformes con nuestra actuación y consideremos que nuestro caso ha sido probado no se traslada por magia al tribunal. Por ello, pretender que todo está claro y que no es necesario retomar la teoría del caso, completándola con la credibilidad probatoria en un alegato de clausura que le

termine de dar sentido a nuestra actuación en el juicio, es uno de los mayores errores que puede cometer un litigante. Para que el tribunal asuma nuestra versión del caso, debo darle los elementos de valoración que le permitan sostenerla en su sentencia y ello sólo puedo hacerlo en el alegato de clausura.

Confrontar

Si bien el proceso es controversial, esto no significa que se trate de una pelea personal entre los abogados. Ocupar el momento del alegato de clausura para cuestionar a mi contraparte, llevarlo a términos personales y generar enfrentamientos es absolutamente infructuoso para el trabajo que efectivamente debo hacer: valorar mi caso y contextualizar en el mismo la actuación de mi oponente, dándole una explicación y sentido acorde con lo que yo he sostenido a lo largo del juicio.

Hacer una relación del expediente

Finalmente, reiteramos una vez más que un proceso por audiencias no es compatible con el método de trabajo propio del expediente. Por ello, intentar el alegato de clausura como una relación del expediente será aún más perjudicial de lo que sería actuar de esta manera en el alegato de apertura. Hemos trabajado durante todo el debate, examinado testigos y peritos, introducido prueba material y controlado la prueba de nuestra contraparte. Esa es la relación que debemos hacer en el alegato de clausura: ¿cómo todo este trabajo desarrollado en el debate apoya nuestra versión de los hechos y acredita nuestra teoría del caso? El expediente no tiene nada que hacer en el juicio y no puede ser utilizado como herramienta para formular mi alegato de clausura.

CUARTA PARTE

OTRAS HERRAMIENTAS VINCULADAS AL LITIGIO

Hasta aquí, la litigación. Hemos querido plantear en esta cuarta y última parte del texto algunos temas que tienen relación con el litigio, aun cuando no están del todo resueltos en cuanto a su necesidad e instrumentación en los nuevos procesos orales. Creemos importante que los procesos de reforma, reestructuración y/o cambios de cualquier tipo al interior de los procesos civiles, tomen en consideración estas temáticas. De la misma manera creemos que los abogados litigantes deben tener posición desde sus colegios profesionales, agrupaciones, asociaciones, etc., sobre estos temas y su impacto en la reforma. Es por ello que hemos reservado este punto final para abrir el debate y plantear algunas inquietudes.

Otras audiencias

Sólo a modo de llamado de atención, quisiéramos aclarar que las audiencias que hemos descrito en detalle en este Manual no son las únicas audiencias posibles en un proceso civil. Hemos realizado un análisis detallado de las audiencias que consideramos que más frecuentemente se encontrarán reguladas en el marco del proceso, pero de la misma manera que hemos referido que ciertos momentos (la admisión del caso, por ejemplo) no siempre serán resueltos en audiencia, debemos aclarar que el litigante puede encontrarse con otras audiencias no descritas concretamente en este Manual.

La audiencia es una herramienta para la toma de decisiones jurisdiccionales. Permite decisiones de calidad en cuanto genera una dinámica en la que la información se produce y depura como resultado del ejercicio del contradictorio entre las partes y la dirección del juez. En ese contexto, en la medida en que los jueces asuman la eficiencia de esta herramienta para lograr decisiones más rápidas y de mejor calidad, es probable que comiencen a disponer audiencias para temas específicos no tratados en este Manual: excepciones, medidas cautelares, debates sobre aspectos probatorios puntuales, etc. Ese tipo de discusión puede presentarse o bien en una audiencia de las descritas (una excepción para avanzar con el proceso bien podría ser introducida como una cuestión previa a debatir dentro de la audiencia preliminar; una medida cautelar podría discutirse en el momento de admisión del caso, si ese momento fuera decidido en audiencia, etc.) o bien en audiencias individuales. La dinámica de los procesos puede ser tan diversa que difícilmente logremos realizar una lista taxativa de las cuestiones debatibles en audiencia. Para constatar este punto basta con observar la realidad actual de los procesos penales en la Región: partieron de un esquema de audiencias bastante limitado y definido normativamente y en nuestros días el catálogo de decisiones que se discuten bajo la metodología de la audiencia es muchísimo más amplia.

Participación ciudadana y proceso judicial. El juicio por jurados como horizonte de sentido

La participación de la ciudadanía en el proceso judicial se vincula con múltiples aspectos:

- La generación de una cultura jurídica en consonancia con el acceso a la justicia (siguiendo los lineamientos de las Reglas de Brasilia, específicamente la 26 y la 27);
- La posibilidad de participación en las audiencias de juicio en función al principio de publicidad y la garantía de la ciudadanía de controlar los actos de gobierno (a partir de concebir a la sentencia de un juicio justamente como un acto de gobierno);

- La eventual ampliación de la justicia lega (justicia de paz, justicia de equidad, etc.) en la resolución de disputas del ámbito civil;
- Y la configuración de tribunales compuestos por jurados populares para la decisión en determinado tipo de casos de ámbito civil.

Este último aspecto, el de los jurados populares, es al que nos referimos como el “horizonte de sentido” y nos interesa explicar las razones. Si bien nuestros procesos actuales se estructuran casi en su totalidad para ser presentados y decididos ante jueces profesionales, creemos que la dinámica del litigio que hemos presentado para el juicio oral se hace efectiva en su completa dimensión cuando se presenta la posibilidad de litigar ante jurados populares.

¿Por qué afirmamos lo antedicho? Porque si bien los jueces profesionales ejercen su cargo con imparcialidad y valorando las circunstancias concretas del caso que las partes les presentan para la toma de la decisión final, no puede obviarse que hay determinados aspectos que hacen que para un juez técnico la lógica de “cada caso es único” se pierda con el transcurso del tiempo: la costumbre de ver juicios todo el tiempo, la familiaridad que se asume con determinados extremos fácticos, la recurrencia en la presentación de determinadas pruebas (el ejemplo más claro de este punto se da con la prueba pericial: es altamente probable que sea un número limitado y frecuente de peritos el que concurra a los tribunales a declarar una y otra vez en diversos juicios sobre aspectos similares) puede llevar a los jueces técnicos a construir determinados estereotipos y/o prejuicios a la hora de ver los casos. Lo mismo sucede con relación a los litigantes: los jueces profesionales, de presencia permanente en los tribunales, valoran la actuación de los distintos profesionales de diversas formas; y más allá que es seguro que la opinión que tengan sobre el trabajo y profesionalismo de los abogados no sea un factor determinante para la toma de una decisión determinada, es un aspecto que estará presente cuando se litiga siempre ante los mismos jueces.

El jurado popular aporta una bocanada de aire fresco al sistema. En general los sistemas de jurados se estructuran de forma tal que cada ciudadano o ciudadana participará sólo una vez en un tiempo bastante prolongado en un juicio. Ese sólo aspecto ya determina una variación en la forma que tendrá a la hora de evaluar el caso, valorar la prueba, deliberar con el resto de los jurados y tomar una decisión final. La falta de “costumbre” sobre lo que acontece en un juicio posibilita que cada jurado evalúe los sucesos de la audiencia que le toque juzgar sin la carga de conocer a los abogados y tener una opinión formada sobre los mismos, estar acostumbrado al tipo de casos del que se trate, tener prejuicios positivos o negativos sobre la prueba que se presentará (especialmente la pericial). En definitiva, sin negar el compromiso con la imparcialidad de los jueces profesionales, creemos que un jurado popular garantiza un grado de imparcialidad superior en la decisión definitiva de un juicio.

En segundo lugar, tampoco puede obviarse que la composición plural de un jurado popular (en términos de género, edad, procedencia, tradiciones culturales, escalas de valores, etc.) permite pensar en una deliberación muy rica sobre el caso. Siendo un número importante de ciudadanos y ciudadanas puestos a discutir las posiciones de las partes y las pruebas presentadas en favor de una u otra, todas esas características distintivas que hacen que el jurado sea plural deben traducirse en una discusión que trasciende la interpretación de la norma y generan una mirada más profunda y, quizá, adecuada para tomar una decisión en el caso.

En tercer lugar el jurado popular puede funcionar como un factor de mayor exigencia a la preparación y el litigio de las partes. De la misma forma en que los jueces profesionales corren el riesgo de cierto “acostumbramiento” a determinadas circunstancias de litigio, los abogados por su parte también llegan a eso mismo. Siendo un número limitado de jueces los que deciden los casos civiles, rápidamente los abogados que litiguen en el fuero aprenderán cuáles son los criterios, intereses, formas de valoración, etc., de los jueces profesionales. A partir de ello, sabrán qué cosas pueden plantear ante determinados jueces,

cómo hacerlo y cuáles no. Con el jurado popular eso no resulta posible: cada jurado es un nuevo juez y obliga al litigante a preparar el caso como si fuera su primer juicio. De esa forma, se garantiza que los litigantes llegarán a la audiencia de juicio con un caso verdaderamente preparado. Por otra parte, la presión de litigar ante un jurado puede significar también un elemento importante a la hora de proyectar los casos y buscar soluciones alternas, ya que ningún litigante querrá arriesgarse con un caso con el que no pueda persuadir al jurado. Este último punto de apoyo al jurado como forma de juzgamiento es el que más nos lleva a sostener que los abogados deberían comulgar con la implementación de sistemas de jurados populares: desde el punto de vista del ejercicio de la litigación, es el juicio ante un jurado popular el momento que permite desarrollar con mayor amplitud las habilidades y destrezas propias de un buen litigante.

Algunos temas específicos vinculados con el jurado popular

Evidentemente se trata de un tema que excede el ámbito específico de este Manual. Sin embargo, nos interesa dejar algunos tópicos sobre los que es necesario debatir en el contexto de regulación e implementación de un sistema de jurados populares:

- **Para qué tipo de casos.** Asumiendo nuestra postura y considerando al jurado popular como el sistema de enjuiciamiento que más exigencia pone al litigante en cuanto a la preparación, presentación y persuasión de su caso, pero que a la vez más profundamente garantiza la imparcialidad del juzgador, es necesario preguntarse si todos los casos civiles deben ser juzgados por jurados populares o sólo una porción de los mismos. En este segundo escenario es necesario preguntarse qué determinará la porción de casos que sean juzgados por esa modalidad: ¿la voluntad de las partes? ¿la cuantía en juego en el proceso? ¿la complejidad del caso? ¿el tipo de intervinientes? ¿el tipo de conflicto? ¿varios de esos aspectos? Son preguntas que deben responderse para dejar lo más claramente posible establecido cuándo interviene un jurado popular.

- **Qué tipo de jurados.** La división tradicional se da entre el jurado escabinado (con participación de jurados populares y jueces profesionales en la toma de decisión) o jurado clásico (sólo intervienen jurados populares en la toma de decisión, en tanto la conducción del juicio está entregada a un juez profesional). De los dos modelos, creemos que el preferible para efectivizar aquellos aspectos distintivos que hemos señalado (mayor imparcialidad, mayor exigencia en el litigio) es el jurado clásico, donde serán sólo los ciudadanos y ciudadanas los encargados de tomar la decisión.
- **Qué número de jurados.** También es importante, en cualquiera de los tipos de jurados que se determine, establecer el número de integrantes del jurado. Pueden, por ejemplo, establecerse distintos jurados (en cuanto a la cantidad de miembros) para diversos tipos de casos.
- **Cuál será el circuito para la conformación de un jurado.** También es importante determinar cómo se determinará el número de personas requeridas por determinado período (anualmente, por ejemplo), qué entidad tendrá a su cargo realizar la proyección, cómo se seleccionará al universo de jurados precisados para ese período, cómo se convocará al número específico para un juicio, qué información se brindará, qué obligaciones tendrá la ciudadanía que concurra como jurado, qué obligaciones tendrá el Poder Judicial para con esas personas, etc. Es preciso generar regulaciones previas que contemplen todos los aspectos logísticos y de convocatoria, de forma tal de garantizar la presencia de las personas que deban participar en calidad de jurados populares.
- **Aspectos específicos de litigio.** Existen dos aspectos no tratados en detalle en este manual que se vinculan con la labor de los litigantes en un escenario de juicio por jurados:
 - a. **La selección del jurado.** En los casos de regulación de juicio por jurados los litigantes deben desarrollar habilidades específicas para concurrir a la audiencia

de selección del jurado del caso, saber qué tipo de jurado se precisa, qué potenciales jurados deben ser descartados, cuáles son las herramientas para identificar perfiles, cuáles las formas de cuestionar a los jurados, cómo no generar un ambiente de confrontación, etc. Una serie de aspectos específicos que deben trabajarse y practicarse ya que hacen parte del litigio del juicio propiamente tal.

- b. **La discusión de las instrucciones.** Las instrucciones al jurado son la indicación que el juez técnico dará una vez finalizada la producción de prueba en el juicio sobre las reglas del debido proceso, las formas de valoración de la prueba y los puntos en controversia en el caso concreto. Es, probablemente, uno de los momentos más técnicos en un proceso judicial. Por ello, adquirir habilidades para la generación de propuestas de instrucción, la confrontación de las propuestas por la contraparte y, en definitiva, la litigación de las instrucciones finales en favor de la parte que se representan, es un segundo aspecto que debe trabajarse con mucha intensidad en esta modalidad de juzgamiento.

La negociación

Este es un Manual dedicado a la litigación y, por ende, orientado a señalar las herramientas propias del trabajo del abogado frente a un caso controvertido. Sin embargo a lo largo de todo el texto apareció una y otra vez, vinculada a la actividad de análisis y proyección de los casos, la necesidad de evaluar las posibilidades de un arreglo del caso por una vía distinta al juicio.

Es necesario valorizar las herramientas y métodos propios de los mecanismos de resolución no controvertida de conflictos. La formación de los abogados suele estructurarse demasiado orientada (y no siempre adecuadamente orientada) al litigio controvertido. Las materias vinculadas con habilidades de resolución de conflictos por vía de la negociación no suelen tener un lugar preponderante en las currículas de grado universitario. Sin embargo, vemos

que cada paso de análisis que demos en un caso concreto nos llevará a preguntarnos cuán cerca estamos de un juicio o de algún tipo de acuerdo con la contraparte. Y la única forma de lograr acuerdos provechosos para nuestro cliente es contar con herramientas que nos permitan negociar en forma adecuada y no quedar atrapados en la proposición y posición de la contraparte. Por ello, un primer punto que deseamos señalar al respecto es que en un sistema como el que hemos planteado a lo largo de todo el manual, la formación de los abogados debe ir más allá del litigio oral en juicio y orientarse también a estas otras herramientas de solución de los casos.

En un segundo plano, pero no menos importante, está la valoración de los espacios existentes para la solución de casos por vías alternativas. Tanto a nivel judicial a través de la creación de centros de conciliación, mediación y/o negociación propios (que en algunos casos son un requisito obligatorio previo a la interposición de una demanda, en otros casos son espacios voluntarios para las partes o donde los jueces pueden derivar casos) como a nivel extra judicial a través de centros con dedicación específica a la solución de disputas o funcionando dentro de otras instituciones (colegios profesionales, universidades, organizaciones no gubernamentales, en otros poderes del Estado como suelen ser los centros de conciliación en las carteras de Trabajo de los Poderes Ejecutivos, etc.), la posibilidad de contar con asesoramiento, intervención y/u orientación en el ámbito de la solución alternativa de conflictos es cada vez mayor. Contar con un mapa de recursos para la derivación o trabajo complementario de los casos es también una herramienta con la que los abogados deben contar en estos nuevos sistemas. La posibilidad de trabajo coordinado puede generar una optimización en los resultados que, quizá, supere la expectativa puesta en el resultado de un proceso judicial.

En ese sentido quizá haga más sentido a los litigantes pensar en la estrategia por encima del litigio: no todos los casos deben llegar a una audiencia de juicio. El litigante debe saber identificar cuáles son los casos que tienen vías alternativas de solución y debe contar con recursos suficientes para lograr que esos casos terminen con una solución eficiente.

La organización para el litigio

Finalmente deseamos tocar un tema que aun siendo propio de la estructura judicial impacta enormemente en la labor de los abogados: la estructura que se espera de sistemas organizados para la oralidad.

Esquemáticamente (y simplificando al extremo) podemos identificar dos grandes modelos de organización de los tribunales:

- El **modelo tradicional**, basado en la idea de un juzgado a cargo de un juez profesional, con una serie de funcionarios con profesión de abogados y un número importante de empleados administrativos también muy orientados al conocimiento y la labor jurídica.
- El **modelo moderno**, basado en la idea de separar la función jurisdiccional de la administrativa, poniendo a los jueces a trabajar a través de un esquema de colegio, gran tribunal con muchos integrantes o pool de jueces por una parte y estructurando una única oficina administrativa de atención a todos los jueces de un determinado colegio, tribunal o pool en forma igualitaria.

El modelo tradicional, evidentemente, es propio del sistema del expediente. Al ser el proceso judicial básicamente una construcción sucesiva de escritos y actuaciones que se colocan en un orden, de una forma y con un lenguaje determinado en el expediente que termina siendo el único instrumento que el juez tomará en cuenta para la construcción de su decisión en el caso, resulta bastante lógico que todos los integrantes del juzgado tengan una formación jurídica ya que trabajan, básicamente, en lo mismo.

Más allá de todas las críticas ya formuladas a este modelo desde el punto de vista del expediente como formato de decisión, es necesario señalar también las dificultades que genera en términos de organización del trabajo: suele decirse en algunos lugares que “cada juzgado tiene su propio código procesal”. Esa afirmación es bastante gráfica de lo que genera el modelo tradicional:

cada juzgado es una isla, organiza el trabajo de formas diversas, genera respuestas a cuestiones de trámite que también resultan diversas y la enorme dificultad es para el litigante, que debe aprender las “reglas” de cada uno de los juzgados en los que le toque intervenir. Con un agravante: esas “reglas” diferenciadas suelen relacionarse con cuestiones absolutamente accesorias, secundarias, de índole estrictamente administrativo y de trámite. Por lo tanto, los litigantes pierden mucho tiempo y recursos en lograr tramitar sus causas a raíz de este tipo de diferencias. Finalmente, este modelo se caracteriza por uno de los grandes males del sistema escrito: la delegación de funciones; en un esquema donde todos aportan “su granito de arena” en la construcción del expediente, no es poco frecuente que la tarea jurisdiccional se vea reducida a firmar una serie de “proyectos” que se convierten en “decisiones” sólo por el hecho de la firma. En modelos con cargas procesales altas es casi que comprensible que esto suceda: este modelo genera la ficción de un juez omnipresente cuando, en realidad, son los funcionarios y personal del juzgado los que realizan el trámite de los casos.

El modelo moderno es el más apropiado para una estructura de audiencias: al reunir a todos los jueces de determinada materia en un solo conjunto (llámese colegio, pool de jueces, mega despacho o tribunal) cuya única función es la jurisdiccional, corta de raíz con la posibilidad de delegación de funciones (más allá que en un sistema verdaderamente oral esa posibilidad no existe porque quien debe tomar las audiencias vinculadas con los distintos momentos del proceso es el juez). A la vez, al generar una única instancia de apoyo administrativo a todos los jueces (la hemos llamado a lo largo de este manual “Oficina Judicial”), garantiza actuaciones estandarizadas en todo lo referido al trámite de los casos. En otras palabras: este modelo de organización elimina la posibilidad del “juzgado isla” y profesionaliza ambas labores: la toma de decisiones en cabeza exclusiva de los jueces y el trámite administrativo vinculado a los procesos judiciales bajo la responsabilidad de una Oficina Judicial. En la medida en que este esquema se consolida, resulta mucho más eficiente para los litigantes que saben que, independientemente del juez con quien les toque litigar el caso concreto, todo lo vinculado al apoyo administrativo (presentación de escritos, solicitudes de

audiencia, pedidos de colaboración para la búsqueda y registro de pruebas, etc.) se realizará siempre de la misma forma, bajo criterios estandarizados.

Nos pareció necesario señalar este punto vinculado a la organización porque es sumamente importante reconocer que de la misma forma que es muy dificultoso implementar un sistema oral sin reforma normativa, es casi imposible implementar una reforma procesal con impronta de oralidad si no se generan nuevos modelos organizativos. Imagine el lector el caos que sería para la organización propia de los casos bajo su cargo tener que aprender tantas formas de solicitar audiencias como juzgados existan; o tener que diligenciar las comunicaciones a los testigos involucrados en un caso en tantos formatos diversos como juzgados haya. La generación de unidades de trabajo en aspectos clave para el funcionamiento del proceso es una de las características que debe estar presente en la implementación de una reforma. Entre las tareas unificadas que facilitarán la labor de los litigantes y agilizarán la tarea de los jueces encontramos:

- Recepción de solicitudes;
- Programación de audiencias y asignación de jueces;
- Apoyo a los litigantes en materias probatorias (punto que hemos abordado al analizar la producción de prueba en la Tercera Parte de este Manual);
- Comunicaciones y notificaciones;
- Registro de las audiencias;
- Seguimiento de los casos.

La importancia de contar con una Oficina Judicial con una dirección única, profesionalizada y orientada específicamente a optimizar el trabajo en las áreas señaladas y brindar un buen servicio a jueces, litigantes y usuarios en general, es un tema que no puede quedar fuera de los debates sobre la implementación de reformas procesales civiles.

PARA SEGUIR PENSANDO. PALABRAS FINALES

Partimos este Manual señalando que constituye un ensayo y una propuesta y finalizamos recordando aquel compromiso inicial. Más allá que hay determinados puntos en los que hemos asumido una posición específica y fundamentado las razones de tal asunción, entendemos que la reforma procesal civil es un proceso en construcción, con muchísimos debates abiertos y una multiplicidad de temas aún por resolver. Pretendemos que este texto sirva como un aporte, desde una mirada particular: la del abogado que concurre a los tribunales en representación de una persona con un conflicto determinado.

Mirar el proceso civil desde la lógica de la litigación ayuda a repensar muchas posiciones que a veces tenemos arraigadas desde nuestra formación original, pero sobre las que no hemos reflexionado demasiado. En ese sentido, surgen algunas afirmaciones que en principio podrían resultar contradictorias pero que a la luz de pensar en concreto en la construcción de un proceso judicial parecen bastante atinadas:

- La necesidad de abandonar el expediente no es el equivalente absoluto a eliminar el uso del papel. Existen determinadas actuaciones (la demanda y su contestación, por ejemplo) que deben permanecer presentándose por escrito independientemente de la regulación del proceso que se realice porque hacen a la posibilidad cierta de preparar las actuaciones y litigar las audiencias con fundamento.

- La oralidad como centro de las reformas tampoco es el equivalente a plantear que absolutamente todos los asuntos deben ser resueltos en forma oral. Hemos visto varios ejemplos en el Manual de temas que deben debatirse en concreto para definir la mayor o menor eficiencia de generar formas escritas u orales de presentación por parte de los litigantes.
- La especificidad de diversos conflictos (o materias específicas de trabajo) no necesariamente equivalen a la necesidad de regular tantos procesos distintos como especificidades existan. Hemos explorado la posibilidad de regular un esquema básico de procedimiento que pueda incorporar diversas particularidades de acuerdo al caso que se trate.

Se trata de avanzar en la reflexión y pensar en los mejores formatos de trabajo (tanto desde el trabajo de los abogados y los jueces como desde los espacios de apoyo administrativo) de cara a los usuarios del servicio. Por ello también hemos puesto un empeño particular en señalar la consonancia de muchas de las propuestas específicas que se realizan a lo largo de este texto con las 100 Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad: porque consideramos que ese instrumento constituye un norte muy preciso al que apuntar en la planificación, discusión e implementación de mejoras en nuestros sistemas judiciales en general y en nuestros procesos civiles en particular.

Sin lugar a dudas hay una enorme cantidad de temas que no hemos podido abordar por caso: el cobro de honorarios de los abogados y su adecuación a estos nuevos sistemas orales; la participación como partes en los procesos civiles de actores distintos a los involucrados directos, como los representantes de determinadas áreas estatales o de determinadas organizaciones involucradas en la temática, etc. Hemos procurado plantear temas centrales para pensar en el cambio. Y para invitar a los principales protagonistas de las causas judiciales en sede civil, que son los abogados litigantes, a repensar su práctica y adecuarla a los desafíos de la oralidad. Un camino tan vertiginoso como interesante y productivo para la construcción de una justicia mejor y de una profesión más eficiente.



América Latina ha sido testigo durante los últimos años de diversos procesos de reforma a los sistemas de justicia en el ámbito civil. Estos procesos han traído consigo diversos desafíos tanto a nivel de las instituciones como de los operadores del sistema para adecuarse a las nuevas exigencias y principios que inspiran estos avances.

Bajo el contexto anterior, el Centro de Estudios de Justicia de las Américas, CEJA, con el apoyo financiero de Global Affairs Canada, pone a disposición de los litigantes civiles el presente manual, que constituye una herramienta para el desempeño de sus funciones en el contexto de los procesos civiles reformados. Esta publicación pretende situarse como una primera herramienta que permita a los litigantes abordar los conflictos desde la teoría del caso y, al mismo tiempo, definir estrategias que permitan identificar diferentes vías para la solución de ellos.

Ponemos a disposición de los lectores una herramienta que permite al litigante aproximarse al nuevo proceso civil de una manera más técnica y estratégica y, con ello, posibilitar una resolución de los conflictos con mejor calidad y eficiencia.