

VI

El Contrainterrogatorio Silencioso

*No despliegues a un dragón oculto**

1. Introducción

La expresión “contrainterrogatorio silencioso” (*silent cross-examination*) es utilizada por Francis L. Wellman para indicar la renuncia técnica, consciente y estratégica al derecho a formular preguntas durante el contrainterrogatorio.⁵⁶¹ El *arte de no contrainterrogar* es uno de los más difíciles de ejecutar con maestría, exige una decantada experiencia y un afilado instinto.

En sentido estricto, el contrainterrogatorio silencioso se presenta cuando no se formula *ninguna pregunta* al testigo adverso en el momento en que corresponde el turno para contrainterrogar, lo cual suele simplemente declinarse con la expresión: “No tengo preguntas, señor Juez.”

Puede también presentarse el caso en que se hace uso del derecho a repreguntar, pero dejando deliberadamente por fuera ciertos temas o materias, reduciendo el contrainterrogatorio a unos pocos puntos sin mayor importancia; en ese caso se habla de un *contrainterrogatorio aparente*, modalidad de contrainterrogatorio silencioso, solo que no *total*, sino apenas *parcial*.

* Tomado del *I Ching* o *El Libro del Camino*.

561 Francis L. Wellman, *The Art of Cross-examination*, Dorset, Press, New York, Fourth Edition, 1986, Capítulo VII, p. 132 y ss...

La experiencia enseña que cuando termina el interrogatorio directo y el juez concede la palabra al abogado de la contraparte, éste suele verse presa de un instintivo e irresistible deseo de contrainterrogar al testigo, a toda costa. De hecho, como anota Bergman, “entregar un testigo al repreguntador se parece a dejar las llaves de un auto deportivo en manos de un adolescente. Ninguno de los dos puede resistir la tentación.”⁵⁶²

Quizás esto se presenta debido a que, como anota Goldberg:

todos creemos que hay un reconocimiento de la pertinencia y la validez cuando no se cuestiona en las repreguntas el testimonio suministrado en el interrogatorio directo. Nadie está dispuesto a reconocer tal cosa. Nos ponemos de pie y repreguntamos, incluso si no sabemos adónde vamos o por qué estamos actuando de ese modo. El problema de la realización de las repreguntas cuando uno no tiene una meta para ellas, es que el abogado está subrayando indebidamente la declaración del testigo.⁵⁶³

Samuel Leibowitz expresaba su opinión sobre el tema:

- Se habla tanto acerca de la importancia del arte de [contrainterrogar]...
- No solo se habla; se han escrito muchos libros acerca de ese arte. Yo espero que alguien escriba un buen libro acerca del arte de NO [CONTRINTERROGAR]. El [contrainterrogatorio] es como una bomba atómica en la Sala de Jurados. Rara vez destruye a un viejo y astuto guerrero como Wallace*, pero en manos inexpertas puede precipitar al acusado dentro de un calabozo o echar a perder la labor del Ministerio Público. En

562 Paul Bergman, *La Defensa en Juicio. La Defensa Penal y la Oralidad*, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, Segunda edición, 1995, p. 136.

563 Steven H. Goldberg, *Mi Primer Juicio Oral: ¿Dónde me siento y que diré?*, Editorial Heliasta, Buenos Aires, 1994, p. 201.

* James Garret Wallace fue uno de los mejores Fiscales de los Estados Unidos durante las primeras décadas del siglo pasado. Era “un hombre severo con voz atronadora y un odio intenso hacia todos los quebrantadores de la Ley. (...) era un rudo fiscal que preparaba cuidadosamente sus casos ... un maestro en el [contrainterrogatorio].” (Quentin Reynolds, *Sala de Jurados. La Historia de Samuel S. Leibowitz*, Editorial Constanca, México, Catorceava Edición, 1969, pp. 382 y 387, paréntesis fuera del texto original).

otras palabras, se pierden más casos por culpa del [contrainterrogatorio] de los que se ganan.⁵⁶⁴

Es por ello que el litigante debe ser sumamente cauteloso en esta materia, pues un caso puede perderse al tomar la decisión equivocada de contrainterrogar; puede ser que en muchos casos el mejor contrainterrogatorio sea *no formular ninguna pregunta*, incluso acompañando dicho anuncio con cierto gesto que represente lo poco importante que fue la declaración del testigo adverso; ello puede ser especialmente eficaz en un juicio con jurado. Al respecto K. Hegland enseña:

La cuestión no es determinar si el testigo nos ha perjudicado [casi siempre lo hacen], sino más bien si uno puede hacer algo al respecto. Si no puede determinar puntos, considere la posibilidad de encogerse de hombros: ‘Su Señoría, nada tengo que preguntar a este testigo’. Practique el encogimiento de hombros; con el tiempo podrá hacerlo de un modo que sugiera que no solo el testigo no lo perjudicó, sino que él no merece ni siquiera el desprecio de la gente civilizada.⁵⁶⁵

El sentido de la llamada por algunos “técnica del encogimiento de hombros”, se ve claramente ilustrado en una práctica tradicionalmente atribuida a Clarence Darrow*, quien disminuía la importancia del testimonio acompañando la frase “no hay preguntas” con un gesto de la mano que expresaba desinterés.⁵⁶⁶

564 Q. Reynolds, op. cit., p. 390, paréntesis fuera del texto original, mayúsculas en el texto original, el sentido auténtico de las palabras “interrogar” e “interrogatorio” es sustituido por las expresiones entre paréntesis, adecuadamente traducidas.

565 Kenney F. Hegland, *Manual de Prácticas y Técnicas Procesales*, Editorial Heliasta, Buenos Aires, 1995, p. 112.

* Clarence Darrow (1857-1938). Fue un destacado abogado litigante norteamericano. Entre otros asuntos famosos se hizo cargo del caso Leopold-Loeb, donde dos adinerados estudiantes secuestraron y asesinaron a un niño. Darrow recomendó a sus clientes declararse culpables y los salvo de la pena de muerte utilizando testigos expertos que demostraron como Leopold y Web no eran completamente responsables de sus acciones. Su caso más famoso ocurrió en 1925 cuando defendió al profesor de escuela John T. Scopes, a quien se acusó en un pequeño pueblo de enseñar la evolución del origen del hombre en vez de la doctrina de la divina creación. Este caso es el tema de la película “*Inherent The Wind*”, 1960, producida y dirigida por Stanley Kramer, protagonizada por Spencer Tracy en el papel de Clarence Darrow. También se desempeñó en el caso Scottsboro, donde posteriormente actuaría Samuel Leibowitz defendiendo a los nueve hombres de raza negra acusados falsamente de violar a dos mujeres blancas. Para más datos de su biografía véase <http://www.fansoffieger.com/darrow.htm>

566 P. Bergman, op. cit., p. 138.

Reconocidos litigantes coinciden en subrayar *la importancia de no contrainterrogar*. Así, para F Lee Bailey la primera regla del contrainterrogatorio es *no hacerlo*: “No interrogue a menos que haya meditado su objetivo y decidido que tienen (sic) algo que ganar. Si un testigo no lo ha perjudicado en su caso, no lo interrogué, incluso si puede demostrar que su testimonio contiene algunas discrepancias de importancia secundaria.”⁵⁶⁷

En muchos casos es mejor renunciar a la repregunta, o *limitarla a unos reducidos puntos*. Al respecto Goldberg advierte con razón que “el modo más seguro de evitar una derrota en una repregunta es evitar que el testigo diga una sola palabra.”⁵⁶⁸ En efecto, abstenerse de contrainterrogar es la técnica que ocupa el primer lugar, por el nivel de seguridad, en el procedimiento de las repreguntas, pues:

en el supuesto de que todos los abogados controlan bastante bien su propia lengua, de modo que no dirán nada que sea esencialmente perjudicial para el cliente, el abogado puede garantizar la seguridad y el control definitivo en las repreguntas impidiendo que el testigo abra la boca. Ciertamente, hay ocasiones en que la mejor repregunta se expresa en la frase ‘No hay preguntas, Su señoría’.⁵⁶⁹

Emory R. Buckner* acuñó una célebre frase que conviene aplicar en esta materia: “Cuando el contrainterrogador se levante y no sepa exactamente qué preguntar o por dónde comenzar, él debería decir: ‘No tengo preguntas.’”⁵⁷⁰

567 F. Lee Bailey, *Como se ganan los juicios. El abogado litigante*, Editorial Limusa – Grupo Noriega Editores, México, Novena reimpresión, 2002, p. 159, la expresión “interrogué”, adecuadamente traducida, equivale al término “contrainterrogué”.

568 S. Goldberg, op. cit., p. 185.

569 Ibidem.

* Emory R. Buckner (1877-1941), fue uno de los más eminentes abogados de los Estados Unidos y un experimentado contrainterrogador. Mientras estuvo en la Corte Suprema, el Juez Harlan lo recordaba cuándo era su jefe en New York: “La barra de abogados de New York le ha dado al país muchos abogados distinguidos, pero pocos de ellos, me atrevo a decirlo, han dejado una huella tan profunda en la próxima generación de la profesión como lo ha hecho Emory R. Buckner. . . Su influencia no fue pedante, sino que nació del carácter profesional y humano que se adhiere a aquellos que se ven expuestos a él”. (Peter Megargee Brown, *The Art of Questioning. Thirty Maxims of Cross- examination*, Macmillan, 1987, USA, p. 7, traducción propia).

570 Emory R. Buckner, *Comments on the “Uses and Abuses” of Cross-examination*, en Francis L. Wellman, op. cit., p. 206, traducción propia.

Por eso se ha dicho -y nunca será innecesario repetirlo- que “la primera norma para determinar lo que uno debe repreguntar después de concluido el interrogatorio directo es ésta: si no hay nada que repreguntar, no repregunte.”⁵⁷¹

Cuando sea otorgado el turno para contrainterrogar a un testigo el litigante debe preguntarse, primero que todo, si conviene hacer uso de esa peligrosa arma que son las repreguntas. El contrainterrogatorio es un arma poderosísima. Siendo así, debe recordarse lo señalado en la cita que dio inicio a este capítulo: no se debe desplegar un poder cuando debe estar oculto, ya que “un poder debe esconderse mientras esté inmaduro y sea insuficiente para influir sobre una situación de manera constructiva. Un poder debe también estar escondido cuando no se dan la ocasión y las circunstancias para llevar a cabo una acción positiva.”⁵⁷²

La pregunta que surge en este punto de la exposición es la siguiente: ¿Cómo saber con precisión cuándo *contrainterrogar*? Y si se decide contrainterrogar solamente para evitar el efecto perjudicial que causaría la omisión de repreguntar, ¿cómo realizar un contrainterrogatorio apenas *aparente*?

En primer lugar, se definirá con precisión que se entiende por *contrainterrogatorio aparente*. Posteriormente, se analizará *la decisión de contrainterrogar* mediante la presentación de siete criterios que pueden informar una decisión inteligente acerca de si se debe o no contrainterrogar.

2. El contrainterrogatorio aparente

La expresión contrainterrogatorio aparente (*apparent cross-examination*) es utilizada por Thomas A. Mauet⁵⁷³ para designar aquellas situaciones en las cuales no se tiene nada para cuestionar exitosamente al testigo o a su testimonio, pero se tiene la

571 Goldberg, op. cit., p. 201.

572 Thomas Cleary, *El Arte de la Estrategia*. Ideas creativas basadas en la antigua sabiduría china, Edaf, Arca de sabiduría, Madrid, 12ª edición, 2002, p. 87.

573 Thomas A. Mauet, *Fundamentals of Trial Techniques*, Little, Brown and Company, Boston – Toronto, 1980, p. 286-287.

necesidad de contrainterrogar debido a la importancia que tuvo el testigo para el caso de la contraparte, por lo que el juzgador espera alguna clase de contradicción que, de no presentarse, puede llevar a que sobreestime el efecto perjudicial del testimonio adverso.

El contrainterrogatorio aparente se asimila a la “repregunta implícita”, término acuñado por Hegland cuando señala: “Incluso si usted no tiene un propósito definido, puede contemplar la posibilidad de formular unas pocas preguntas solo para sugerir al jurado que no acepta ese testimonio. Este recurso puede ser eficaz.”⁵⁷⁴

Como ya se anotaba, el *contrainterrogatorio aparente* es una modalidad de *contrainterrogatorio silencioso*, en cuanto que no es total, sino apenas parcial o aplicado a un tema o aspecto del contenido de la declaración.

En el contexto del juicio, *no contrainterrogar* puede producir el efecto de que se acepta la declaración del testigo, lo cual puede no ser aconsejable. En palabras de Bergman, “a veces, uno no dispone de medios prontos para recusar a un testigo. Pero siente que debe repreguntar, no sea que el juzgador infiere erróneamente que uno acepta la declaración del testigo.”⁵⁷⁵

Pero de otro lado, hay testigos que no deben contrainterrogarse, por múltiples razones. Como enseña Bergman, “uno tiene que reconocer que cuando repregunta, está indicando que la declaración directa de un testigo era importante, e implícitamente promete información favorable.”⁵⁷⁶ De ahí que “el peligro más general de la repregunta no es la revelación dramática de la evidencia perjudicial, sino la mera incapacidad para avanzar. A diferencia de lo que sucede con el amor, es mejor no haber repreguntado que repreguntar y perder.”⁵⁷⁷

Este asunto implica una doble problemática: de una parte, hay testigos que deben ser contrainterrogados, solamente para no dejar

574 Hegland, op. cit., p. 112.

575 Bergman, op. cit., p. 159.

576 *Ibid.*, p. 138.

577 *Ibidem.*

la impresión en el juzgador de que el caso resultó irreparablemente perjudicado.

Pero, de otro lado, no contrainterrogar a un testigo puede dar la sensación al juzgador de que el mismo era tan intrascendente que no ameritaba preguntarle nada.

Así las cosas, el contrainterrogador debe formarse un criterio acerca del efecto que sobre el juzgador pueda tener la omisión o renuncia a contrainterrogar. Para ello deberá tener en cuenta los siguientes factores, especialmente aplicables en cuanto a *la expectación del juzgador respecto del contrainterrogatorio*, lo cual es más evidente cuando de un jurado se trata.⁵⁷⁸

- El Juzgador puede creer a un testigo por el simple hecho de que está declarando bajo juramento y aceptar su dicho como verdad porque no fue contrainterrogado.
- El Juzgador puede creer en la fortaleza del testigo y aceptarlo solamente porque capta una falla de la contraparte al no contrainterrogarlo.
- El Juzgador puede pensar que el abogado de la contraparte cree en la verdad del testimonio simplemente por el hecho de que no ha intentado desmentirlo mediante el contrainterrogatorio.

El *contrainterrogatorio aparente* satisface la primera alternativa, implicando un examen tangencial del testigo sobre algunos de los siguientes tópicos colaterales a su testimonio.⁵⁷⁹

- Quién lo llamó como testigo.
- Quién le habló sobre el caso.
- Si hubo discusión previa del testimonio con el abogado de la contraparte.
- Si existieron reuniones previas con otros testigos presentes.

578 Se sigue en esto a Romero Soto y Romero Álvarez, *Técnica Jurídica de Investigación e Interrogatorio*, Ediciones Librería del Profesional, 1ª Edición, Bogotá, 1989, p. 460- 461.

579 Se sigue a T. Mauet, op. cit., p. 286.

- Si se dio lectura de materiales para preparar su testimonio.
- Si tiene un interés de cualquier tipo en el resultado del proceso.
- Si tiene un conocimiento previo de las partes, entre otros aspectos.

En resumen, se trata de explorar muy rápidamente al testigo sobre algunos de estos aspectos, cubriendo así la expectativa de contradicción esperada por el juzgador. Las preguntas que componen un contrainterrogatorio aparente deben ser muy pocas.

3. La decisión de contrainterrogar

Como en todas las facetas del contrainterrogatorio, para responder a la pregunta acerca de si se debe o no contrainterrogar lo que realmente resulta importante es el *criterio* y la *intuición* del litigante. Este es un dilema complejo y su adecuada respuesta requiere una decantada experiencia, un excelente dominio del caso y un equilibrado criterio jurídico.

El derecho a contrainterrogar es un derecho renunciabile o desistible por su titular. Por lo tanto, nadie está obligado a contrainterrogar al testigo adverso una vez ha finalizado el interrogatorio directo. La decisión de contrainterrogar está determinada, entre otros factores, por la expectativa del juzgador, el propósito de lograr alguna utilidad y la natural inclinación al éxito.⁵⁸⁰

Thomas A. Mauet enseña cuáles son las preguntas fundamentales que se debe formular el litigante a fin de tomar una decisión respecto a si debe o no contrainterrogar.⁵⁸¹

1. ¿Hace daño el testigo a la teoría del caso?
2. ¿Es el testigo importante?

580 *Ibid.*, p. 460.

581 T. Mauet, *op. cit.*, pp. 238-240.

3. ¿Es el testimonio creíble?
4. ¿Dio el testigo menos de lo que se esperaba de él en el interrogatorio directo?
5. ¿Cuáles son mis expectativas reales en el contrainterrogatorio?
6. ¿Qué riesgos necesito tomar?

A estos juiciosos criterios puede sumarse uno más, especialmente aplicable a nuestra práctica forense, que se concreta así:

7. ¿Qué grado de discrecionalidad tendría el juzgador para valorar los aspectos del testimonio que están en disputa?

A continuación se analizarán separadamente cada uno de estos criterios.

3.1. ¿Hace daño el testigo a la teoría del caso?

Francis L. Wellman escribió hace ya una centuria:

NADA podría ser más absurdo o una mayor pérdida de tiempo que contrainterrogar a un testigo que no ha declarado sobre ningún hecho material en su contra. Y todavía, extraño como puede parecer, las cortes están llenas de abogados jóvenes -y no sólo jóvenes!- quienes parecen sentir que es su deber contrainterrogar a cada testigo al que se le toma juramento. Ellos parecen temer que sus clientes o el jurado sospechen de su ignorancia o incapacidad para conducir un juicio. Sucede no infrecuentemente que tales exámenes innecesarios producen el desarrollo de nuevas teorías del caso para la contraparte; y un testigo que podría haber estado dispuesto como inocuo mediante el simple silencio, se convierte en un formidable obstáculo en el caso.⁵⁸²

La clave del asunto reside entonces en saber percibir, una vez finalizado el examen directo, si realmente el testigo ha causado daño, o mejor dicho: *si ha afectado la teoría del caso de quien contrainterroga.*

■ 582 Francis. L. Wellman op. cit., p. 132, mayúsculas en el texto original, traducción propia.

Es evidente que no se debe contrainterrogar a un testigo cuando la teoría del caso del contrainterrogador no sufre ninguna afectación sustancial con lo declarado en el examen directo; por eso, se ha dicho con razón que “la primera pregunta que cada [contrainterrogador] debe hacerse antes de decidir si se [contrainterroga] a un testigo es: en qué medida su declaración ampliará mi concepto sobre el caso. Si el testigo de la contraparte lesiona claramente el concepto sobre el caso, al contrario de lo que pudiera pensarse, esa sería una de las razones para proceder al [contrainterrogatorio] si fuere necesario.”⁵⁸³

Sin embargo, la regla que aconseja no contrainterrogar a un testigo que “no perjudica” debe ser analizada con detenimiento, porque “en realidad el testimonio de un testigo de la parte contraria casi siempre ‘perjudica’, en el sentido de que suministra al adversario la evidencia que necesita para apuntalar sus proposiciones fácticas. Por lo tanto, lo que la regla aconseja es que uno se ande con cuidado, no sea que sus repreguntas aumenten el daño.”⁵⁸⁴

Uno de los eventos en que se puede pasar por alto el contrainterrogatorio ocurre cuando la disputa del caso, o del testimonio rendido, no tiene carácter *fáctico*, es decir, cuando no se discute lo que sucedió.⁵⁸⁵ Son asuntos que podrían llamarse de *puro derecho*, pues, a un testigo no se le puede preguntar si determinada conducta constituye una violación a la Ley, ya que esa pregunta corresponde contestarla al juez. De nuevo, es la teoría del caso el instrumento para conocer con precisión la naturaleza de *lo que está en disputa* en el proceso.

También se puede desechar la repregunta cuando el testigo declara en el examen directo sobre una controversia fáctica que no está siendo objeto de disputa en el juicio⁵⁸⁶, por ejemplo cuando el defensor alega la ausencia total de responsabilidad y el testigo adverso declara sobre los daños sufridos por la víctima. El carácter

583 Romero Soto y Romero Álvarez, op. cit., p. 462, paréntesis fuera del texto sustituyendo las expresiones “interrogador”, “interroga” e “interrogatorio” por el término “contrainterrogatorio” ya que es el concepto al que realmente aluden los autores.

584 P. Bergman, op. cit., p. 137.

585 Al respecto, Bergman, *Ibid.*

586 *Ibidem.*

disputado o indisputado de la materia sobre la que declara el testigo es proporcionado, nuevamente, por la teoría del caso.

Puede ser conveniente desechar la repregunta cuando la evidencia afirmativa⁵⁸⁷ que ingresa la contraparte al proceso no choca ni contradice las proposiciones fácticas de quien conainterroga. En los casos penales un ejemplo muy común ocurre cuando la defensa convoca *testigos de conducta*: en muchos casos la acusación probablemente no necesitará conainterrogar a esos testigos, si lo que discute no es la buena conducta del procesado sino su actuar delictivo en un día y lugar determinados.

Sobre este tópico nuestra doctrina ha sostenido que es innecesario conainterrogar a un testigo en un asunto penal, por ejemplo, cuando “declara sobre los buenos antecedentes del sindicado, pero no tiene conocimiento alguno personal con respecto a la fecha, el día, el tiempo y lugar y la identificación del autor del delito, su declaración puede carecer de importancia”.⁵⁸⁸

3.2. ¿Es el testigo importante?

La “importancia” del testigo estará en función de la teoría del caso, es decir, en relación con el daño o indiferencia que aquel tenga para la versión de los hechos de la parte que pretende conainterrogar. Esto remite al análisis anterior.

3.3. ¿Es el testimonio creíble?

Este criterio tiene dos facetas. De un lado, cuando el testigo adverso ha declarado de forma limitada y verosímil quizá no sea conveniente conainterrogarlo, pues al hacerlo “solamente conseguirá prolongar el tiempo en que el juzgador escucha al testigo, con lo cual se acentúa la influencia que éste ejerce sobre él.”⁵⁸⁹

De otro lado, cuando la declaración en sí misma suena manifiesta y patentemente inverosímil -y además es notado que así lo ha

587 “La evidencia afirmativa consiste en los hechos que tienden a demostrar la exactitud de una proposición fáctica”, Bergman, op. cit., p. 26.

588 Romero soto y Romero Álvarez, op. cit., p. 462.

589 P. Bergman, op. cit., p. 138.

percibió el juzgador- puede ser innecesario el contrainterrogatorio, pues ya el motivo de sospecha o incredulidad está probado por el interrogatorio directo y produjo sus efectos. Contrainterrogar en esas condiciones, como se verá más adelante al tratar acerca de *los riesgos*, puede abrir una peligrosa oportunidad para que lo que pareció claramente inverosímil en el examen directo se muestre creíble durante el contrainterrogatorio.

3.4. ¿Dio el testigo menos de lo que se esperaba de él en el interrogatorio directo?

Esto es especialmente aplicable cuando se trata de testigos de los cuales se sabe provendrá una evidencia muy dañina, pero cuya declaración efectiva no logra aproximarse siquiera al estándar esperado. Sabiendo el daño que puede causar un determinado testigo, puede ser más conveniente no contrainterrogarlo cuando la información perjudicial que se sabe pudo aportar no afloró efectivamente en el interrogatorio directo, por la razón que fuere.⁵⁹⁰ Contrainterrogar en esas condiciones implica un *riesgo*: que finalmente aparezca la información perjudicial, bien durante el contrainterrogatorio o durante el interrogatorio-redirecto.

Se debe tener en cuenta, en todo caso, que aquí suele ser fructífera una tradicional estrategia de la contraparte: no extraer determinada información que le puede ser favorable a quien formula el interrogatorio directo con la finalidad de que la materia sea abordada durante el contrainterrogatorio, surgiendo así la información a instancias del adversario. De esta forma, la información extraída tendrá un efecto doblemente perjudicial: aparece la información dañina a solicitud de quien no convocó al testigo, lo cual le imprime a la evidencia mayor confiabilidad a los ojos del juzgador por ausencia de *preparación*, en el sentido técnico de la palabra.⁵⁹¹

⁵⁹⁰ Por ejemplo, falta de técnica del directo examinador, mal desempeño del testigo, entre otras.

⁵⁹¹ La "preparación de un testigo" no debe ser entendida como el aleccionamiento del mismo por parte del abogado que lo cita, con miras a que declare lo que no le consta o lo que el litigante quiere que declare. Por la referida preparación se entiende el derecho del abogado a entrevistarse con el testigo para conocer previamente que es lo que a él le consta, a fin de poder formular un interrogatorio técnico que extraiga los hechos relevantes y evite pérdidas innecesarias de tiempo. La preparación del testigo incluye la amonestación al testigo por parte de quien lo entrevista en el sentido de que diga siempre la verdad, no importa a quien perjudique o favorezca. Véase el capítulo sobre *La Preparación del Contrainterrogatorio*, Num. 2.2.5. *La Entrevista con los testigos de descargo*.

Este asunto representa una doble lección y un doble riesgo:

1. Para quien realiza el examen directo el mensaje es que quizá no deba extraer toda la información relevante para su caso en el curso del interrogatorio, con la esperanza de que la contraparte indague esas áreas y saque a relucir temas que favorezcan el caso durante el contrainterrogatorio.

El *beneficio* para el directo examinador consistirá, si el adversario extrae la información, en que el material surgirá mucho más convincente e impactante.

Pero, el *riesgo* es delicado: si el adversario no repregunta sobre esos temas, quien realizó el examen directo no podrá contar con esa evidencia en el juicio, la cual era relevante para su caso; en otras palabras, puede verse privado de la prueba que necesita. Recuérdesse que el interrogatorio re-directo no es una oportunidad para preguntar lo que se debió indagar en el interrogatorio directo, pues debe versar sobre los aspectos surgidos durante el contrainterrogatorio.

2. Para el contrainterrogador la situación es la siguiente: al notar que la contraparte dejó de lado ciertos temas o áreas en el interrogatorio directo puede optar por explorar los mismos.

Si lo hace, el *beneficio* puede consistir en la aparición de un terreno fértil para contrainterrogar, con resultados positivos. El *riesgo* es precisamente lo que se está explicando y que toca con el tema del contrainterrogatorio silencioso: que se trate de una estratagema que ha tendido la contraparte, en virtud de la cual el contrainterrogador termine extrayendo durante las repreguntas información que, deliberadamente omitida por el abogado contrario, reafirma el caso del oponente y destruye el propio.

Al respecto Howard L. Nations enseña:

Cuando un testigo de la contraparte no testifica en el examen directo sobre un hecho conocido e importante que es perjudicial a su caso, usted debe estar alerta a la posibilidad de que le hayan tendido una trampa. El abogado de la contraparte puede haber escogido no exponer la evidencia en el examen directo para permitir que ese testimonio surja durante el contra-

interrogatorio, dándole por eso más impacto y permitiéndole al testigo anotar puntos en su contra. La teoría es que esa evidencia, emergiendo adversamente contra el contrainterrogador, tendrá un impacto mayor en las mentes de los jurados que si hubiese surgido durante el examen directo.

Usted puede negar a su contraparte este impacto planeado por cualquiera de estas vías: (1) evitando la materia tratada o (2) si resulta apropiado, escogiendo no contrainterrogar, negándole también al abogado de la contraparte la oportunidad de extraer la evidencia durante el re-directo.⁵⁹²

A lo anterior debe agregarse lo indicado por Bergman, quien expone una de las sugerencias que aumenta las posibilidades de realizar una eficaz *excursión de pesca*⁵⁹³: prestar atención a los temas que el adversario evita en el interrogatorio directo. Esa actitud de la contraparte puede deberse a que sabe que el testigo que presentó es contradictorio sobre la materia, o porque no se mostró seguro, o la información favorece a quien contrainterroga. Pero también puede ser que la contraparte evite ciertas áreas intencionalmente para que el contrainterrogador “caiga en la trampa” de buscarlas –y obtenerlas-.

En efecto, “si el abogado de la parte contraria está evitando intencionadamente el área, con la esperanza de que usted formule preguntas a las cuales el testigo dará respuestas condenatorias, tiene derecho a asesinar al abogado de la parte contraria una vez concluido el juicio.”⁵⁹⁴

Por eso la regla tradicional cuando el abogado no cubre ciertos temas relevantes durante el interrogatorio directo –y se esperaba que así lo hiciera- es ésta:

si un asunto interesante para el caso no queda cubierto en el interrogatorio directo, no pregunte nada en la repregunta que

592 Howard L. Nations, *Cross-Examination*, documento electrónico, en:

http://www.howardnations.com/crossexamination/cross_ex.htm, traducción propia.

593 En la obra de Bergman “salir de pesca” es contrainterrogar formulando preguntas cuya respuesta no se pueden refutar. Es una técnica de repreguntas de mínima seguridad, muy riesgosas, pero que puede ser la única alternativa de contradicción en algunos casos.

594 Bergman, op. cit., p. 167. En el mismo sentido Hegland, op. cit., p. 124, quien opina que el abogado que tiende semejante celada “no es una persona muy simpática.”

permita que un abogado regrese y retome el tema en la refutación. Si el asunto no está cubierto cuando llega el momento en que termina el interrogatorio directo, anótelos en su hoja de resumen con un comentario amplio para usted mismo que incluirá la recomendación de mantenerse apartado del tema durante las repreguntas.⁵⁹⁵

Los criterios que cabe considerar para decidir si omitir o abordar durante el contrainterrogatorio el material dejado de lado por la contraparte son estos⁵⁹⁶:

a) La competencia del adversario. Mientras más incompetente el adversario es menos probable que la omisión durante el examen directo haya sido deliberada. Un adversario competente *probablemente* formulará durante el examen directo las preguntas fundamentales que soportan su caso o que dañan el de la contraparte.

b) La parcialidad del testigo. Mientras más parcial el testigo es más *probable* que la información perjudicial surja en el contrainterrogatorio. Antes de arriesgarse se sugiere explorar bien al testigo, examinando primero otras áreas para formarse una idea de sus inclinaciones tendenciosas y su posible honestidad.

c) La propia capacidad para refutar la respuesta adversa. La seguridad para preguntar sobre un tema que fue omitido en el examen directo, y que surgió en el contrainterrogatorio, dependerá de los medios con que se cuente para refutar la respuesta dañina del testigo. Por ejemplo, el nivel más alto de seguridad se encuentra en la capacidad de refutar la respuesta mediante declaraciones previas inconsistentes.

Existen muchas anécdotas judiciales extraídas de la práctica judicial angloamericana que ilustran lo que aquí se quiere decir. Un interesante ejemplo de este tipo de situaciones, que a la vez representa bien lo que significa el contrainterrogatorio silencioso sobre ciertas materias del testimonio, se presentó en una Cor-

595 Goldberg, op. cit., p. 201.

596 Se sigue en esto a Hegland, op. cit., pp. 114-115.

te de Nueva York, con S. Leibowitz como protagonista. Quentin Reynolds en su biografía del célebre abogado relata este asunto tal y como realmente ocurrió:⁵⁹⁷

El Comité Seabury procesó a varios policías integrantes del Escuadrón contra el vicio en la ciudad de Nueva York. Se les acusaba de extorsionar y acusar falsamente a las prostitutas. Uno de los acusados fue Peter Brown quien fue defendido por Samuel Leibowitz. El Fiscal del caso era James Garret Wallace. La base de la acusación contra Brown era el testimonio de Rita Antonina: en el pasado el patrullero Brown la había sorprendido ejerciendo la prostitución y fue por eso sentenciada, asunto que ella nunca olvidó.

Cuando el Comité Seabury hizo pública su investigación Rita Antonina, ahora felizmente casada y con una posición social respetable, se presentó voluntariamente a declarar para dar a conocer el abuso que en su contra había cometido el patrullero Brown cuando la arrestó en el pasado. Dijo que Brown la había extorsionado solicitándole dinero, y que cuando ella se había negado a dárselo él la había llevado ante la justicia y la había hecho condenar. La versión de Brown era del todo distinta: cuando él llegó a contratar sus servicios como agente encubierto le pagó la suma acordada, Rita se había despojado de la bata y se había tirado invitadoramente desnuda sobre la cama, momento en el cual fue arrestada. Leibowitz se entrevistó con su cliente antes del juicio:

- Lo malo es que ella lo niega –dijo Leibowitz-. Habrá que creerle a usted o a ella; y los periódicos han preparado el terreno para que el Jurado le crea más bien a ella.

-No me puedo imaginar a nadie que pudiera apetecer a esa mujer -dijo Brown contristado-. De veras, señor Leibowitz; con la pura cicatriz que tiene asustaría a cualquiera.

-¿Cicatriz? –preguntó Leibowitz intrigado-. Vi un retrato de ella en el News, esta mañana, y no percibí que tuviera ninguna cicatriz en la cara.

■ 597 A continuación se presenta una síntesis del caso, tomado de Reynolds, op. cit., p 382 y ss..

-En la cara no –dijo con indiferencia Brown-, la tiene en la panza, como de operación de apendicitis, pero tiene como 16 centímetros de largo. Nunca he visto una cicatriz más fea.

-Cuándo vio usted esa cicatriz? –preguntó impaciente Leibowitz-

A Brown le sorprendió el tono de voz de su abogado y dijo:

-Tenía que haberla visto. ¿No le dije que ella se tendió en la cama completamente desnuda?

-Por qué no mencionó usted ese hecho en la Corte de los Magistrados cuando testimonió contra ella?

-Nadie me pidió que la describiera, -respondió el policía, intrigado por el interés que mostraba su abogado.

-Que tiene de importante esa cicatriz?

-Nada... nada... –respondió sarcásticamente Leibowitz-. Solo es un pequeño detalle interesante. Ahora escúcheme Brown: mañana va usted a sentarse en la silla de testigos, y el Fiscal tratará de hacerlo trizas; es un hombre honrado, pero cree la historia de esa mujer. No se atemorice cuando lo interrogue; conteste a todas las preguntas con verdad. No trate de evadir ningún sesgo del asunto. El Fiscal procurará hacerle perder los estribos, pero usted manténgase calmado y no mencione la cicatriz a menos que él le pregunte como se veía esa mujer en la cama.

-¿Y si usted me lo pregunta?

Déjeme a mi el asunto –repuso Leibowitz sonriendo.⁵⁹⁸

Leibowitz había previsto lo que haría el Fiscal, poniéndose en su lugar. Conociendo lo minucioso que era aquél Fiscal de seguro ya sabía de la existencia de la fea cicatriz quirúrgica y supondría que si la versión del acusado fuera cierta, éste habría notado dicha cicatriz y la hubiera mencionado en la Corte de los Magistrados; si Brown hubiera visto a la mujer desnuda, seguramente le

■ 598 Ibídem.

habría mencionado la cicatriz a su abogado y Leibowitz habría preguntado al respecto durante su examen directo. En el juicio, Leibowitz examinó muy brevemente a su cliente, casi de forma negligente, y se lo entregó a Wallace para el contrainterrogatorio. El acusado fue repreguntado con sucesivas preguntas en un tono atronador, al punto que Leibowitz pidió al Juez que solicitara al Fiscal que bajara su tono de voz; las preguntas del Fiscal “caían como martillos, rápidas, concisas y contundentes”, y entonces:

Leibowitz observó como el Fiscal Wallace preparaba el escenario. Lo hizo diciendo abruptamente, con una sonrisa despectiva:

-Eso es todo.

Brown inició un movimiento para abandonar la silla de testigos. Luego marchó hacia su lugar y había ya casi llegado a la mesa del consejo de la defensa cuando Wallace prorrumpió:

-Un momento, Brown. Por favor vuelva a la silla de testigos. Hay algo que quiero preguntarle.

La carnada estaba en el anzuelo, éste había sido lanzado al agua y ahora Wallace se preparaba a tirar del sedal. Leibowitz murmuró: “Ahí viene”. Los jurados se mantuvieron expectantes.

-Usted afirma que Rita Antonina se tendió sobre la cama, desnuda, -tronó Wallace.- Y ahora, Brown, ¿hay algo particular acerca de ella que se le haya quedado grabado en la memoria?

Tras breve pausa, Brown contesto, como recordando:

-Ya que usted menciona eso, señor Wallace, le diré que efectivamente hay algo: esa mujer tenía una cicatriz grande y fea que va desde el ombligo a... a... bueno a sus partes privadas. ¡No podré olvidar esa cicatriz mientras viva!

El Fiscal Wallace había tirado del sedal y el anzuelo no había enganchado más que un zapato viejo. El Juez, que era un hombre inexpresivo y un jurista taciturno, parpadeó asombrado. Los jurados abrieron los ojos, atónitos. ¿Y el Fiscal Wallace? Su faz rojiza se había vuelto púrpura; se volvió rápidamente hacia Leibowitz y murmuró: “¡Es usted un ..!” Leibowitz se con-

tentó con sonreír virtuosamente, como si no hubiera roto ningún plato, y ocultando el rostro con la mano para que el Juez no se diera cuenta, cerró un ojo a Wallace. Luego éste se volvió nuevamente a Brown:

-¿Por que no mencionó esa cicatriz antes? –tronó.

-Nadie me preguntó acerca de ella, -contestó Brown apegándose completamente a la verdad. Entonces Wallace lo dejó por la paz. Leibowitz pidió a la quejosa que fuera a la silla de testigos pues deseaba hacerle una pregunta más:

-Tiene usted una cicatriz tal como la describe el acusado? – preguntó cortésmente.

Los ojos de la muchacha buscaron el suelo y dudó por un momento. El apiñado auditorio de la Sala de Jurados estaba expectante. Por último murmuró ella con voz ahogada:

-Sí ... sí la tengo.

-No puedo escuchar la contestación de la testigo, -dijo Leibowitz- Por favor que la lea en voz alta el taquígrafo de la Corte.

-Sí ... la tengo, -repitió el taquígrafo con voz sonora que repercutió en toda la Sala de Jurados. El Jurado deliberó poco, por supuesto el veredicto fue: “no culpable”. Brown abrazó emocionado a su defensor.

Por cierto que solo Brown y Murria, defendidos por Leibowitz, fueron los únicos miembros del Escuadrón contra el Vicio, acusados de extorsión, que fueron absueltos de los cargos.⁵⁹⁹

Del anterior relato se desprenden varias enseñanzas aplicables al tema que se analiza:

a) De forma brillante Leibowitz supo omitir durante el interrogatorio directo la obtención de un detalle que sembraría la credibilidad en la versión del acusado (la cicatriz), con el propósito de que surgiera más eficazmente durante el conainterrogatorio.

■ 599 Ibídem, pp. 388 –389.

b) El Fiscal Wallace debió hacer uso, parcialmente, del contra-interrogatorio silencioso en lo tocante a la pregunta sobre la fea cicatriz quirúrgica de la testigo de cargo.

c) El Fiscal Wallace no evaluó acertadamente el criterio de capacidad para refutar la respuesta adversa, pues si bien el testigo no había mencionado el tema de la cicatriz en una oportunidad anterior (en la Corte de los Magistrados cuando testimonió contra Rita Antonina), también era cierto que nunca se le había indagado al respecto, lo cual explicaría razonablemente su omisión. Por el contrario, en el caso en que se le hubiese preguntado al testigo sobre el tema de la cicatriz con anterioridad al juicio y él no hubiese mencionado el tema en lo absoluto, la capacidad de recusación del Fiscal Wallace habría sido altísima (sería un buen caso de *recusación por enunciado previo inconsistente*, por omisión) y el resultado habría sido probablemente distinto.

Este ejemplo ilustra muy bien aquello sobre lo cual se prevenía al lector al inicio de esta obra: como las técnicas adversativas no están diseñadas en sí mismas para deformar la verdad y como, cuando ello ocurre, es el sistema el que falla, pero no la técnica en cuanto tal. Supóngase que en el caso en comento el Fiscal Wallace no hubiese preguntado al acusado sobre la fea cicatriz. Años después, cuando ya era Juez, Leibowitz contestó este interrogante a su biógrafo:

-¿Y si el Fiscal Wallace no hubiera caído en la trampa? ¿Si no hubiera hecho aquella importante pregunta?

-Yo estaba prevenido, -sonrió el Juez-. Hubiera vuelto a llamar a Brown a la silla de testigos y hubiera hecho la pregunta yo mismo. La respuesta de Brown, naturalmente, no hubiera producido el mismo impacto sobre el Jurado que respondiendo a la misma pregunta hecha por el Fiscal.⁶⁰⁰

Si en vista del contrainterrogatorio silencioso del Fiscal la parte acusada tampoco formula la pregunta, el sistema judicial fallaría por ese aspecto, pues no se habría conocido el hecho real de

■ 600 Q. Reynolds, op. cit., p. 390.

la cicatriz y la verdad habría salido lastimada. Allí fallaría el rol de la defensa en el desarrollo del interrogatorio re-directo. Pero, nótese como la técnica adversativa, como tal, no se orienta a la tergiversación de la verdad; todo lo contrario. El resto opera *en beneficio de la persuasión*, asunto que no es de poca monta, pues en el juicio oral el juzgador valora la declaración del testigo principalmente leyendo detrás de sus emociones para descubrir la verdad, la mala fe o el error honesto.⁶⁰¹

Del anterior ejemplo se deduce que *el contrainterrogatorio silencioso tiene un sentido estratégico en el marco del examen de los testigos*.

Como es sabido, el examen de los testigos puede discurrir por al menos tres turnos: 1) el *interrogatorio o examen directo*, por quien propuso la prueba; 2) el *contrainterrogatorio*, por la parte contraria; y, 3) el *interrogatorio re-directo*, a cargo nuevamente de la parte que propuso la prueba y sobre aspectos tratados en el contrainterrogatorio. A esta serie se suma a veces el *re-contrainterrogatorio*, nuevamente a cargo de quien formuló el contrainterrogatorio, sobre aspectos tratados en el interrogatorio re-directo.

Es evidente que si quien tiene el turno de contrainterrogar no hace uso de ese derecho *cierra la oportunidad* para un interrogatorio re-directo, pues renunciando al contrainterrogatorio agota el examen del testigo.

Esto puede ser eficaz en casos en los cuales el interrogatorio fue notablemente pobre en cuanto a lo que se esperaba de él. La situación se puede ilustrar con una anécdota tomada de la práctica de Francis L. Wellman, en el curso de un juicio en el cual él actuaba como abogado asistente del Fiscal.⁶⁰²

Ocurrió que un tal Alfonso Stephani fue acusado del homicidio de Clinton G. Reynolds, un prominente abogado de Nueva York. La

601 "El juez o el jurado pueden hacer un aporte afirmativo al emocionante drama valuando la declaración del testigo, no solo en base a su turbación o confusión, o, en el caso contrario, de su triunfante terquedad, sino leyendo detrás de esas emociones, para descubrir su honestidad o perfidia." (Louis Nizer, *Mi Lucha en los Tribunales*, Ediciones selectas, Buenos Aires, 1963, p. 345).

602 A continuación se presenta una síntesis del caso, tomado de F. Wellman, op. cit., pp. 133-134.

teoría del caso de la defensa consistía en la inimputabilidad (*insanity*) del acusado, pero en realidad éste, que obviamente tenía desórdenes mentales, no era inimputable en el sentido legal del término; el acusado fue condenado y sentenciado a prisión perpetua. Stephani fue defendido por William F. Howe, uno de los más exitosos abogados penalistas de su tiempo. El doctor Allan McLane Hamilton, un eminente psicólogo, hizo un especial estudio del caso Stephani, lo visitó en la cárcel y preparó una exhaustiva exposición de su condición mental, para lo cual fue contratado por la defensa como su principal testigo.

El defensor planeó presentar el testigo al jurado, pero sin preguntarle acerca de su experiencia y sus estudios en el caso Stephani. Obviamente el abogado juzgó que el joven fiscal, De Lancey Nicoll, y su también joven asistente, Wellman, eran un par de poco experimentados abogados que, sin duda, contrainterrogarían extensamente al experto, permitiéndole responder a las preguntas con el doble efecto de que la evidencia favorable al caso del acusado surgiría durante las preguntas de la Fiscalía y no a instancias de la defensa que convocó a su propio testigo. Era un plan preconcebido entre el defensor y su testigo; Howe, entonces, limitó su examen directo a unas simples preguntas:

“Dr. Hamilton, usted ha examinado al prisionero, no lo hizo?”

“Yo lo hice, señor”, contestó el Dr. Hamilton.

Es él, en su opinión, sano o insano? continuó el Sr. Howe.

“Insano”, dijo el Dr. Hamilton.

«Usted puede contrainterrogar», tronó Howe, con uno de sus gestos característicos. Hubo una rápida consulta entre el Sr. Nicoll y sus asistentes.

«Nosotros no tenemos preguntas», comentó el Sr. Nicoll, calladamente.

«Qué!» exclamó Howe, “¿no le hará preguntas al famoso Dr. Hamilton? Bien yo lo haré,» y volviéndose al testigo empezó a preguntarle qué tan detallado fue el estudio que él había hecho de los síntomas del prisionero, etc.; cuando, a nuestra objeción,

el Juez Van Brunt ordenó al testigo que abandonara el estrado de los testigos, pues su declaración había concluido, dictaminó que ya que el examen directo había terminado, y como no había habido contrainterrogatorio, no había ningún espacio abierto al Sr. Howe, excepto llamar a su próximo testigo!⁶⁰³

En este ejemplo, a diferencia del caso correspondiente a la fea cicatriz de Rita Antonina, el contrainterrogatorio silencioso operó de forma *total* para cerrar definitivamente la compuerta a posteriores exámenes del testigo mediante el interrogatorio re-directo.

3.5. ¿Cuales son las expectativas reales en el contrainterrogatorio?

Conviene recordar cuál es el objetivo del contrainterrogatorio: básicamente se trata de un mecanismo defensivo destinado a controvertir la evidencia adversa. Si el logro de ese objetivo primario no es claro, cuando termine el interrogatorio directo quizá lo mejor sea no contrainterrogar. A este respecto son oportunas las enseñanzas de Francis L. Wellman:

Desde que el único propósito del contrainterrogatorio es romper la fuerza del testimonio adverso, debe recordarse que un fútil intento solo fortalece al testigo con el jurado. No puede dejar de repetirse, por consiguiente, que diciendo nada (*saying nothing*) frecuentemente tendrá un mejor resultado que mediante horas de preguntas. Es exclusivamente la experiencia la que puede enseñarnos qué método adoptar.⁶⁰⁴

Este criterio presenta una excepción en el caso del contrainterrogatorio aparente, ya expuesto antes.

3.6. ¿Que riesgos necesita tomar?

El sentido común enseña que debe arriesgarse menos cuando más tenga que perderse. Y al contrario: si ya nada se tiene, o muy

603 *Ibíd.*, pp. 134-135, traducción propia.
604 F. Wellman, *op. cit.*, p. 133, traducción propia.

poco para perder, puede atreverse a “ir más allá” con la esperanza de obtener algo que sea de utilidad.

Esto no debe entenderse como una autorización técnica para concontrinterrogar sin propósitos claros y predefinidos, lo cual nunca habrá de emprenderse.

Un claro ejemplo de la aplicación de este criterio se presenta cuando puedan ofrecerse eficazmente testigos de descargos que pondrían al menos en duda las declaraciones del testigo adverso. En ese caso no se justifica correr el riesgo de controvertir al testigo de la contraparte mediante el concontrinterrogatorio -especialmente si ha resultado sólido al declarar sobre un punto sustancial al juicio-, pues usualmente es mucho más seguro interrogar a los testigos que el concontrinterrogador ha propuesto sobre el punto debatido. En este sentido Wellman señalaba acertadamente:

Puede ser que usted tenga de su propio lado tantos testigos que controvertirán el testimonio adverso, que no merece la pena aventurarse con los riesgos que usted necesariamente correrá emprendiendo un esmerado concontrinterrogatorio.⁶⁰⁵

Entonces, debe tenerse en cuenta que el concontrinterrogatorio es un arma de doble filo: puede ayudar si es eficazmente manejado, pero puede dañar irreparablemente si se lo utiliza a la ligera y sin las debidas precauciones. En muchos casos los beneficios del concontrinterrogatorio son solo aparentes y sus potenciales peligros son a veces subestimados.

Eso es precisamente lo que suele suceder cuando, quien lleva a cabo el concontrinterrogatorio, se concentra exclusivamente en el *ataque* del testigo adverso y olvida la *defensa*. A continuación se enumeran algunos de los peligros o riesgos que se asumen cuando se toma la decisión de concontrinterrogar:⁶⁰⁶

a) El concontrinterrogatorio le puede permitir al testigo adverso repetir el testimonio directo, con la lamentable consecuencia de generar mayor impacto desfavorable y ganar credibilidad

605 *Ibidem*, p. 132, traducción propia.

606 Se sigue aquí en líneas básicas, con algunas modificaciones, lo expuesto por Romero Soto y Romero Álvarez, *op. cit.*, p. 464 y 465.

ante el Juzgador. Con razón se ha dicho que “nada merece tanta aceptación como la repetición y sobre todo la repetición en un foro; por ejemplo, la de las repreguntas, que es ostensiblemente hostil al testigo.”⁶⁰⁷

b) El contrainterrogatorio le puede permitir al testigo adverso reparar o explicar las fallas, inconsistencias o improbabilidades en que incurrió durante el examen directo, dándole así la oportunidad adicional de una mayor consistencia en la versión. Al respecto, Goldberg señala que “si uno no tiene preguntas eficaces que formular durante las repreguntas, la frase desdeñosa: “Su Señoría, nada tengo que preguntar a este testigo”, es mejor que formular preguntas que lleven a los jurados a escuchar de nuevo el interrogatorio directo y a aclarar las partes que quizá omitieron la primera vez.”⁶⁰⁸

c) El contrainterrogatorio puede ser la oportunidad para que aparezca como de gran interés algo que no tuvo importancia, bien sea que se haya dicho o no durante el examen directo.

d) El contrainterrogatorio puede ser un escenario para despertar simpatía hacia el testigo adverso y a la causa de la contraparte.

e) El contrainterrogatorio puede proporcionarle al testigo adverso una oportunidad para presentar hechos perjudiciales mucho más allá de lo expresado en el examen directo.

Un ejemplo de la aplicación del criterio relativo a los riesgos se aprecia en una escena de la película “*El Veredicto*”.⁶⁰⁹ En juicio indemnizatorio por mala práctica profesional contra un médico, originada en la muerte de una mujer durante el parto a cargo de aquél, el demandante contaba con un testigo de refutación para demostrar la negligencia del médico demandado: la enfermera que había llenado el formulario de ingreso de la paciente a cirugía, quien, interrogada, afirmó que antes de la cirugía le había dicho al demandado que la paciente había ingerido alimentos “1 hora” antes, lo que impedía aplicarle la anestesia como en efecto

607 Goldberg, op. cit., página 202.

608 *Ibidem*.

609 *The Verdict*, Twentieth Century Fox, 1982.

se ordeno por el médico. Pero aquel testimonio de refutación se contradecía radicalmente con lo que aparecía escrito por la misma testigo de refutación en el formulario de ingreso de la paciente a la sala de cirugía –por ella firmado-, donde se apreciaba manuscrito un número “9” en la casilla correspondiente a cuantas horas antes había consumido alimentos la paciente.

Cuando el demandado prestó su testimonio y le correspondió al demandante el turno de las repreguntas éste procedió a conainterrogarlo mediante preguntas hipotéticas; el demandado se apegaba a lo consignado en el informe que le fue entregado previamente a la cirugía, donde se leía que la paciente había ingerido alimentos “nueve horas” antes (lo cual salvaba su responsabilidad en el caso), pero admitió, hipotéticamente, que *si la paciente hubiese comido una hora antes de la cirugía el haberla anestesiado e intervenido hubiese constituido un caso de negligencia penal.*

Hábilmente *el demandante no conainterrogó nada más*, omitiendo preguntar al médico demandado con relación al hecho sobre el cual declarararía luego el testigo de refutación: que aquél, enterado del error cometido, había dado la orden de alterar el documento cambiando el “1” por un “9” en cuanto a la hora de la última ingestión de alimentos de la paciente.

Es en este punto donde el demandante procedió a presentar su testigo de refutación, la enfermera, quien *fue muy brevemente interrogada* sobre la materia por el abogado demandante: la testigo declaró que la paciente le había dicho que ella había comido *una* (1) hora antes de la cirugía y agregó en su testimonio que pasó el reporte escrito al médico con esa anotación. Nada más fue extraído en el examen directo. Fue el turno del abogado del demandado para conainterrogar.

Bajo conainterrogatorio la enfermera fue fuertemente confrontada con el formulario que ella misma aplicó cuatro años antes, donde escribió que la paciente había ingerido alimentos “nueve horas” antes de la cirugía. Al arremeter fuertemente contra la testigo, quien realmente decía la verdad, el abogado descubrió con desagrado lo ocurrido cuando la enfermera entre sollo-

zos explicó que el médico demandado, habiéndole confesado a la enfermera su error en el procedimiento (no leyó antes de la cirugía la anotación sobre la hora de la última alimentación de la paciente), la había compelido a cambiar el “1” por un “9”, bajo amenaza de hacerla despedir del empleo y arruinar su carrera; todo esto mientras la enfermera exhibía una fotocopia del documento original donde estaba escrito un “1” en vez de un “9”, obtenido por ella del original antes de modificarlo por orden del demandado.

Varias y muy valiosas enseñanzas se desprenden de lo expuesto para el tema que se está tratando:

a) El demandante hábilmente hizo uso del contrainterrogatorio silencioso (parcial) al examinar al médico demandado, pues nada le preguntó en relación con lo que luego probaría con el testimonio de refutación de la enfermera. De esta forma corrió el menor riesgo posible y eligió el camino más seguro para probar el hecho en disputa (la hora de ingesta de alimentos de la paciente antes de la cirugía): su propio testigo.

b) El demandante tendió una estratagema a su contraparte durante el examen directo al testigo de refutación, no abordando un tema que favorecía al demandado: la contradicción del formulario por ella firmado años antes (9 horas) con su declaración en juicio (1 hora). El propósito de dicha estrategia era que la información favorable al directo examinador (la orden de adulteración del documento emitida por el demandado bajo amenaza de pérdida del empleo) surgiera a instancias de la contraparte durante el contrainterrogatorio. Es un ejemplo muy típico de la ‘trampa’ que puede tender la contraparte durante el examen directo.

c) El demandado debió hacer uso del contrainterrogatorio silencioso (total) con la testigo de refutación. Si no hubiese formulado ninguna pregunta a la testigo, el demandante no habría podido hacer uso del interrogatorio re-directo y la contradicción, ya existente, entre la declaración y el formulario escrito sería notable y carecería de explicación razonable a los ojos del jurado durante los alegatos de conclusión.

Por lo expuesto, más vale evaluar atentamente los *riesgos* antes de decidirse a conainterrogar un testigo. La decisión que finalmente se tome estará determinada por un proceso de ponderación de las ventajas y los peligros inherentes al posible conainterrogatorio. Romero Soto y Romero Álvarez enseñan sobre el tópico:

Planeando y preparado se pueden reducir los riesgos, pero no eliminarlos en forma absoluta y por tanto debe conocer todos los riesgos de su decisión y actuación.

Para tomar una decisión bien informada, quien [conainterroga] debe pesar y comparar las esperanzas fundadas con las fallas que habrá de encontrar a lo largo de su camino. Solamente tomando esta ruta estará en capacidad de decidir de manera inteligente, y (sic) si el [conainterrogatorio] podrá servir en una forma mejor a sus propósitos. Sobre una base subjetiva, si se estima que las ventajas sobrepasan a las desventajas habrá quien una vez investigada ésta, (sic) decida llevar a cabo el [conainterrogatorio]. Si no fuere así se abstendrá de llevar a cabo éste.⁶¹⁰

3.7. ¿Qué grado de discrecionalidad tendría el juzgador para valorar los aspectos del testimonio que están en disputa?

Como es sabido, el funcionario judicial cuenta con un amplio margen de libertad para valorar la prueba de los hechos discutidos y probados en el proceso. Esta libertad del juzgador usualmente no es atacable mediante recursos ordinarios o extraordinarios, a menos que el uso de esta facultad aparezca *manifiestamente arbitraria* e irrazonable en el caso concreto.

Por eso, la decisión de conainterrogar debe también analizarse en relación con la libertad de valoración de la prueba con que cuenta el Juzgador. Una vez ha finalizado el examen directo, deberá evaluarse con extremo cuidado la forma en que quedaron

⁶¹⁰ Romero Soto y Romero Álvarez, op. cit., p. 465, paréntesis fuera del texto original suplantando las expresiones originales "Interroga" e "interrogatorio", por las razones ya expuestas.

establecidos los hechos declarados por el testigo. Si la conclusión es que esos hechos resultaron declarados de forma vaga o general, aun cuando no expresamente perjudicial, probablemente deberá contrainterrogarse solamente para evitar que el juzgador, haciendo un amplio uso de la libertad para valorar la prueba, proceda a interpretar esos hechos amplios y vagos en favor de la teoría del caso de la contraparte.

Lo que ocurre típicamente en estos casos es que la declaración fáctica del testigo es amplia y permite deducir, mediante la interpretación, consecuencias jurídicas a favor de las dos teorías del caso enfrentadas en el juicio. La necesidad de contrainterrogar surge entonces como medio para *estrechar la libertad de valoración probatoria del juzgador* frente a los hechos relevantes vagamente establecidos por el directo examinador, de forma que una determinada interpretación no permita válidamente “estirar” el entendimiento de esos hechos a favor de la contraparte.

Otro es el problema cuando la contraparte no demuestra con el examen directo la existencia de las proposiciones fácticas que requiere para sustentar su caso; en ese evento quizá lo mejor sea no contrainterrogar.

También será otro el evento cuando la vaguedad e indefinición de los hechos establecidos por el directo examinador no permita razonablemente al juzgador interpretar esos hechos en contra de quien repregunta. Si es esa la conclusión tampoco se debería contrainterrogar. Pero, en muchos casos, la amplitud con que cuenta el juzgador para valorar la prueba permite suponer que podría entender los hechos vagos e indefinidos a favor de quien contrainterroga, no obstante las fallas al momento de interrogar al testigo.

El siguiente ejemplo ilustra cómo debe operar este criterio sobre la decisión de contrainterrogar:

En un caso de homicidio el sindicado afirmó que se retiró del lugar donde ocurrieron los hechos aproximadamente a las 6:30 de la noche. La Fiscalía convoca a declarar a un testigo que afirma haberse retirado del lugar “como a las siete de la noche”, dejando en el lugar al sindicado. La presencia o ausencia del sindicado a esa hora es un hecho relevante en el juicio.

Para la defensa, la decisión de concontrinterrogar a este testigo implica estas reflexiones: la teoría del caso es que el sindicato no estaba presente en el lugar de los hechos cuando ellos sucedieron, media hora más tarde. En consecuencia, debe decidir si el testigo lesiona o pone en peligro la teoría del caso cuando afirma que el sindicato se quedó en el sitio “como a las siete de la noche”.

Podría pensarse que esta declaración no afecta la teoría del caso, por cuanto puede explicarse en los alegatos que el testigo declara una hora *aproximada* (“como las siete”) y el sindicato también (“aproximadamente” a las 6:30), por lo que la contradicción es apenas aparente y, en el peor de los casos, recae sobre aspectos accidentales del testimonio. Bajo esta perspectiva no se debe concontrinterrogar. Esa es una primera aproximación.

Pero nótese lo que ya se enseñaba al explicar el axioma denominado *del arbitrario judicial sobre cuestiones de hecho*: a mayor vaguedad en el establecimiento de los hechos mayor discrecionalidad del juzgador para entenderlos en determinada forma, la que él considere apropiada según su experiencia personal.⁶¹¹

El Juzgador podría interpretar que la versión del acusado está desmentida desde el momento en que él dice que se retiró a eso de las 6.30 p.m. y un testigo dice que lo vio quedarse allí a eso de las 7 de la noche, sobre todo si el juzgador considera, por su experiencia personal, que un lapso de media hora no es cosa de poca monta. Quizás entonces sea mejor estrechar la vaguedad, limitando así la libertad de valoración probatoria del juzgador de ese hecho a unos contornos y límites predecibles. El concontrinterrogatorio del testigo convocado por la acusación en este caso puede adoptar el siguiente formato, puramente ilustrativo de lo que se viene exponiendo:

P.- Pero, supongo que usted no miró el reloj cuando salió, ¿o lo hizo?

C.- No.

611 Véase el capítulo sobre *El Concontrinterrogatorio en la Tradición Jurídica Colombiana*, Num. 1. *La doctrina probatoria, la práctica forense y la tradición jurídica*.

P.- Si le entendí bien, usted dijo que salió del lugar “como a las siete”, ¿correcto?

C.- Sí.

P.- O sea que la estimación que usted hace cuando dice que salió de allí “como a las siete” es apenas aproximada, ¿correcto?

C.- Sí, correcto.

P.- Y esa salida de la que usted habla sucedió hace unos nueve meses, ¿correcto?

C.- Creo, que sí.

P.- Entonces, hoy usted declara que hace nueve meses salió de un lugar “como a las siete” de la noche, ¿es así?

C.- Sí.

P.- ¿Pudo usted haber salido esa noche del lugar *antes* de las siete?

C.- Sí, porque como dije es una hora aproximada.

P.- Qué tal a las 6:45 de la noche, ¿*pudo* haber sido así?

C.- Sí, es posible.

P.- O unos minutos antes de las 6:45, ¿*puede* ahora descartarlo con certeza?

C.- Es posible, no puedo descartarlo.

Después de este intercambio puede ser más *estrecho* el margen de valoración probatoria para el juzgador, en orden a negarse a concluir que es posible una diferencia de tiempo apenas accidental y que las dos versiones no se contradicen en lo sustancial. La teoría del caso –y la versión del acusado- puede ser así protegida de ser contradicha por una eventual lectura demasiado amplia y libre de la versión del testigo.

Nótese como en el ejemplo propuesto la decisión de contrainterrogar se finca en la seguridad de proteger en la mayor medida posible la teoría del caso -la cual se apoya en la versión

del acusado- frente a un ejercicio dígame un tanto 'excesivo' o subjetivo de la libertad de valoración probatoria por parte del juzgador.

En resumen, a veces puede ser necesario repreguntar para evitar que los hechos queden vagamente establecidos, con la eventual potestad del juzgador para interpretarlos en contra de la teoría del caso de quien conainterroga.

De todo lo expuesto se concluye que la maestría en el arte de conainterrogar incluye también maestría en el arte de *no conainterrogar*.

Capítulo de cortesía
para uso estrictamente personal