

LA PERSUASIÓN Y EL MODELO ADVERSATIVO

Dr. Julio Fontanet Maldonado
Catedrático en la Facultad de Derecho de la Universidad Interamericana de Puerto Rico, es Bachelor of Arts en Ciencias Políticas por la University of Central Florida; Máster en Leyes por la Universidad de Chicago, con estudios de postgrado en la Universidad Complutense de Madrid. Doctor en Derecho por la Euskal Herriko Unibersitatea. Docente visitante de la Academia de la Magistratura.

Sumario:

I. El modelo de adversarios y la práctica forense. II. La persuasión. III. La teoría del caso y los mandamientos de la persuasión.

I. EL MODELO DE ADVERSARIOS Y LA PRÁCTICA FORENSE

La administración de justicia en el campo de las controversias legales en un sistema adversativo⁴⁴ presenta un universo de retos a todos los operadores del sistema. Para las partes, no se trata meramente de tener la razón en términos sustantivos, ni de contar con la prueba para poder sostener sus alegaciones; se trata de convencer y persuadir al ente que juzga sobre la corrección y justedad de sus reclamos frente a la férrea oposición de la parte contraria. Precisamente, esa es la esencia del modelo adversarial, ese choque

de posiciones encontradas, donde en el contexto de un debate que se realiza en el foro judicial, el juez, o el jurado podrán percibir cuál de las partes tiene la razón.

Como puede verse, **el debate es fundamental** para que el sistema adversarial funcione de manera adecuada y eficiente⁴⁵. Dicho debate debe ser balanceado y las partes deben realizar todas las gestiones necesarias y cumplir con sus deberes ministeriales. Bajo ese escenario idóneo es que se podrá

⁴⁴ Sobre el desarrollo histórico del modelo adversativo véase: LORCA NAVARRETE, Antonio. *Manual de garantías jurisdiccionales y procesales del derecho*, Ed. Dykinson. Madrid (1998); F. GÓMEZ DE LIAÑO, *El proceso penal: Tratamiento jurisprudencial*. Ed. Forum. Oviedo (1992).

⁴⁵ Sobre la finalidad del modelo adversativo véase: FONTANET MALDONADO, Julio. *Plea Bargaining o alegación pre-acordada en los Estados Unidos: ventajas y desventajas. Una contribución al estudio de la conformidad en el proceso penal*, Instituto Vasco del Desarrollo Procesal, San Sebastián España (2008), pág.103-111.

producir un debate que ilustre la mente del juzgador y así pueda administrar justicia correctamente. Ello necesariamente implica que cuando una de las partes no haga su trabajo adecuadamente o no se le permita cumplir con su responsabilidad profesional⁴⁶, la finalidad del procedimiento adversarial será precaria. Es evidente que el modelo depende en gran parte del factor humano el cual se refleja en el actuar de las partes al interior del proceso⁴⁷. Esto puede interpretarse como su mayor desventaja, pero paradójicamente, puede ser también su mayor fortaleza.

Ante la realidad previamente descrita, es imperativo que los operadores del sistema se capaciten en todo lo que es el tema de las destrezas forenses, pero sobre todo, comprendan su importancia. No se trata de una lucha entre dos gladiadores, sino de una confrontación entre dos posiciones encontradas, donde prevalecerá aquella parte que no meramente tenga la razón, sino que también persuada al tribunal de que la tiene. La mencionada confrontación es altamente regulada por el derecho aplicable – particularmente el derecho probatorio – y por las normas éticas que regulan el ejercicio de la abogacía. El modelo adversativo no puede implicar el prevalecer a toda costa; lo que requiere es, representar cabalmente a nuestros representados. Argumentar otra cosa sería trastocar y adulterar su esencia y propósito.

Como parte de la preparación del abogado(a) en este modelo, se debe estar conciente de la importancia de **ser efectivos** en la presentación de su caso y de todos sus argumentos. A esos fines, su preparación debe trascender la investigación fáctica del caso y el estudio del derecho aplicable. Desde las etapas iniciales del proceso, ya se debe estar trazando una estrategia forense que propenda el fortalecimiento de nuestras pretensiones probatorias. Por otro lado, tampoco puede perderse de perspectiva que bajo este modelo, el interrogatorio de todos los testigos, la presentación de la prueba y la discusión sobre su admisibilidad o inadmisibilidad, recae sobre las partes, asumiendo el juez un rol más pasivo que le permita proyectar la imparcialidad deseada. Su función será más compatible

con la de un contralor del proceso, que una parte como tal. Es evidente que la carga de los abogados(as) es sumamente pesada.

Una interrogante a la cual se enfrentan los estudiantes de derecho o aquellos abogados(as) que pretenden desarrollar destrezas forenses, consiste en que si éstas son susceptibles de ser aprendidas o si sencillamente se nace con las mismas. En otras palabras, ¿son las destrezas forenses **un arte o una ciencia**? Cada cual podrá aportar una respuesta fundamentada a estas interrogantes. Desde nuestra perspectiva y experiencia, es una combinación de ambos conceptos, pero en diferentes grados. Hay que reconocer que es un arte, en la medida en que hay unas personas que nacen con determinadas destrezas y talentos, los cuales facilitan su entrenamiento como abogados o abogadas. También en esa misma dirección proyectan ser sumamente creativos en sus argumentos y teorías. Ahora, es también una ciencia – y ciertamente en mayor grado – porque es susceptible de ser aprendida. No importa nuestras fortalezas o debilidades, con estudios, entrenamiento y sobre todo con la experiencia, todos tenemos la posibilidad de desarrollar las destrezas necesarias para convertirnos en abogados(as) litigantes sobresalientes.

En el presente capítulo se discutirán algunos aspectos introductorios, cuya aplicación y adopción son de vital importancia para poder representar adecuadamente a una parte en un proceso judicial en el contexto de un modelo adversarial. Adviértase que en este modelo, el rol del abogado es fundamental para poder prevalecer en sus reclamos y el sistema judicial depende de sus ejecutorias para poder juzgar correctamente o al menos en una aproximación de lo justo.

II. LA PERSUASIÓN

Para prevalecer en nuestras pretensiones probatorias y sustantivas es menester poder persuadir al juzgador de que tenemos la razón. Cuando se habla

⁴⁶ Debe reconocerse que en muchas instancias los jueces o tribunales imponen limitaciones a alguna de las partes para cumplir adecuadamente con sus obligaciones profesionales. Esas limitaciones se manifiestan tradicionalmente en no permitir cierto tipo de preguntas, en no permitir el acceso a ciertos documentos o en proveer un tiempo razonable para prepararse adecuadamente. Lamentablemente, debe tenerse la honestidad intelectual de reconocer que algunos jueces no pueden proyectar la imagen de objetividad necesaria que requiere su puesto. Ello no significa que la aparente falta de objetividad se deba a consideraciones proscritas, sino que fundamentalmente se debe a su visión muy particular de lo que es la función judicial, o de lo que ha sido su trayectoria profesional previa.

⁴⁷ Para el óptimo funcionamiento del modelo adversativo, las partes deben cumplir con sus respectivas responsabilidades. El abogado que incumpla con su deber para con su cliente y no se prepare adecuadamente para representarlo, trastocará decisivamente el funcionamiento del sistema.

de persuasión, probablemente el primer nombre del mundo occidental que nos viene a la mente es el de Demóstenes. En sus discursos en contra de Filipo II de Macedonia demostró, sus dotes de gran orador utilizando una oratoria sencilla y sobria⁴⁸. A éste le siguieron otros como, Marco Tulio Cicerón y Marco Fabio Quintiliano, cuyas aportaciones siguen siendo pertinentes al tema de la persuasión.

La aportación del filósofo griego Aristóteles merece atención especial. Hace más de dos mil (2,000) años, identificó tres (3) elementos fundamentales de la retórica persuasiva. Son estos: *ethos*, *logos* y *pathos*⁴⁹. Por *ethos* se prestará especial atención al carácter del que articula el mensaje. En relación con *logos*, se enfatiza en la lógica y poder del argumento o del mensaje que se quiere transmitir. Finalmente, *pathos* nos remite al aspecto emocional del mensaje; esto último con gran relevancia al receptor del mismo y el impacto que le causa⁵⁰. Como puede intuirse, resulta sorprendente la actualidad del planteamiento de Aristóteles.

Del párrafo anterior se pueden precisar tres componentes específicos:

- **El portador del mensaje;** se refiere en primera instancia al abogado que representa la parte. Pero debe estar medianamente claro, que también se refiere a los testigos, que en el contexto de un modelo adversarial y oral, tendrán que testificar.
- **El mensaje como tal;** al hacer referencia al mensaje, tenemos que pensar en la prueba con la que contamos para establecer nuestras alegaciones. El portador del mensaje tiene que llevar una comunicación, mediante la cual convenza al juzgador de que le asiste la razón. En el contexto del proceso judicial, dicho mensaje o comunicación estará constituido por los mecanismos de prueba tradicionales⁵¹.
- **El receptor del mensaje;** que se refiere al juzgado, ya sea jurado, tribunal colegiado o unipersonal, que juzgará la controversia presentada en el juicio.

Como puede verse, la persuasión requiere que se atiendan con rigor esos tres componentes. A esos fines,

la formación y preparación de los abogados postulantes adquiere una dimensión mucho más amplia que en el pasado. Tiene que adentrarse en el área de la psicología clínica para saber cómo toman decisiones los jueces y jurados, cuál es su proceso mental para analizar hechos y llegar a conclusiones y también sobre sus prejuicios. Precisamente, dicha rama de la ciencia nos enseña que las personas evalúan la información y emiten decisiones atendiendo a varios mecanismos de procesar información. Por ejemplo, y como discutiremos mas adelante, se señala que la mayoría de las personas toman decisiones basadas en factores afectivos relacionadas con el hemisferio derecho de la mente. Estas decisiones son a base de deducción y con elementos emotivos⁵². Por consiguiente, se enfocan más en las personas envueltas en el problema con tal⁵³. Otro sector de la población – los menos – analizan el problema desde una óptica lógica o cognoscitiva. Evalúan la prueba y las respectivas alegaciones, desde una perspectiva objetiva y con una mente abierta⁵⁴.

El estudio de la psicología clínica es sólo el principio. En los procesos judiciales actuales es necesario compenetrarse con los últimos adelantos de la tecnología que pueden ser pertinentes, ya sea como evidencia sustantiva o demostrativa, pero que a su vez presenten un sinnúmero de obstáculos y exigencias probatorias para su admisibilidad. Finalmente, tiene también que conocerse los más recientes desarrollos científicos que son de suma utilidad para ayudar al juzgador a juzgar controversias complejas en vista la corriente actual de facilitar cada día más, la admisión de pruebas científicas y el testimonio pericial.

Toda esta información y destrezas son necesarias para ejercer adecuadamente la abogacía en el contexto de un modelo adversativo. Pero cabe destacarse que también son de utilidad en los procesos de negociación que con tanta regularidad se realizan. Ciertamente, dicho proceso tiene unas características particulares que requieren otro tipo de destrezas, no obstante, el tema de persuasión será de gran ayuda durante el proceso de negociación para así lograr los objetivos trazados. Por otro lado, un abogado que tenga la reputación de ser un litigante efectivo, propiciará que la otra parte considere la deseabilidad de disponer del caso mediante un acuerdo, en la medida que reconoce

⁴⁸ HANLEY, Robert F . *Brush up your Aristotle*; publicado en Appellate Practice Manual, American Bar Section of Litigation (1992), pág. 288.

⁴⁹ PERRIN, T. MITCHEL, H. & C. Chase, *The Art & Science of Trial Advocacy*, Anderson Publishing, Cincinnati (2003), pág. 13.

⁵⁰ *Ibíd.*

⁵¹ Éstos son: conocimiento judicial, prueba testifical, documental, real, científica y demostrativa.

⁵² MAUET, Thomas. *Trials: Strategy, skills and the new powers of persuasion*, Aspen N.Y. (2005), pág 2.

⁵³ *Ibíd.*

⁵⁴ *Ibíd.*

que tendrá que enfrentarse a un adversario competente que podrá presentarle grandes obstáculos para poder prevalecer. Como puede verse, las destrezas forenses son indispensables para ejercer la abogacía, ya sea en el contexto de un litigio o en una negociación como tal.

III. LA TEORÍA DEL CASO Y LOS MANDAMIENTOS DE LA PERSUASIÓN

En todos los capítulos de este texto y en la discusión de todas las destrezas forenses, identificaremos **unos lineamientos generales** que recojan los aspectos más importantes que faciliten su entendimiento y aplicación. Estos principios los cuales llamaremos mandamientos, pretenden establecer unas pautas precisas y recurrentes que deben ser de aplicación a toda destreza forense. Bajo ningún concepto, estos mandamientos deberán entenderse como unas normas dogmáticas e infalibles que descartan excepciones o divergencias de criterio. Tampoco la utilización del término mandamiento es fortuita; al igual el que regularmente sean diez los mandamientos seleccionados.

En términos forenses, los mandamientos más famosos son los de Marco Tulio Cicerón relacionados con el contrainterrogatorio que sirvieron y continúan siendo una herramienta fundamental para su aprendizaje. En términos religiosos, los mandamientos recibidos por Moisés constituyen un hito para aquellos sectores vinculados o identificados con dicho evento. Como puede verse, el término mandamiento, es de mucho arraigo entre un sector significativo de la población. Casualmente el número diez es un denominador común entre los dos conjuntos de mandamientos previamente señalados. Conscientes de esa coyuntura, nos pareció ideal para facilitar el aprendizaje, el identificar un número uniforme de diez mandamientos en cada una de las destrezas forenses a ser discutida en este texto.

Cada caso es matizado por un universo intangible de circunstancias. Esta realidad nos permite concluir que todos los casos y todos los testigos son distintos, por lo que los mandamientos pueden variar o adecuarse para atender toda esta diversidad de consideraciones. A pesar de esta realidad, sí existen comunes denominadores en todos los casos y en todas las destrezas forenses que nos permiten identificar unos principios generales de aplicación a la mayoría

de las incidencias en los casos. Precisamente de éstas, es que se nutren los mandamientos que se discuten a continuación. También debe destacarse que no debe sorprendernos que en los capítulos subsiguientes alguno de estos principios pueda repetirse, a pesar de que se discuta una práctica o técnica forense distinta. Lo importante es tener presente que su aplicación se da en contextos diferentes.

En el tema de la persuasión hemos identificado diez principios o mandamientos fundamentales. Éstos pueden dividirse atendiendo a cuál componente va dirigido. Como expresamos anteriormente, hay tres componentes esenciales de la persuasión: el portador, el mensaje y el receptor. De los diez mandamientos a ser discutidos, cuatro están orientados al portador, tres al mensaje como tal y finalmente, tres al receptor del mensaje.

III.1 Primer Mandamiento (*orientado al portador del mensaje*)

PROYECTAR HONESTIDAD

Se ha señalado –y raramente se cuestiona– que uno de los elementos que de manera significativa es considerado por el juzgador, es la conducta y calidades profesionales del abogado durante el proceso legal⁵⁵. El juzgador evaluará la prueba presentada con rigor, pero también estará atento al “comportamiento” de los representantes legales y operadores del sistema durante el juicio. Es imperativo que durante toda su participación se proyecte honestidad. Esto último es particularmente importante en el contexto de un proceso adversativo en el cual las partes se “enfrentarán” durante el juicio.

Para proyectar honestidad lo primero que se requiere evidentemente es, **ser honesto**. La honestidad es una cualidad que se espera de los profesionales del Derecho. En la formación de los abogados (as) se fomenta la importancia de la honestidad como un valor indispensable para el funcionamiento del sistema judicial. Por otro lado, el ejercicio de la abogacía está ampliamente regulado de manera que se exige en todo momento un comportamiento ético. Es precisamente por todo lo anterior que incurrir en cualquier actuación que pueda interpretarse de naturaleza deshonestas, tendrá efectos perjudiciales para esa parte. Afectará

⁵⁵ Muchos estudios reflejan que los jurados en un número significativo de casos, ya han adoptado una posición preliminar en cuanto a las controversias principales a ser adjudicadas desde el mismo proceso de selección de jurado. En dicho proceso, surge normalmente una interacción directa entre el candidato al jurado y el abogado que realiza las preguntas. Sobre el particular véase, M. ROBERTS, *Trial Psychology* 41 (1987).

entre muchas cosas su credibilidad frente al juzgador, y debe tenerse muy presente que el jurado toma muy en serio su sentir y parecer hacia el abogado al momento de emitir una decisión.

Tradicionalmente hay ciertas conductas y comportamiento dentro del proceso judicial que pueden asociarse con honestidad y hay otras, asociadas con la deshonestidad o que al menos causan desconfianza. Debemos comenzar con la **conducta no verbalizada** (*demeanor*) del abogado (a) que al igual que con los testigos, el juzgador estará muy atento a dicha manifestación de la conducta. En esa medida es importante prestar la atención a todos nuestros movimientos e impulsos de manera que podamos proyectar aquellos asociados con una persona que está diciendo la verdad. En esa dirección debemos mantener contacto visual todo el tiempo, ya sea con el testigo o juzgador evitando mirar hacia arriba o hacia el piso dando la impresión de que estamos evitando el contacto visual. Debemos controlar nuestro nerviosismo, que muchas veces se manifiesta proyectando ansiedad e inseguridad, así como también la realización de ciertos movimientos motores (*tics nerviosos*). Los dos primeros pueden dar la impresión de que el abogado no está totalmente convencido de la corrección de sus alegaciones y pretensiones de su caso. Por otro lado, los movimientos motores excesivos actuarán como distractores de la atención del juzgador.

El abogado tiene la obligación de representar adecuadamente a su cliente, pero ello no impide que se **proyecte con objetividad** en relación con los *issues* o temas legales relevantes del caso. Cónsono con lo anterior, debe evitar llamar a su representado “cliente” frente al juzgador. La palabra “cliente” está cargada de una connotación pecuniaria, como si el ejercicio de la abogacía fuera meramente un bien de consumo asequible en el comercio. Se debe siempre referir a éste, como la “parte demandante”, la “parte demandada”, “mi representado” o sencillamente por su nombre. Conscientes de la necesidad de proyectar objetividad, se debe evitar los argumentos frívolos o improvisados que dan la impresión de que se quiere inducir a error al juzgador o meramente expresar un argumento, con el único propósito de decir algo.

El **tono de la voz** requiere atención especial. En principio debe ser un tono claro y moderado que refleje respeto y seguridad. En ocasiones puede variarse para

proyectar indignación o molestia por algún suceso acontecido en el juicio que lo amerite⁵⁶. Paralelamente, el tono puede ser más sutil para en ciertos momentos proyectar solidaridad o simpatía ante una situación que lo amerita, como por ejemplo, cuando un testigo declara sobre un asunto que provoca mucha tristeza, como puede ser la muerte de un familiar. Lo importante es que el tono guarde correspondencia con el tema que se esté tratando en el juicio, y con las circunstancias particulares de cada testigo.

Para propiciar o fortalecer la credibilidad del abogado o abogada, será necesario evitar la apariencia de engaño. En esa dirección el abogado no debe aparentar ser lo que no es; debe evitar el tratar de copiar algún estilo o tendencias de alguien porque inevitablemente parecerá que está actuando. Dentro de la formalidad del proceso el abogado debe comportarse de manera normal y evitar a toda costa la desconfianza. Es esencial “caer bien”, es decir, crear simpatía ante el juzgador sin que ésta se vea forzada. La cortesía y el respeto a las partes son instrumentales a esos fines. Dentro del modelo adversativo habrá debate y discusión; ello no implica necesariamente que deba existir antagonismo entre las partes, los testigos y el juzgador. En ocasiones puede justificarse algún comportamiento o conducta que cause molestia, pero ello tiende a ser la excepción. Normalmente, se asociará el respeto a todos los participantes del proceso con credibilidad, pero sobre todo, proyectará seguridad en los méritos del caso.

Durante sus argumentos, el abogado debe proyectar credibilidad. En esa dirección es importante atender tres aspectos determinantes: **cumplir con lo prometido, admitir debilidades y evitar el ardid**. Normalmente en la parte introductoria del proceso, ya sea en los argumentos iniciales (como por ejemplo en la exposición de la teoría) debemos ser sumamente cuidadosos con no crear (suprimido) exageradas expectativas en relación con lo que pretendemos probar y establecer. La falta de cumplimiento de muchas promesas o expectativas afectará nuestra credibilidad frente al juzgador. Es por ello, que se debe ser realista en cuanto a nuestras posibilidades probatorias: Ejemplo:

Fiscal: “Damas y caballeros del jurado; en este caso no tengo duda alguna de que podré establecer, inclusive de manera matemática y exacta, la culpabilidad del

⁵⁶ Durante el juicio y en el contexto de un proceso adversativo pueden surgir incidentes que justifiquen una reacción enérgica de alguna de las partes. Ello puede acontecer al reaccionar a un comentario o acción de algún testigo o del abogado de la parte contraria. Dicha reacción será permitida dentro de unos parámetros de razonabilidad.

acusado. En todos los casos que yo he intervenido, no ha habido ninguno tan claro como éste y confío con todos ustedes que han tenido experiencia previa como jurado, pensarán lo mismo...”

En el ejemplo anterior el fiscal ha creado innecesariamente una expectativa muy difícil de satisfacer y cuyo cumplimiento pondrá su credibilidad en duda. En esa misma dimensión es deseable reconocer que ningún caso es perfecto y que siempre tendrá alguna debilidad. El juzgador percibirá con muy buenos ojos el que una de las partes reconozca la misma durante el proceso, sin implicar claro está, que su caso adolece de méritos. Es únicamente el reconocimiento de que su caso tiene unas fortalezas y unas debilidades y al reconocer éstas últimas se proyectará como una persona más creíble.

Uno de los aspectos que el juzgador resiente es que se **le trate de engañar**. Es precisamente por ello que debe evitarse a toda costa la posibilidad que se le atribuya al abogado de incurrir en un ardid cuya finalidad es lograr algo indebido. Ello acontece cuando, por ejemplo, se le hacen preguntas a un testigo con el propósito de inducirlo a error en lugar de establecer alguna inconsistencia entre sus testimonios previos. También, cuando se hacen preguntas evidentemente objetables, pero se hacen con el propósito de hacer un comentario o expresión inapropiada y que con mucha desfachatez al ser objetada se dice llanamente: “retiramos la pregunta”. Asimismo será censurable el presentar algún tipo de testimonio o evidencia tangible de dudosa veracidad o autenticidad. Los defectos asociados con dicha evidencia serán atribuibles al abogado que las presentó. Tradicionalmente lo más perjudicial para la credibilidad de un abogado(a) es que surja durante el proceso que ha ocultado alguna prueba a la parte contraria, que por razón de la normativa vigente, estaba obligado a “descubrir”.

Finalmente, debe evitarse la apariencia ostentosa del abogado(a). Ello se manifiesta particularmente en la vestimenta. Además de lo inapropiado de dicha vestimenta dentro de la atmósfera judicial, le restará al abogado(a) formalidad y respetabilidad. Inclusive, ello podrá sembrar dudas sobre el tipo de cliente que

típicamente representa y dará la impresión de que el aspecto económico es especialmente importante para el abogado(a) y su cliente.

III.2 Segundo Mandamiento: (orientado al portador del mensaje)

CONOCER EL CASO

En el modelo adversativo se depende grandemente de la gestión de las partes para establecer y probar su caso. Distinto a otros modelos como el inquisitivo, el tribunal o el ente que adjudica, no participa directamente en la etapa investigativa o en los procesos previos donde se hace acopio y admisión de evidencia. Se pretende que esa desvinculación con los trámites previos, propicie su total imparcialidad. Así las cosas, la función de los abogados trasciende el interrogar a los testigos y presentar la evidencia correspondiente en juicio. Recae sobre éstos la obligación de investigar el caso.

En la mayoría de los casos, la investigación la realizan los mismos abogados. En algunos casos la realizan personas contratadas por éstos. Sería ingenuo e irresponsable pensar que se puede representar adecuadamente a una de las partes sin investigar adecuadamente los hechos del caso. Se pueden contar con grandes destrezas forenses, pero éstas no pueden sustituir la investigación de campo.

El primer vínculo del abogado con un caso normalmente es a través de una entrevista con la persona que solicita que se le represente legalmente. Dicho primer contacto será bien importante para poder comenzar de manera eficiente ese largo proceso de conocer en detalle los hechos del caso. Las circunstancias en que puede darse esa primera entrevista varían dramáticamente tanto en casos criminales como civiles⁵⁷. Ello requerirá, que dependiendo el caso en particular se tomen medidas especiales, no obstante, podemos identificar unos denominadores comunes en toda entrevista. Dichos denominadores están contenidos en una estructura básica⁵⁸:

- **Crear empatía:** En ese primer contacto es importante que se establezca un canal efectivo de

⁵⁷ En los casos criminales, es de esperarse que el acusado se encuentre aprehensivo a proveer información. Esto se hace más evidente cuando al momento de realizar la entrevista, se encuentra restringido de su libertad. En estos casos es importante que el abogado explique detenidamente en qué consiste el privilegio abogado-cliente, de manera que el acusado entienda cabalmente, que puede tener la plena confianza de que todo lo que le exprese a su abogado será confidencial.

⁵⁸ Para profundizar en la entrevista del cliente, se recomienda el texto de S. KRIEGER & R. NEUMANN, *Essential Lawyering Skills*, Aspen, Chicago (2007), a las páginas 81 -108. En dicho texto se discuten los propósitos asociados con la entrevista, su dinámica y cómo organizar la misma. Se discuten también distintos escenarios que pueden acontecer durante la entrevista, dependiendo de las expectativas de los clientes y de su conducta durante esta importante etapa.

comunicación. Luego de obtener la información básica como nombre, dirección y otros datos generales, y antes de comenzar la entrevista como tal, ésta debe estar precedida por un intercambio informal entre la persona que solicita los servicios y el abogado. La comunicación puede estar relacionada con acontecimientos contemporáneos de naturaleza general. Es necesario únicamente que dicha conversación sea un instrumento preparatorio para crear una atmósfera de confianza que permita maximizar la entrevista.

Ejemplo:

Abogado: “¿Cómo se encuentra hoy Doña María?”

Solicitante: “Muy bien, pero un poco preocupada con la situación actual”

Abogado: “¿Se le hizo fácil llegar a la oficina?”

Solicitante: “Sí”

Abogado: “¿Cómo está su familia?”

Solicitante: “Muy bien, gracias por preguntar”

- **Establecer relación abogado-cliente:** Luego de haber conversado por unos minutos sobre aspectos introductorios, debemos entonces dar inicio a la entrevista como tal. Esta parte debe comenzar explicando la naturaleza y en que consiste el privilegio abogado-cliente. No se trata de una explicación formalista, sino una que sea fácil de entender y que la persona pueda internalizar que todo lo que diga va a estar protegido por ese privilegio⁵⁹. Dicho entendimiento propiciará que se pueda expresar con mayor libertad y confianza, particularmente en aquellas áreas que le puedan causar pudor o preocupación. Suele ser muy efectivo explicarle al solicitante la finalidad del privilegio el cual fundamentalmente es, propender una comunicación efectiva entre ambos, que el Derecho quiere proteger. A partir de ese entendido es que realmente puede comenzar una genuina relación abogado – cliente.
- **Obtener información:** En la entrevista al solicitante deben seguirse los lineamientos que se discuten

en el tercer mandamiento sobre la preparación de los testigos. No obstante, es recomendable adelantar que en relación con el cliente es aún más importante enfatizarle que comparta con nosotros toda la información que sepa sobre el caso. Puede comenzarse con preguntas generales e informales, como por ejemplo: *¿en qué puedo ayudarle? o ¿qué situación le trae por la oficina?* Es deseable que le permitamos expresar su versión sin interrupciones; una vez culminada procederemos entonces a hacerle preguntas más precisas tratando sobre todo de **obtener datos y no conclusiones** de éste. Bajo ningún concepto debemos proyectarnos como que lo estamos contra interrogando ni cuestionando su versión. De pensarse que su versión es inverosímil o tenemos dudas sobre su veracidad, es deseable, con mucha sutileza volverle a explicar la importancia del privilegio abogado-cliente y como el saber a cabalidad lo acontecido nos posiciona mejor para representarlo adecuadamente.

Es recomendable realizar más de una entrevista, lo cual puede propiciar que el testigo recuerde mejor lo previamente narrado e inclusive pueda recordar datos que había omitido involuntariamente. De su entrevista debemos tratar de identificar todas aquellas personas que de una manera u otra puedan ser testigos en el caso y, así también, hacer un listado de la evidencia tangible que a la luz de su versión sea importante presentar. Finalmente, debemos obtener información personal del cliente porque será nuestra responsabilidad conocer no meramente su participación en los hechos en controversia, sino también conocer todo su historial.

Como parte de “conocer el caso” debemos realizar otras gestiones que trascienden la entrevista del cliente y de otros posibles testigos. En todo proceso judicial se presentarán documentos como parte de la prueba necesaria para establecer las alegaciones. En esta etapa inicial, existe una variedad de documentos a los que podemos acceder sin la necesidad de iniciar la acción judicial, o en los casos donde ya está comenzado, sin tener que esperar a los procedimientos tradicionales de descubrimiento de prueba. Será nuestra responsabilidad acceder a aquellos documentos públicos los cuales están disponibles para toda persona que lo solicite y que tenga relación con el caso. Ahí se destacan los informes preparados por la policía en casos criminales o los preparados por agencias gubernamentales en los casos de naturaleza civil. Por otro lado, podemos

⁵⁹ Es necesario estudiar la normativa del privilegio abogado-cliente existente en la medida en que esta puede ser diferente de estado en estado o de país en país. Tradicionalmente, el privilegio establece la confidencialidad de las manifestaciones hechas por éste a su abogado que estén relacionadas a conducta previamente incurridas. Cada estatuto tiene un sinnúmero de excepciones que deben conocerse y éstas también deben ser motivo de explicación al solicitante de los servicios.

también solicitar al cliente y a nuestros testigos que nos autoricen a obtener copias de documentos privados, los cuales están disponibles únicamente a éstos. El ejemplo típico de estos documentos es el expediente médico, el cual está disponible únicamente para la persona que recibió los servicios. Además, en aquellos casos donde ya se halla instado una acción judicial, o que la misma esté relacionada con otros casos, ya presentados o adjudicados, será de suma utilidad inspeccionar los expedientes judiciales de éstos⁶⁰.

Otra forma de obtener información y que a veces se menosprecia su importancia, consiste en acudir al lugar de los hechos. Ello es de vital importancia, particularmente en casos criminales y en casos de responsabilidad civil extra contractual. Nada puede sustituir el contacto personal del abogado con el examen del lugar de los hechos. Elementos como visibilidad, sonido, iluminación, rotulación, su condición contemporánea a los hechos son fácilmente apreciables con una visita. Dicha visita permitirá al abogado evaluar la viabilidad de la teoría y alegaciones de su cliente, pero sobre todo, facilitará los interrogatorios que necesite realizar, tanto a sus testigos como a los de la parte contraria, relacionados con el lugar relacionado a la controversia.

Culminada la investigación fáctica preliminar, ya estaremos en una mejor posición de identificar las fortalezas y debilidades de nuestro caso. En los casos civiles donde representemos al demandante o en el caso del fiscal que representa al Estado, estaremos en posición de determinar si **su acción tiene mérito y cuál es el remedio adecuado provisto en la ley**. En caso de ser acusado o demandado estaremos también en posición de identificar sus defensas afirmativas y todo aquello que pueda ser de utilidad para representarlo adecuadamente. Como parte de este proceso ya habremos iniciado un acopio de todos los medios de prueba disponibles para probar nuestro caso y alegaciones. Dicho acopio deberá incluir un listado de toda la evidencia disponible y aquellos aspectos del derecho probatorio pertinente a ésta. Así las cosas, ya podemos empezar a delinear nuestra teoría y estrategia del caso de manera realista.

III.3 Tercer Mandamiento: (orientado al portador del mensaje)

PREPARACION DE LOS TESTIGOS

El principal medio de prueba utilizado en los procesos judiciales lo es la prueba testifical. En los procesos judiciales se adjudican controversias que surgen de la convivencia humana. Así las cosas, debe esperarse que sean personas naturales las que principalmente participen de esos proceso como testigos.

Al evaluar los méritos legales de un caso, es imperativo evaluar los testigos con los que contamos para poder probar nuestras alegaciones. Como norma general, el ser testigo constituye realmente, un accidente. Ello se debe a que por razones puramente fortuitas una persona percibe unos hechos o puede aportar prueba para esclarecer una controversia. Los testigos, por consiguiente, no son “escogidos”, sino que su participación responde a un determinismo fáctico. La única excepción a esta realidad, es constituida por los peritos contratados para aportar su conocimiento especializado y así facilitar la correcta administración de justicia de un caso. Sobre éste último abundaremos en el Capítulo IX de este texto.

Partiendo de la realidad de que los testigos no son perfectos, le corresponde a los abogados(as), maximizar todo su potencial y fortalezas, y paralelamente mitigar sus debilidades. Adviértase que no se trata de cambiar la realidad del testigo, ni la de sus circunstancias. Tampoco la de afectar lo que constituye su percepción y su recuerdo sobre los hechos. Ello está absolutamente proscrito y constituye una conducta altamente censurable. De lo que se trata es de comprender que el proceso judicial constituye una atmósfera totalmente exógena y ajena al testigo lego, por lo que es necesario facilitar esa transición del testigo del mundo “real” al mundo jurídico.

Debemos reconocer que el juzgador tiene unos prejuicios y estereotipos. Al presentar nuestros testigos, sería irresponsable descartar la existencia de esta realidad. Por otro lado, debemos tener muy presente que los testigos vienen a aportar pruebas y no

⁶⁰ El caso más evidente es cuando se presenta una acción de responsabilidad civil extra contractual y ésta ha estado precedida por una acción criminal en la cual el demandado fue juzgado por la misma conducta. Mucha de la información que se presentará en el caso civil fue ya fue presentada en el caso criminal.

necesariamente comparecen para adelantar agendas personales o visiones de mundo. Es imperativo que éstos entiendan que su testimonio es determinante para juzgar una controversia real; no puede tener otra finalidad.

El derecho probatorio no establece grandes requisitos para poder ser testigo. Normalmente requerirá que tenga conocimiento personal de lo que va a declarar, que conozca su obligación de decir la verdad y que se le pueda entender. Claro está, una vez que ofrece un testimonio estará sujeto a un contra interrogatorio en el cual se le podrá cuestionar sobre el testimonio previamente prestado, así como también sobre cualquier otro tema que tenga que ver con su credibilidad. Ello requerirá por consiguiente, que el testigo no sólo pueda aportar su testimonio de manera efectiva, sino que esté preparado para lo que podría ser un riguroso contra interrogatorio⁶¹. Para lograr que nuestros testigos puedan maximizar sus fortalezas y minimizar sus debilidades, se deberá tomar en consideración las siguientes medidas:

- Escuchar la versión completa del testigo;

Para poder identificar todo lo que el testigo puede aportar, es necesario escuchar detenidamente todo lo que sepa del caso. En muchas ocasiones se comete el error de hacerle preguntas dirigidas, de manera que nos aporte los datos que necesitamos escuchar para poder probar nuestro caso. Ello responde muchas veces a consideraciones de tiempo y a la creencia de que el testigo lego no puede discriminar entre información pertinente e impertinente al caso. En algún momento será imperativo escuchar todo lo que el testigo conozca del caso. Ello permitirá que podamos acceder a información que pudiera ser negativa al testigo. Ciertamente, sería sumamente perjudicial escuchar por primera vez ese aspecto negativo en el juicio, y a preguntas de la parte contraria.

La manera más eficiente para conocer la versión completa es decirle que nos relate todo lo que sabe del caso. Durante ese proceso no debemos interrumpirlo hasta tanto termine su relato. Terminado el mismo podremos comenzar a tomar notas de su testimonio y hacerle preguntas dirigidas sobre los aspectos ya relatados por el testigo, de manera que pueda dar explicaciones o abundar sobre el particular.

Culminado dicho proceso estaremos en una mejor posición de conocer sus debilidades, incluyendo el

anticipar los problemas probatorios que pueda tener su testimonio. Por ejemplo, podría darse el caso de que el testigo aporte información a base de su lectura de un contrato. De entrada, ya se puede identificar que la normativa probatoria requerirá la presentación de dicho contrato. Ello acontece también con mucha regularidad con la prueba de referencia, por lo que será necesario identificar algunas de las excepciones establecidas en las reglas para su admisión. Además de los problemas probatorios, podrían identificarse problemas atribuibles al testigo como tal. Entre éstos se destacan problemas de expresión, de percepción y de proyección. Será necesario colaborar con el testigo para fortalecer estas áreas y ayudarlo a desempeñar su función como testigo.

En este proceso también podremos identificar sus fortalezas, lo que nos permitirá trazar estrategias alrededor de éstas. Será conveniente maximizar dichas fortalezas de manera que podamos sacar el mayor provecho posible del testigo. Ello podrá tener repercusiones en el orden de la prueba que se decida presentar y en cuanto al proceso de negociación previo al juicio. Debemos tener muy presente que en los procesos de negociación las partes tienden a destacar las fortalezas de su caso, de manera que la parte contraria considere acceder a sus solicitudes y pretensiones.

- **Practicar el interrogatorio directo y el contrainterrogatorio;**

Muchos abogados(as) tienden a menospreciar el impacto que causa a las personas legas comparecer al tribunal y ser sometidos a los interrogatorios de las partes. Para muchos testigos, ello constituye motivo de gran preocupación y aprehensión. Reconociendo esta realidad, es necesario que los abogados de las partes “preparen” a los testigos para lo que será tanto su interrogatorio como para el contra interrogatorio de la parte contraria.

La preparación requerirá dos etapas. La primera consiste en explicarle al testigo la dinámica del proceso, particularmente lo relacionado con los interrogatorios y con todo lo que estará expuesto. La segunda etapa consiste en practicar los interrogatorios. A esos fines, los abogados deberán hacerle las preguntas a su propio testigo previo al juicio. Ello acontece regularmente en la oficina. Deberá tratar de hacerle las mismas preguntas y en el mismo orden que se las hará posteriormente en el juicio. Será deseable hacerlo en el

⁶¹ Tradicionalmente, el contra interrogatorio estará dirigido a las siguientes áreas: (a) percepción; (b) existencia de algún prejuicio; (c) parcialidad; (d) manifestaciones anteriores; (e) conducta mendaz; (f) contradicción y (g) habilidad para recordar.

mismo tono y a la misma distancia que será realizada en el tribunal. De esta manera podemos evaluar su conducta corporal, así como también la forma en que verbaliza las contestaciones.

La práctica del contra interrogatorio deberá ser realizada por otro abogado. Este deberá estar dirigido a las mismas áreas que se anticipa serán cuestionadas por la otra parte durante su interrogatorio. El abogado(a) que realice el contra interrogatorio deberá proyectarse como el representante de la parte contraria, tanto en sus actitudes y en la estructura de las preguntas, como en el trato del testigo. Todo lo anterior facilitará el desempeño del testigo durante el juicio, pero sobre todo, lo preparará para manejar adecuadamente las preguntas a las cuales estará expuesto durante el contra interrogatorio. Es conveniente advertirle al testigo que no es un “pecado” decir “no sé” cuando desconoce la respuesta a la pregunta. En muchas ocasiones los testigos tienden a sentirse inhibidos de hacer dicho reconocimiento y articulan respuestas desafortunadas que afectan su credibilidad.

Debe tenerse mucho cuidado en no exceder el número de ocasiones que se realice la práctica. Ello dependerá de la complejidad del caso y del testimonio. El problema fundamental es que cuando se practica en demasía, el testimonio puede tornarse mecánico e irreflexivo, afectando el peso o valor que se le pueda otorgar por parte del juzgador. Es también deseable que la práctica se haga cercana a la vista, de manera que la mente del testigo esté más fresca sobre lo que constituirá su testimonio.

- **Testificar con naturalidad;**

Para proyectar credibilidad y honestidad, es imperativo testificar con naturalidad. Es decir, que el testimonio no se perciba ensayado o matizado por consideraciones exógenas. De lo que se trata es, que el testigo aporte su testimonio sin exageraciones o tratando de proyectarse como lo que no es. La deseada naturalidad se obtiene desde tres vertientes: **el estado mental, cómo se testifica y su apariencia.**

La vertiente del estado mental es evidentemente una muy sensitiva. En ocasiones algunos testigos, ya sea por la naturaleza de su testimonio⁶² o por la aprehensión que implica testificar en el contexto de una vista oral y adversativa, utilizan algunos medicamentos para

tranquilizarse. Este tipo de práctica debe evitarse a menos que sea necesario y sea bajo supervisión médica. Dichos medicamentos afectan la forma que se testifica y en ocasiones, la capacidad para recordar. En los casos en que el testigo se vea precisado a utilizarlos, es deseable que no comience el mismo día de su testimonio de manera que podamos anticipar sus efectos en el testigo. Por otro lado, no debe descartarse la deseabilidad de informarle al juzgador la naturaleza de los medicamentos de manera que no vayan a hacer una inferencia o conclusión errónea en relación con su condición.

La forma en que se testifica tiene que ver con lo que se dice y la forma en que lo que esto se dice. En relación con lo primero se debe estar atento al lenguaje. Es necesario que éste se entienda; no es el momento de tratar de impresionar con un lenguaje florido o demasiado técnico, ni tampoco exagerado. El testigo debe testificar de la misma manera que habla. Puede verse con sospecha el que el testigo cambie su léxico con miras al proceso judicial. De lo que se trata es, que sea él mismo, y no una persona que se transforma para el juicio.

La apariencia del testigo es también importante en la medida en que no se debe dar la impresión de que está tratando de aparentar lo que no es. Ciertamente, debe reconocerse que dada la formalidad del proceso judicial, los testigos comparecerán adecuadamente vestidos. Lo importante es que no se de la impresión de que se está tratando de proyectar como una persona distinta, en lugar de cumplir con el protocolo tradicionalmente asociado en los procesos judiciales. Ello cobra mayor importancia cuando el testigo es una persona a la cual se puede clasificar como una figura pública. En estos casos, el juzgador conoce su apariencia y estilo de vida, por lo que tratar de “cambiar” con miras exclusivamente al proceso sería algo negativo.

- **Explicar la naturaleza e importancia de su testimonio;**

Durante la entrevista a los testigos, la mayor parte del tiempo se dedica a obtener información de éstos. Lamentablemente, en muchas ocasiones se le visualiza como una pieza de evidencia más. Es necesario que el testigo internalice la importancia que tiene su testimonio en el juzgamiento del caso. Esto proyectará

⁶² La experiencia humana nos indica que hay ciertos testimonios que causan vergüenza o pudor. Esto es típico en los casos de naturaleza sexual o donde se le imputa al testigo algún tipo de conducta que puede ser motivo de rechazo social.

a que éste se sienta más entusiasta y comprometido con participar en el caso.

El entender a cabalidad la importancia de su testimonio, también constituirá una herramienta de incalculable valor para el testigo, en aquellas instancias en que su interrogatorio directo se vea afectado por las objeciones de la otra parte, o debido a que el abogado(a) alteró el orden de las preguntas, o sencillamente, surgieron incidentes impredecibles que hicieron cambiar las preguntas anticipadas. En la medida en que el testigo entienda qué es lo que tiene que aportar al proceso, podrá hacer los ajustes necesarios para testificar lo que se espera de él o ella. Paralelamente, si se le explicó detalladamente lo que la parte contraria pretende cuestionar o lograr con su interrogatorio, estará también mejor preparado para contestar las preguntas que le hagan, a pesar de que no eran las que esperaba.

- **Cuidar su imagen.**

Cada testigo es muy especial, pero sobretodo tiene características muy distintivas. Sería incorrecto afirmar que existe un perfil de un testigo clásico. Por otro lado, hay que reconocer que el ente que adjudica los procesos judiciales, ya sea jurado o un juez, son personas mayormente conservadoras. Consientes de esta realidad, hay que estar muy atentos a la imagen de los testigos y evitar que sean víctimas de discriminación o estereotipos de parte del juzgador, que de alguna manera afecte el peso o valor que se le da a su testimonio. Ello no significa que vamos a “convertirlo” en otra persona, sino que meramente trataremos de proyectarlo de una manera “aceptable” al juzgador.

Existen ciertos estereotipos o rasgos con los cuales se debe tener mucho cuidado. Ejemplo de éstos son: tatuajes, cicatrices, exceso de accesorios en el cuerpo o en la ropa, recortes y tintes de cabello que podrían ser excéntricos para algunos. En la medida en que sea posible y que no ofenda la dignidad del testigo es conveniente recomendarle que no haga tan visibles estas manifestaciones de sus gustos. Por su parte, la vestimenta debe ser conservadora. Cabe señalar, que las personas en el ejercicio de una profesión usan uniformes, suelen impactar favorablemente al juzgador. El aseo de las personas que testifiquen deberá ser adecuado. El maquillaje excesivo no es

recomendable y la utilización de gafas no recetadas es totalmente inaceptable⁶³.

III.4 Cuarto Mandamiento: (orientado al portador del mensaje)

CONOCER EL DERECHO APLICABLE

La preparación del caso, además de la investigación de campo, requerirá un estudio completo de todos los aspectos legales relacionados a las controversias planteadas. Independientemente de las destrezas forenses con las que se pueda contar, el aspecto sustantivo del caso será en muchas ocasiones determinante. Aunque como señalamos anteriormente, el modelo adversativo impone a los operadores del sistema nuevas responsabilidades, el aspecto sustantivo sigue siendo de cardinal importancia y constituye una responsabilidad no delegable.

En la etapa preparatoria del caso, es vital conocer claramente cuáles son los **hechos**, cuáles son las **alegaciones** y cuál es la **evidencia** que se cuenta para probar nuestras alegaciones. Establecido lo anterior, se procede entonces a identificar cuál es el derecho aplicable. Este último análisis puede a su vez dividirse en dos partes: el aspecto probatorio y el aspecto sustantivo. El primero tiene que ver con la normativa de derecho probatorio aplicable a los hechos del caso; el segundo a la normativa existente dependiendo de la naturaleza del caso (criminal o civil).

La consideración del **aspecto probatorio** es de suma importancia. De entrada debe reiterarse que no es suficiente tener la razón, es imperativo poder probarlo. El análisis probatorio debe comenzar conociendo los principios básicos de la valoración de la prueba. Debe comenzarse teniendo muy presente, sobre cuál de las partes recae el peso de la prueba en determinada controversia. En principio, se reconoce que será aquella que resultaría vencida de no presentarse evidencia por ninguna de las partes. La obligación de presentar prueba recae primeramente sobre aquella que sostiene la afirmativa en la cuestión en controversia. Por otro lado, el peso de la prueba tiene una relación muy estrecha con el quantum. En una acción civil el peso de la prueba lo tiene la parte demandante bajo el estándar de preponderancia de la prueba y en una acción criminal, lo tendrá el estado bajo un estándar más allá de duda razonable⁶⁴.

⁶³ El contacto visual es un elemento importante al momento de evaluar la credibilidad de un testigo. El utilizar gafas dará la impresión de que el testigo no quiere exponerse o teme a lo que su contacto visual refleje.

⁶⁴ Este principio probatorio, será de aplicación en sistemas donde la reclamación civil extracontractual se tramita en un procedimiento separado e independiente de responsabilidad penal.

Como parte del análisis probatorio, debe considerarse la naturaleza de la evidencia a ser presentada. Normalmente, pueden identificarse determinados problemas atendiendo a la naturaleza de la evidencia que se quiere presentar. Cuando se pretende presentar prueba testifical habrá que estar muy atento al conocimiento personal y a los problemas relacionados con la prueba de referencia. En aquellos casos donde se pretende presentar documentos, se requerirá establecer las bases “*evidenciarias*” que exigen los principios de mejor evidencia, autenticación y prueba de referencia. En los casos de la evidencia real, se deberá prestar especial atención a la autenticación. En adición, cuando ésta última es de naturaleza fungible o de fácil adulteración, como parte de la autenticación se requerirá establecer la llamada cadena de custodia. Como puede verse se deberá evaluar toda pieza de evidencia e identificar todas aquellas exigencias del derecho probatorio para su admisibilidad.

El estudio de la **normativa probatoria** debe continuar conociendo aquellos principios y las normas de exclusión con sus respectivas excepciones. El ejemplo clásico es el de la prueba de referencia y sus excepciones. Como norma general la prueba de referencia es inadmisiblesalvo que se pueda identificar que la manifestación extrajudicial que se pretende ofrecer en evidencia, está contemplada en una de las excepciones. También es importante recordar que la norma de exclusión de la prueba de referencia resulta aplicable a aquellos casos donde la evidencia se trae para probar o establecer la verdad de lo aseverado. En aquellas instancias en las cuales se pretende ofrecer dicha prueba para establecer un asunto incidental o colateral, la regla de exclusión no necesariamente será de aplicación. En esas circunstancias será necesario llamar la atención del juzgador a los efectos de que la prueba se presenta para otros propósitos. Dicha distinción es de aplicación a casi toda la normativa que establece normas de exclusión en el Derecho Probatorio. Veamos los siguientes ejemplos:

Ejemplo I. (Regla de exclusión: prueba de referencia)

Fiscal: “Señor oficial, ¿qué pasó a eso de las 7:00 p.m.?”

Testigo: “Recibí una llamada al cuartel de la Policía, donde se me informó que una persona había sido asesinada en la Plaza Colón del viejo San Juan.”

Defensa: “Objeción su Señoría: prueba de referencia”

Fiscal: “Su Señoría, no traemos lo aseverado en la llamada telefónica para establecer que alguien

fue asesinado, sino para establecer que como consecuencia de dicha llamada, el oficial se dirigió inmediatamente al área del viejo San Juan.”

Ejemplo II. (Regla de exclusión: prueba de reparaciones)

Abogado demandante: “Le pregunto si es correcto que tan pronto mi cliente se resbaló en un charco de agua que había frente a la entrada del negocio usted procedió a secar el mismo con un escurridor.”

Abogado demandado: “Objeción su Señoría; no se puede traer prueba de reparaciones para establecer culpa o negligencia.”

Abogado demandante: “Su Señoría, dicha prueba no se trae para establecer culpa, sino para establecer titularidad en la medida en que la parte demandada ha alegado que no tiene control alguno ni responsabilidad en relación con el espacio frente a su local.”

En ambos ejemplos puede identificarse como la parte interesada pudo presentar prueba que normalmente es inadmisibles bajo una regla de exclusión, identificando de manera precisa que la misma se traía para un propósito distinto al proscrito por el derecho probatorio. Así las cosas, la evidencia pudo ser presentada de manera limitada.

El estudio del derecho aplicable incluirá finalmente la **normativa sustantiva** aplicable al caso. Ello requerirá hacer un estudio profundo del tema en particular, para así conocer cuál es el derecho aplicable a nuestro caso. Este proceso debe estar precedido de la investigación fáctica de manera que se sepa con precisión cuáles son los hechos. Ello es particularmente importante debido a que en las entrevistas a las partes y a los testigos, éstos suelen emitir conclusiones en lugar de datos objetivos. Así las cosas, es necesario que durante las entrevistas, los testigos se limiten a aportar hechos y no conclusiones. Adviértase, que específicamente a esos hechos es que aplicaremos el derecho positivo. Esclarecidos éstos, procederemos entonces a identificar las exigencias doctrinales de la causa de acción instada o de aquellas otras alegaciones presentadas. Por ejemplo, en un caso donde el acusado alegue legítima defensa, será necesario conocer cuáles son los requisitos establecidos para poder establecerla. Estos son: (1) la existencia de un peligro inminente, (2) ausencia de provocación, (3) proporcionalidad entre el daño causado y el temido y (4) utilización de medio racional.

En cada caso habrá muchas exigencias sustantivas que se tendrán que satisfacer. Es importante identificarlas, para entonces vincularlas con la prueba que contamos para establecerlas.

La siguiente tabla ilustra la práctica deseada de identificar preliminarmente cuáles son los hechos fundamentales que tenemos que probar, cuál es la evidencia que contamos para establecerlos y finalmente, cuál es el derecho aplicable. Ejemplo: (*caso de responsabilidad civil extracontractual*).

III.5 Quinto Mandamiento: (orientado al mensaje)

IDENTIFICAR UN TEMA PRINCIPAL

Todo caso tiene al menos un aspecto especial. Conociendo la naturaleza humana del juzgador, la cual se manifiesta principalmente en las limitaciones que todos tenemos para recordar y para retener información, cobra vital importancia el identificar un tema principal en nuestro caso. Dicho tema será utilizado desde la etapa inicial hasta la etapa final del caso, lo que facilitará al juzgador entender mejor nuestros argumentos y la prueba que se presente. Adviértase que no se trata una frase o cita, ni de ilustrar o resaltar un punto. Se pretende sencillamente destacar un aspecto específico relacionado con los hechos⁶⁵.

Tradicionalmente se han identificado tres elementos que el tema principal del caso debe contener: **memorable**, que exprese **valores o principios** y que sea **consistente** con los hechos del caso⁶⁶. Al seleccionar el tema principal tenemos que estar seguros de que el mismo será fácil de recordar y también deberá ser impactante; precisamente ello permitirá que sea memorable. Hay casos donde el tema principal será evidente; en otros habrá que escudriñar e inclusive, escoger más de un tema. En situaciones donde esto último sea necesario, se debe ser extremadamente selectivo para evitar que el impacto de diluya ante el fraccionamiento del supuesto tema principal.

Una vez seleccionado el tema (o temas), deberá ser difundido durante todo el proceso. Ello requerirá que se haga mención directa o indirecta en los argumentos iniciales, en los interrogatorios a los testigos y en los argumentos finales. Ejemplo: (caso criminal de corrupción mediante apropiación de fondos públicos) :

Argumentos iniciales:

Fiscal: “Este caso trata de **corrupción**; sí esa enfermedad que afecta a los funcionarios públicos inescrupulosos; esos que vienen a ser servidos y no a servir”.

| Hechos | Evidencia | Derecho aplicable |
|--|---|---|
| Demandado atropelló con su vehículo al demandante al no detenerse en una luz roja. | Testigo ocular (José Rodríguez), que presenció al demandado no detenerse ante la luz roja. | Art. 1802 del Código Civil. El testigo deberá establecer que el demandado fue negligente. También deberá descartar la posibilidad de negligencia comparada. El testigo deberá establecer su conocimiento personal (Regla 38 de las de Evidencia). |
| Demandante requirió hospitalización e intervención quirúrgica. | Dr. Rivera, testificará sobre los daños físicos sufridos, diagnóstico y tratamiento. Se incluirá todo el expediente médico. | Art. 1802 del Código Civil. El Dr. Rivera deberá establecer los daños sufridos por el demandante y su relación causal con la negligencia del demandado. |
| Demandante ha sufrido daños ascendentes a \$100,000.00. | Demandante testificará sobre los daños sufridos y un economista sobre la cuantificación de los mismos. | Se deberá establecer que la cuantificación de los daños es consistente con los principios de prueba pericial (Regla 52 y 56 de las de Evidencia) y lo provisto para daños generales y especiales. |

⁶⁵ M. FONTHAM, M. *Trial Evidence*, Lexis, Newark (2002), pág 7.

⁶⁶ M. BERGER, M. J. MITCHELL & R. CLARK, *Trial Advocacy*. Aspen, Chicago (2008), pág. 66-68.

Interrogatorio Directo:

Fiscal: “Y según su análisis, ¿cuánto dinero proveniente de **fondos públicos se apropió?**”

Testigo: “**\$500.000.00.**”

Fiscal: “¿\$500.000.00 dijo usted?”

Testigo: “Sí señor fiscal...\$500.000.00.”

Fiscal: “¿Y para qué debía ser utilizado ese dinero?”

Testigo: “Era para la compra de equipo educativo para los estudiantes del sistema público.”

Fiscal: “¿Qué hizo el acusado con ese dinero?”

Testigo: “Se compró **un bote** y escogió **dos vehículos**, un BMW y un Mercedes Benz. También adquirió un **reloj Rolex**”

Argumentación final:

Fiscal:

“Damas y caballeros del jurado, ustedes escucharon la prueba; vieron como un funcionario público **corrompido**, no por su afán de servir, sino por servirse a si mismo, insisto: **corrompido** por su afán de servirse, no escatimó para apropiarse del dinero del pueblo. A lo largo de todos los testimonios vimos ese afán de lucrarse utilizando su posición de funcionario público...”

En los ejemplos anteriores se enfatizó en el tema principal el cual evidentemente era la corrupción. En ocasiones se menciona el tema directamente como aconteció tanto en las argumentaciones iniciales y finales. Durante el interrogatorio al testigo recreado se abordó el tema de manera más sutil. No se mencionó la palabra corrupción, pero a lo largo de las preguntas y las contestaciones, se hizo referencia a una persona que se apropió de \$500,000.00 de fondos públicos, con los cuales adquirió bienes muebles para su uso personal.

Al escoger un tema debemos estar alertas al perfil del juzgador, en la medida en que debe ser atractivo para éstos. Por otro lado, debemos considerar los eventos y situaciones contemporáneas que podrían matizar el tema. Por ejemplo, en una sociedad altamente influenciada por eventos políticos, no debe sorprendernos que en un caso criminal donde se procesa a una persona vinculada al gobierno se alegue como tema principal que el caso es uno de persecución política. De igual manera, en un caso civil o criminal

donde una mujer es la demandante o víctima de conducta delictiva, el tema estará relacionado con la discriminación y la marginación de la sociedad hacía la mujer; en un caso de abuso a niños o niñas, el tema principal puede ser la responsabilidad que tenemos todos hacía los menores de edad. Debe enfatizarse que la selección del tema no puede hacerse de manera precipitada. Como ya mencionamos, es necesario considerar múltiples aspectos de manera que el tema sea uno que propicie simpatía y receptividad. No se trata del tema que el abogado piense sea necesariamente el más correcto en términos filosóficos; de lo que se trata es del que pueda ser más efectivo. Hay que identificar valores y principios que gocen de aceptación generalizada.

Establecido el tema, nuestros argumentos y nuestra prueba deben entonces nutrirlo. Precisamente a esos efectos debemos estar seguros de que contamos con la prueba para ello. Sería contraproducente esbozar un tema y posteriormente no tener la prueba para sostenerlo. Al establecer el tema estaremos enviando un mensaje que ciertamente será efectivo, pero también estaremos creando unas expectativas que tendremos que satisfacer. Concientes de ello, debemos presentar la prueba de manera tal que destaquemos su relación con el tema principal. Ello necesariamente se manifestará en las palabras o frases que seleccionemos para nuestros argumentos, al presentar prueba tangible, al hacer las preguntas a los testigos y también, al enfatizar en aquellas contestaciones que éstos nos provean. Ciertamente, dichas frases o palabras deberán tener correspondencia con el tema. Por ejemplo, en un caso por discriminación por razones políticas podremos establecer que el querellante inicial fue un opositor político. De igual manera, debemos destacar cómo la política incide en el testimonio de los testigos de cargo. Como puede verse, de lo que se trata es que la prueba sustente y esté dirigida a ratificar el tema principal seleccionado.

III.6 Sexto Mandamiento: (*orientado al mensaje*)

INTERESANTE Y AMENO

El juzgador - ya sea un juez o un jurado - es receptor de una gran cantidad de información, la cual deberá analizar a los fines de realizar un juzgamiento correcto entre dos argumentos encontrados. Dicha información o mensaje debe ser presentado de manera tal que logre convencer al ente que adjudica de la corrección de sus pretensiones. Para lograr convencerlo es necesario primero lograr que lo escuchen con detenimiento e interés.

Como veremos más adelante, existen muchas circunstancias que matizan la forma en que se recibe la información. Muchas de éstas tienen el efecto de limitar la capacidad del juzgador de atender y captar el mensaje. Partiendo de dicha realidad, es fundamental el lograr que nuestro mensaje logre la atención del juzgador. Para lograr el fin previamente identificado, nuestro mensaje tiene que ser presentado de manera interesante y llamativa en su contenido, y amena en la forma de expresión con que se expone.

Un principio fundamental en la persuasión es que las personas prestan mayor atención a la parte **inicial y final del mensaje**. De ahí surge el llamado Principio de Primacía y Novedad (*primacy and recency*). Partiendo de este principio, el mensaje debe contener información vital –o al menos significativa para el caso– en la parte inicial de la prueba que se presente o de los interrogatorios que se realicen. El juzgador estará ávido y muy atento al caso, por lo que esa circunstancia debe aprovecharse. Por otro lado, también se ha señalado que el juzgador le presta mucha importancia y significado a lo que se dice al final del caso o de los interrogatorios. Nuevamente, es menester hacer los ajustes necesarios para asegurarnos que en esa etapa tan sensitiva de la presentación de prueba, presentemos prueba o hagamos preguntas de importancia para nuestras pretensiones probatorias. Estos principios (*primacy and recency*) serán de utilidad en todas las etapas del proceso y en la realización de todas las destrezas forenses.

Tradicionalmente el juzgador prestará mayor atención a relatos o testimonios con los cuales se puedan identificar personalmente. Los casos donde la presentación de la prueba se limita a documentos o a prueba pericial y se omite el **elemento humano** se tiende a disminuir su interés en los hechos del caso. Ciertamente, todo caso tendrá algún elemento humano (pasión, sufrimiento, reivindicación, etc.) el cual deberá en la medida en que no se vea forzado, destacarse. No se trata de convertir el caso en una novela épica, pero ciertamente este tipo de elemento suele despertar el interés del juzgador y, por consiguiente, a aumentar su grado de atención durante la presentación de nuestra prueba o argumentos.

Otro aspecto que ha adquirido mucha importancia en las últimas décadas es la necesidad de **diversificar** los medios de prueba. Esta práctica contiene dos vertientes. La primera está relacionada con el que no se dependa con un único medio de prueba, ya sea

testifical o documental. Indiscutiblemente, la prueba testifical será la más importante en la mayoría de los casos, pero es recomendable presentar otro tipo de prueba de manera que el juzgador salga de la misma estructura analítica y se vea obligado a utilizar otros sentidos en su análisis de la prueba. El otro aspecto, probablemente más importante, se refiere a que debe utilizarse **recursos visuales** para complementar los testimonios o inclusive para enfatizar ciertas partes de algunos documentos. La tecnología (ejemplo: *Power Point*) facilita el que se puedan proyectar bosquejos, fotografías o partes de documentos extensos en una pantalla y con algunos efectos con el propósito de magnificar el punto o el mensaje.

El apoyo visual es indispensable en la medida en que debe reconocerse que las nuevas generaciones dependen mucho de éste para entender mejor más cosas. Se señala que durante un juicio de más de tres (3) días un juzgador retiene únicamente un 10% de lo que escucha, pero un 20% de lo que puede ver⁶⁷. Es más efectivo que durante el Informe al Jurado se siga un bosquejo en el programa de “*Power Point*” que esté proyectado en una pantalla accesible a sus miembros. Paralelamente, cuando se hace mención a un documento durante un interrogatorio o una argumentación, las partes importantes de dicho documento pueden estar también proyectadas en la pantalla, y que inclusive se utilicen algunas marcas (negritas, subrayado, en un color distinto, etc.) para dar énfasis a lo que sea pertinente o necesario. La diversificación previamente descrita ya sea como medio de prueba o para realzar la prueba, tendrá el efecto de hacer más atractivo el mensaje que queremos presentarle al juzgador.

La forma en que el abogado(a) expone ya sea sus preguntas o sus argumentos, será también determinante para lograr el interés y atención del juzgador. La experiencia humana nos enseña que un auditorio no le presta atención a un conferenciante que lo que hace es leer un documento. Durante la gestión del abogado(a) en la audiencia (interrogatorio, argumentos, selección del jurado, etc.) deberá evitarse leer en demasía. No obstante, no es recomendable la improvisación; lo más efectivo es tener **un bosquejo** sobre el cual se hacen las preguntas o los argumentos. El abogado(a) que por falta de preparación o por nerviosismo limita su gestión forense al leer frente al juzgador, no podrá captar la atención de éste por mucho tiempo, poniendo por consiguiente en riesgo los intereses de su representado. En esta misma dirección debe destacarse también que no es recomendable que el abogado(a)

⁶⁷ T. MAUET, *Trial Techniques*, Wolters Kluwer, Chicago (2007), pág 21.

exponga en la vista sentado. Es evidente que se presta menos atención cuando quien nos habla está sentado en lugar de estar de pie. Ciertamente, debe reconocerse que no es necesario estar todo el tiempo de pie porque en muchas ocasiones el interrogatorio puede ser muy extenso o puede ser necesario estar sentado para tomar unas notas o acceder a algunos documentos. De esto último ser el caso, se deberá identificar aquellas partes del interrogatorio o argumentos en los cuales queremos tener la completa atención del juzgador. En esas partes debemos levantarnos y al así hacerlo, estaremos dándole énfasis a esa parte en particular, logrando por consiguiente su atención.

Finalmente se deberá prestar atención al **tono de voz** del abogado(a) durante su participación en el proceso. Un tono de voz monolítico puede propiciar la falta de interés del juzgador. Por su parte, un tono variado permitirá enfatizar algunas áreas que lo ameritan. El cambio de tono, instintivamente logra una respuesta de parte del juzgador, particularmente en momentos donde es necesario enfatizar o recabar su atención. El tono de voz variará atendiendo también las circunstancias del caso y del testigo, siempre tratando de lograr que el juzgador relacione el tono utilizado con sensaciones o vivencias humanas.

III.7 Séptimo Mandamiento: (*orientado al mensaje*)

SENCILLEZ

La sencillez del mensaje es necesaria para asegurarnos su completo, o al menos, el mejor entendimiento por parte del juzgador. Esto último cobra mayor importancia en juicios por jurado en vista de que éstos no cuentan con la preparación legal necesaria para entender mejor las controversias y los temas relacionados con la valoración de la prueba. El abogado(a) deberá estar consciente de que no se trata meramente de presentar su prueba (mensaje), sino que ésta tiene que ser entendida.

El **orden** ya sea de la prueba que se presenta, de los argumentos o de los interrogatorios, ayudará a que puedan entenderse mejor. Evidentemente, el orden dependerá del caso en particular, de posible problemas sobre evidencias relacionados con la prueba y de la naturaleza del la gestión forense que realice el abogado(a) en particular. Además del principio de "*primacy and recency*" discutido previamente, debemos tener muy presente que el juzgador, particularmente el lego, está acostumbrado a las narraciones de naturaleza cronológica. Es decir, que es recomendable que la prueba que se presente siga dicho orden como si fuera un cuento corto (*story telling technique*).

Éstos en muchas ocasiones, comienzan en una fecha en particular y continúan con una secuencia lógica cronológica a lo largo de distintas fechas. Dicho orden facilitará el entendimiento, pero particularmente, el poder seguir la narración de los testigos o el tipo de prueba que se presenta.

Muchos expertos en el tema de las técnicas forenses recomiendan la utilización de "emblemas" (*labels*) en el mensaje. En cada caso surgen eventos y personajes que suelen ser atractivos o perjudiciales para cualquier tipo de juzgador. Estas "circunstancias" pueden propiciar el que se evalúen nuestras pretensiones probatorias y sustantivas en el caso de determinada manera en particular. Lo que se pretende es que a través de estos emblemas podamos enviar un mensaje subliminal al juzgador que tenga el efecto de hacerlo más receptivo a nuestras pretensiones probatorias y sustantivas. En términos bien precisos, de lo que se trata es de ponerle un adjetivo o una calificación previa a la prueba que contenga cierta carga favorable a nuestro caso o desfavorable al de la parte contraria.

Al identificar los emblemas debemos evitar a toda costa el ensalzar la discriminación o el prejuicio. Sería desafortunado hacer expresiones que puedan propiciar la xenofobia u otras manifestaciones de discriminación. Tampoco deben ser exageradas en la medida en que afectarán nuestra credibilidad. Ciertamente los emblemas estarán cargados, pero bajo ningún concepto deben estar orientados a la finalidad anterior. Los emblemas pueden ser puestos tanto a personas como a incidentes y objetos. Veamos los siguientes ejemplos:

- **En relación con las personas:** En una demanda por hostigamiento sexual, la parte demandante al referirse al demandado ya sea en los argumentos o en los interrogatorios, deberá referirse a éste como el "*supuesto hostigador*" y no como el demandado o como el Sr. Román. En un caso de agresión en el cual el acusado es una persona corpulenta, el fiscal o los testigos de cargo podrán hacer referencia a éste como la "*persona robusta*". En un caso de evasión contributiva donde se acusa el presidente o un ejecutivo de alto nivel, el fiscal deberá referirse a éste como "*el banquero*" o el "*alto ejecutivo bancario*".
- **Sobre los incidentes:** En un caso donde acontece una muerte, no tiene el mismo efecto referirse a la misma como un "accidente" que como una "*tragedia*". En esa misma dirección, supongamos que en un caso de naturaleza ambiental, donde se ha demandado a un contratista por haber contaminado unos cuerpos de agua adyacentes al proyecto, no

tiene el mismo impacto referirse al mismo como un “daño al ambiente” que a una “*catástrofe ambiental*”.

- **Sobre objetos:** En un caso donde se le causa unas heridas punzantes a la víctima, se deberá referir al objeto en controversia como “machete” o “puñal”, en lugar de utilizar el lenguaje puramente técnico de “arma blanca”.

Al pretender presentar el mensaje de manera sencilla, se debe recurrir también a la **repetición**⁶⁸. Adviértase que no se trata de abrumar al juzgador, repitiendo de manera indiscriminada hechos o datos de nuestro caso previamente establecidos. Lo deseable es repetir únicamente aquella información que tiene una importancia especial en el caso. Tradicionalmente ésta se refiere a los temas seleccionados, los emblemas o “*labels*”, y finalmente datos fácticos, decisivos en el caso. Los primeros dos son previamente seleccionados por el abogado(a) durante la etapa preparatoria del caso y son, como explicamos previamente, aportados por éste durante los argumentos o interrogatorios. Por su parte, los datos fácticos surgen normalmente durante el interrogatorio de los testigos. Una vez el dato en cuestión es aportado por el testigo, podrán hacerse varias preguntas mediante las cuales el testigo tenga la oportunidad de reafirmarse en dicha información sin que necesariamente sea repetitivo, y por consiguiente objetable.

Ejemplo: Caso de Responsabilidad Civil Extracontractual

Abogado: “Don Roberto, ¿Qué escuchó usted decir al demandado tan pronto se bajó del vehículo?”

Don Roberto: El caballero dijo: “Lo siento, lo siento, **es que no pude frenar a tiempo.**”

Abogado: “Perdone Don Roberto, ¿Cuál fue la justificación que dio?”

Don Roberto: “Bueno, el dijo **que no pudo frenar a tiempo** y por ello impacto el vehículo de la víctima.”

Abogado: “¿Y cómo lucía el demandado cuando expresó **que no pudo frenar a tiempo?**”

Don Roberto: “Totalmente compungido.”

En el ejemplo anterior, el abogado pudo hacer varias preguntas, en las cuales el testigo pudo reiterar en distintos contextos el dato que era imperativo destacar – *que el demandado no pudo frenar su vehículo a tiempo* - a través de las contestaciones del testigo. Además, en caso de que algún otro testigo, tenga conocimiento de dicho dato, podrá solicitársele que aporte nuevamente el mismo, logrando también el efecto deseado.

III.8 Octavo Mandamiento: (orientado al receptor del mensaje)

CONOCER AL JUZGADOR

La primera pregunta que tiene que contestar todo abogado(a) antes de comenzar el juicio e inclusive antes de trazar la estrategia es: ¿quién será el juzgador? Dependiendo de la contestación a la anterior interrogante se tomarán decisiones de gran trascendencia en el caso, tanto en términos sustantivos como en términos forenses.

Distintos ordenamientos jurídicos proveen diversas instituciones para juzgar las controversias. En algunos, es un tribunal unipersonal y en otros, tribunales colegiados. También dependiendo de la materia podrá participar en este proceso el jurado, el cual puede ser uno compuesto de personas legas y que puede variar en el número que lo compone, pero también podrá ser un jurado *escabinado* compuesto por personas legas conjuntamente con abogados o jueces. En el presente mandamiento discutiremos fundamentalmente la persona del juzgador en el contexto de un proceso judicial presidido por un juez unipersonal y que juzgará el caso, así como también los procesos conducidos ante un jurado compuesto por personas legas.

Hay distintas formas de conocer al juzgador y por consiguiente, anticipar su receptividad a determinados planteamientos de derecho o pretensiones probatorias. En el caso del juez unipersonal es relativamente más sencillo en la medida que ya habrá presidido procesos judiciales y ya se conoce algunas de sus posturas. También suele ser de mucha ayuda tener retroalimentación de los abogados(as) que litigan con regularidad ante dicho juez. En ocasiones, existirán informes y evaluaciones preparados por asociaciones profesionales de abogados y por entes gubernamentales que nos pueden dar una idea bastante clara sobre su forma de decidir y de su temperamento. Finalmente, a través de *Internet* puede también accederse a artículos, sentencias y todo tipo de información sobre el juez la

⁶⁸ PERRIN, T. obra citada, pág. 28.

cual nos permitirá tener una idea relativamente clara de su conducta judicial, cualidades y perfil.

En aquellos casos en que se ventile ante jurado, el proceso para acceder información sobre las personas que lo componen, es mucho más limitada. Tradicionalmente, se dependerá del proceso de “*desinsaculación*” en el cual se le podrán hacer preguntas al jurado con el propósito de conocer sus valores y prejuicios. En síntesis, se pretende identificar un perfil personal de cada uno de los candidatos⁶⁹. En algunas instancias pueden someterse cuestionarios de preguntas a todos los candidatos, previo al proceso de selección. Como puede intuirse, es mucho más difícil conocer el perfil y el sentir del jurado en cuanto a determinados temas en comparación con un juez. Así las cosas, es imperativo conocer cómo en términos generales piensa la mayoría de los candidatos a jurado. Dicha información puede ser también de utilidad – pero en menor grado - para prever determinadas tendencias y orientaciones de parte de un juez.

Para anticipar cómo piensa el jurado debemos comenzar considerando las distintas maneras que tienen las personas para analizar hechos. Tradicionalmente, se han reconocido dos formas: **la paradigmática** (*paradigmatic*) y **la narrativa** (*narrative*)⁷⁰. La primera pretende analizar los hechos de manera formal, lógica y metódica. De esa forma se analiza el problema con sus distintas proposiciones llegando así a la conclusión o decisión más correcta⁷¹. Por su parte, la forma narrativa difiere del análisis estrictamente lógico y considera que no hay una solución matemáticamente correcta, sino que todo está matizado por las percepciones y las circunstancias de las personas envueltas⁷². El problema con el juzgamiento de las controversias legales es que van a involucrar ambas formas de análisis. La paradigmática se manifiesta al evaluar unos hechos y aplicarles el Derecho y por consiguiente, emitir una conclusión. La forma narrativa estará presente porque en un modelo adversativo habrá dos versiones, dos supuestas verdades y habrá múltiples circunstancias y elementos humanos que serán parte del proceso decisional.

En los casos que se ventilen ante un juez debe anticiparse que la forma paradigmática tendrá mayor peso. Ello se debe a la formación profesional y técnica del juez al analizar unos hechos y las controversias legales. Lo anterior, bajo ningún concepto implica que la forma narrativa no tendrá presencia en el proceso adjudicativo ante un juez. Después de todo, los jueces son seres humanos con sus valores y prejuicios. Ello implica que conociendo esta realidad debemos enfatizar en presentar nuestra prueba y argumentos desde una óptica lógica y formal dejando espacio – más limitado – a las consideraciones contempladas en el análisis narrativo. En los casos ante el jurado la fórmula debe ser a la inversa. Debe prestarse especial atención a los matices y circunstancias del caso, en el contexto de los hechos y las controversias legales. Esta realidad no implica que el jurado vaya a estar totalmente ajeno a consideraciones estrictamente legales, debido a que se les imparte unas instrucciones sobre cómo aquilatar la prueba y sobre los elementos básicos de cada delito o reclamación antes de deliberar y de tomar una decisión sobre el caso. Lo que sucede es que no les darán la importancia que tradicionalmente le otorgará un juez.

El **aspecto generacional** es un denominar entre jurados y jueces en la medida en que ambos responden a determinadas realidades y formaciones atendiendo a las generaciones a las que pertenecen. Se han identificado recientemente tres clasificaciones generacionales importantes: los “*baby boomers*”, la Generación X y la Generación Y. En términos estrictamente cronológicos se ubica a los “*baby boomers*” como aquellos que nacieron después de la segunda guerra mundial (1945) y antes de los primeros años de la década del sesenta; los de la Generación X nacieron a principios de dicha década y antes de 1982, fecha donde surgen los de la llamada Generación Y. Atendiendo a dicha clasificación podemos identificar cómo determinada persona fue formada y cómo accede normalmente a la información a base de su edad⁷³. Los nacidos antes de 1945 se criaron leyendo periódicos y escuchando la radio⁷⁴. Los “*baby boomers*” tuvieron el beneficio de la televisión; la Generación X por su parte tuvo el cable y las computadoras; y finalmente la Y, la tecnología⁷⁵.

⁶⁹ En algunos ordenamientos, dichas preguntas se hacen directamente a los jurados por parte de los abogados que participan en el proceso de selección. En otros, las preguntas son presentadas al juez que preside el proceso y es él quien hace las preguntas a los candidatos.

⁷⁰ KRIEGER, S. obra citada , pág. 135.

⁷¹ *Ibid.*

⁷² *Ibid.* pág. 136.

⁷³ BERGER, M. obra citada, pág. 26.

⁷⁴ MAUET, T. obra citada , pág. 2.

⁷⁵ *Ibid.*

Es importante ubicar generacionalmente al juez y al jurado, de manera que podamos presentar nuestro mensaje de manera más efectiva. Los jueces o los jurados vinculados a la generación X o Y dependen grandemente del mensaje visual y su capacidad de atención es limitada. Por su parte los “baby boomers” y sus antecesores todavía prestan especial atención a las palabras y a las exposiciones más extensas. En la actualidad gran parte de los jueces pertenecen a la generación de los “baby boomers” y en un por ciento menor a la X. No obstante el universo de candidatos a jurado se nutre fundamentalmente de la generación X y la Y y de manera menos significativa de los “baby boomers”. Ciertamente, la composición de cada jurado puede variar de caso en caso, por lo que es imperativo identificar a que generación pertenece y así presentar la prueba de manera más atractiva y eficiente atendiendo a sus realidades y circunstancias.

Otro aspecto biológico a considerar es que se señala que la mayoría de los abogados utilizan el hemisferio izquierdo de su cerebro para tomar decisiones. Por otro lado, las personas que no han sido formadas en el estudio del Derecho utilizan mayormente el hemisferio derecho. La importancia de esta distinción consiste en que el hemisferio izquierdo ha sido asociado con la lógica y otros aspectos cognoscitivos, mientras que el derecho es uno de naturaleza más afectiva y emocional⁷⁶. Esta distinción cobra especial importancia en los casos que se ventilan ante el juez *vis a vis* ante jurado, en la medida en que el primero tomará las decisiones utilizando mayormente su hemisferio izquierdo, y el segundo utilizando su hemisferio derecho.

En los casos ante jurado se pueden utilizar otras fuentes de información para anticipar su receptividad o rechazo a determinados planteamientos. Suelen hacerse **encuestas** al público en general, ya sea por asociaciones profesionales, por universidades o por abogados que anticipan litigaciones muy complejas, con el propósito de identificar tendencias u orientaciones en los candidatos a jurado, las cuales se manifiestan en estas encuestas. Éstas constituyen un extraordinario instrumento de trabajo para identificar quiénes pueden ser candidatos idóneos en determinado caso en particular. Las encuestas suelen cubrir temas tan variados como la percepción del pueblo de los abogados o de determinadas instituciones que

tradicionalmente están envueltas en litigios como las compañías de seguros y las instituciones bancarias. Por ejemplo, resulta muy ilustrativa una encuesta dada a la publicidad por una importante revista en Estados Unidos⁷⁷ en la cual se evaluaba la percepción del pueblo en cuanto a las grandes corporaciones. Los hallazgos fueron los siguientes⁷⁸:

| | | |
|--|---|---|
| 67% piensa que las compañías compiten adecuadamente en la economía global. | 64% piensa excelentes las prácticas de las compañías que no son éticas. | 73% piensa que no son sinceros y honestos al tratar con los consumidores y empleados. |
|--|---|---|

Las encuestas también aportan información sobre cómo el público en general percibe determinadas actuaciones de los abogados durante el proceso. Éstas aportan una valiosa información para determinar cuál estrategia forense puede ser efectiva en determinados casos. La siguiente encuesta refleja el grado de aceptación del público a que un abogado levante el tono de la voz a un testigo al tratar de establecer un punto. Se evalúa grado de aceptación atendiendo a la edad del encuestado⁷⁹.

| | |
|---------------------|-------|
| 18 - 24 años | 28.7% |
| 25 - 34 años | 23.2% |
| 35 - 49 años | 13.2% |
| 50 - 64 años | 10.6% |
| 65 años en adelante | 12.5% |

Finalmente, en determinados casos se utiliza un jurado simulado (*shadow jury*) con el propósito de presentar ante éstos elementos principales de la prueba y de las alegaciones para conocer su reacción. El jurado simulado se compone de personas contratadas por los abogados cuyo perfil profesional y personal es compatible con la mayoría de los candidatos a jurado en determinado lugar. De su retroalimentación se podrá identificar qué tipo de jurado, o qué tipo de estrategia será más efectiva en determinado caso. Ciertamente, éste es un mecanismo de mucha utilidad, pero que por sus costos y complejidad, se realiza en muy pocas ocasiones.

⁷⁶ Ibid. pág. 2.

⁷⁷ *Business Week*.

⁷⁸ Presentado por Reiko HASUIKE, Timothy L. THOMASON y John MASTON O’Neal en el ABA Annual Meeting, Section of Litigation, April 9-12, 2003. El título de la conferencia fue *How do Jurors Decide Cases?*.

⁷⁹ Ibid.

III.9 Noveno Mandamiento: (*orientado al receptor del mensaje*)

SITUARNOS EN LA POSICIÓN DEL JUZGADOR

La mejor manera de conocer cuales circunstancias pueden matizar la decisión de un juzgador – sea jurado o juez – es ubicarnos en su posición. De lo que se trata es de poder anticipar a qué le va a prestar atención el juzgador y cuáles pueden ser sus preocupaciones. Ello nos permitirá enfatizar en esas áreas y atender las posibles preocupaciones identificadas.

Constituye un error visualizar el juzgador como una persona insensible y cuyo proceso decisional es de naturaleza automática. Tanto el juez como el jurado, a pesar de las diferencias previamente discutidas, comparten valores y aspiraciones. No debe sorprendernos que un juzgador aspire a que su decisión logre lo siguiente:

- Sentirse bien consigo mismo;
- Sentirse que su decisión sea la correcta;
- Sentirse que está del lado de la parte que tenía la razón;
- Que su decisión sea recibida con aceptación generalizada⁸⁰;
- Que su decisión no le causa daño a nadie.

Como puede verse, el juzgador quiere que su decisión sea bien recibida y sentirse libre de remordimiento de alguna clase. Evidentemente dada la naturaleza del modelo adversativo, en algunos casos ello no será posible. Lo importante es entender esas necesidades del juzgador y tratar de suplirlas con nuestras pruebas y nuestros argumentos. En los casos donde se representa una parte o un argumento antipático, lograr esta meta será relativamente difícil; no obstante, será necesario buscar algunos aspectos del caso que puedan incidir en dicho objetivo⁸¹.

Según lo discutido previamente, es necesario suplir al juzgador esas necesidades. Identificadas éstas, se procederá entonces a proveerle toda la evidencia

e información necesaria de manera eficiente y persuasiva discutida en los mandamientos previos. Lo que no puede menospreciarse es la importancia de ubicarnos en la posición del juzgador, lo que requerirá abstraernos totalmente de nuestro rol como abogado de unas de las partes. Hay que analizar el caso desde una perspectiva neutral y dentro de las inquietudes y necesidades del juzgador. En muchas instancias se logrará el efecto anterior con meramente discutir el caso con personas que no tienen conocimiento alguno de los hechos. Sus reacciones y opiniones serán de utilidad para poder anticipar el sentir del juzgador en cuanto a los méritos de nuestras posturas⁸².

En los juicios por jurado debe reconocerse que éste no es un cuerpo monolítico, por lo que habrá personas que componen dicho cuerpo con distintos perfiles y visiones. Además habrá jurados que de conformidad con su personalidad, podrán tener una participación más activa que otras en el proceso decisional. Tradicionalmente, se han identificado dos tipos de jurados: **los líderes y los seguidores**. Los primeros son aquellos que asumirán un rol protagónico y que probablemente dirigirán la discusión durante el proceso de la deliberación e insistirán en sus posiciones hasta el final. Los segundos, básicamente votarán de conformidad con la mayoría.

Es de suma importancia identificar los jurados líderes y prestar especial atención a toda la información relacionada con su perfil, obtenida tanto en los cuestionarios como en el proceso de desinsaculación. Se deberá presentar el caso y los argumentos de manera más receptiva a ese sector. Adviértase que en ocasiones, al tener un jurado compuesto por personas de distintas generaciones y valores, nos encontraremos en la disyuntiva de complacer a unos y de enfrentarnos con otros. De ese ser el escenario, resulta evidente que debemos atender de manera preferente a aquellos que son líderes e identificar y satisfacer sus necesidades e inquietudes. Al persuadir a éstos podremos entonces obtener el favor de los seguidores. Complacidos los líderes con nuestras pretensiones y argumentos, con toda probabilidad convencerán a los otros. Igualmente, debemos considerar especial atención al impacto que

⁸⁰ Ello es particularmente importante en casos de mucha cobertura noticiosa, o en casos donde gran parte de la población se ha abanderado a favor o en contra de una de las partes.

⁸¹ Puede constituir una buena estrategia reconocer el aspecto antipático de nuestro caso, pero enfatizar que existen otras consideraciones que merecen una mayor atención del juzgador. No se trata de ocultarle nada al juzgador; sino de destacar que existen otros aspectos del caso cuya importancia y pertinencia trasciende lo primero.

⁸² En juicios ante jurado, es recomendable que esta discusión se realice con personas legas. En los juicios que se ventilen ante un juez, lo recomendable será discutir el caso con otros abogados que no tengan conocimiento alguno sobre los hechos del caso.

puede tener la prueba presentada sobre los jurados con quienes no tengamos una relación de complacencia, tratando de amortiguar la percepción desfavorable que éstos puedan tener sobre la misma.

Como parte del proceso de conocer al juzgador debemos partir de la premisa que tanto el juez como el jurado están inclinados a ir asumiendo prontamente una posición en cuanto al asunto ante su consideración. Ello no implica que su decisión será tomada al principio del proceso, pero estarán “tentados” a adjudicar preliminarmente. Estudios afirman que el juzgador ya se siente identificado con una de las partes al escuchar la exposición de teorías o argumentos introductorios de las partes en el caso⁸³. Partiendo de esta realidad, resulta necesario tomar dos medidas cautelares. La primera consiste en maximizar la parte inicial de nuestras exposiciones al juzgador, tratando de inclinar desde el principio la balanza a favor de nuestras pretensiones. Hay que ser bien efectivo en los argumentos iniciales y en la prueba que presentemos en esa etapa del proceso.

La segunda medida requiere que invitemos al juzgador – particularmente cuando es ante un jurado – a que se comprometan a no tomar una decisión ni preliminar, ni final del caso, hasta tanto hayan podido evaluar toda la prueba presentada⁸⁴. Dicha solicitud no debe ser polémica en la medida en que se condice con la normativa existente, que requiere que el juzgador evalúe toda la prueba que se presente antes de emitir un fallo o veredicto. Lo que sucede es que instintivamente el juzgador toma decisiones respecto al caso constantemente y no necesariamente al final. A esos efectos, la instrucción o solicitud pretende recordarles cuál es el procedimiento de juzgamiento deseado y tratar de que se remitan al mismo⁸⁵.

III.10 Décimo Mandamiento: (orientado al receptor del mensaje)

RECORDAR LA NATURALEZA ADVERSATIVA DEL PROCESO

Uno de los errores más comunes que cometen los abogados (as), consiste en dedicar todo su esfuerzo al análisis y preparación de “su caso”. Es decir, prestan

toda su atención a su prueba, a sus testigos y a sus argumentos, descuidando las que su contraparte presentará. Es imperativo recordar constantemente que el juzgamiento de controversias se da en el contexto de un modelo adversativo, por lo que parte de nuestra gestión profesional tiene que estar encaminada a **anticipar y refutar la prueba que presente la parte contraria**. Después de todo, el juzgador tendrá que resolver entre dos posiciones encontradas, por lo que queremos asegurarnos que se incline por la nuestra.

Normalmente el juzgador se enfrentará a dos posiciones que aunque encontradas están igualmente bien sustentadas. Así las cosas, no se trata únicamente de presentar adecuadamente nuestro caso, sino de enfrentarnos al de la parte contraria. Ese proceso requerirá mucha preparación tomando en cuenta los distintos aspectos del caso de la parte antagónica que son necesarios considerar. Éstos son los siguientes:

- Su versión fáctica;
- Las inferencias que se puede hacer sobre la versión fáctica;
- Los fundamentos de derecho pertinentes al caso;
- La aplicación del derecho a los hechos del caso.

Como puede verse, el aspecto fáctico tiene dos vertientes; la primera y más importante es, cuáles según la parte contraria, son los hechos reales del caso. La segunda, gira en torno a las inferencias razonables que se pueden hacer de los hechos alegadamente probados. Evidentemente esta segunda depende de la primera, es decir, de los hechos reales que se hayan podido probar. Precisamente, en esa dirección es que resulta incuestionable que haya que cuestionarse la versión fáctica de la parte contraria. Ello no se limita necesariamente a presentar nuestra propia versión de los hechos a través de los medios de prueba disponibles, sino que también se requiere traer prueba que cree duda sobre la veracidad o credibilidad de la pretensión fáctica de la parte contraria. Nuevamente, es necesario recordar que el juzgador tendrá ante sí, dos versiones irreconciliables y tendrá que decidir por una de éstas⁸⁶. Es nuestra obligación facilitarle dicha función tan importante.

⁸³ PERRIN, T. obra citada, pág 119.

⁸⁴ Esta petición es particularmente importante en aquellos casos, en los cuales la parte que la solicita, no le corresponde el primer turno de presentar prueba durante el juicio.

⁸⁵ Esta medida cautelar es especialmente importante para aquellas partes que por razón del orden establecido en los procesos judiciales, su turno de prueba o de hacer argumentos es posterior al de la parte contraria. En ese aspecto, la parte que presenta su prueba o sus argumentos al principio, tendrá una relativa “ventaja” sobre su contraparte.

⁸⁶ En algunos juicios no existirá verdadera controversia sobre los hechos, debido a que éstos han sido estipulados o no controvertidos. En estos casos, el proceso adjudicativo se limita a identificar el derecho aplicable a los hechos planteados.

Para lograr el objetivo reseñado previamente, será necesario conocer cabalmente las alegaciones y la prueba de la parte contraria. Ello podrá lograrse a través de una lectura de las alegaciones en la demanda, denuncia o acusación⁸⁷, pero sobre todo accederlos durante el procedimiento de descubrimiento de prueba. Luego de haber obtenido o conocido esta información, se deberá identificar aquella prueba que nos pueda ser de utilidad para refutar la versión fáctica de la parte contraria. Debe recordarse que en el modelo adversativo, se fomenta este tipo de confrontación entre las distintas versiones, de manera que el juzgador pueda emitir una decisión más ilustrada. También con dicha finalidad se propende la presentación de dicha prueba con relativa facilidad⁸⁸.

Los otros dos aspectos relacionados con el derecho pertinente y aplicable al caso, también dependerán en gran parte de los hechos que queden probados. El argumento en derecho, en apoyo a nuestras alegaciones, podría ser sumamente contundente, pero se tornaría inoperante de no haber podido probar los hechos que lo activan y lo hacen pertinente al caso en controversia. Superado el dilema fáctico, el reto será entonces, verificar la corrección del derecho que según la contraparte es pertinente al caso y, por consiguiente, de aplicación a los hechos en controversia. Este proceso requerirá verificar todas las autoridades citadas por la parte contraria y así poder comprobar su corrección y pertinencia al caso. En aquellos casos en los cuales los fundamentos en derecho argüidos por la parte contraria superen este crisol, entonces se procederá a tratar de hacer las distinciones correspondientes a los fines de establecer que su aplicación es improcedente al caso ante la consideración del juzgador. Cualesquiera que sea el escenario, el conocer ampliamente los fundamentos de derecho de la parte contraria nos permitirá analizarlos profundamente, de manera que encontremos brechas que conduzcan a su improcedencia y así los podamos rebatir. Así las cosas, el juzgador estará en mejor posición de percibir la debilidad de los argumentos contrarios, a la vez que favorece los nuestros.

El proceso adversativo presenta grandes retos a las partes y al que juzga. No se trata meramente de tener la prueba necesaria para probar nuestro caso, sino que también tenemos que ser efectivos en su presentación

de manera que podamos convencer al juzgador de la corrección de nuestras pretensiones. El analizar con rigor todo lo relacionado al caso de la parte contraria, será consustancial con este propósito. El juzgador se nutrirá grandemente del cuestionamiento de todas las pretensiones de la parte contraria y estará, por consiguiente, mejor posicionado para administrar justicia de conformidad con nuestras posturas.

⁸⁷ Existen otros documentos que pueden ser examinados, entre los que se destacan: la contestación a la demanda, las mociones de sentencia sumaria y las mociones o documentos donde le aleguen defensas afirmativas.

⁸⁸ Ello puede percibirse en toda la normativa probatoria que facilita la impugnación o tacha de los testigos por diversas razones. También se contempla en muchos ordenamientos, un turno específico de refutación de la prueba presentada por la parte contraria.