

DESTREZAS DEL JUEZ EN LOS JUICIOS ORALES

*Juan Enrique Vargas y
Andrés Baytelman*

La introducción del sistema acusatorio en nuestro país generará profundos y trascendentes cambios en el aspecto probatorio de los juicios. ¿Cómo saber qué hechos son verdaderamente dignos de tomarse en consideración?, ¿cuándo una prueba específica resultará más creíble que otra? Para las partes dentro de un juicio —es decir el fiscal y la defensa—, las preguntas anteriores hallarán respuesta en la “teoría del caso” que cada una de ellas vaya elaborando. Pero para los juzgadores, que ahora ocuparán un lugar de auténticos terceros imparciales extra y supra partes, en la que además guardarán una sustancial distancia frente a las pretensiones acusadoras del Ministerio Público, la situación será bien distinta. Los autores de presente ensayo —el primero de ellos decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales, y el segundo Director Ejecutivo de la Fundación “Paz Ciudadana”, ambas en Santiago de Chile— sostienen que el juez, al inicio y fin de cualquier juicio, siempre tendrá que preguntarse: ¿el fiscal, realmente ha probado su teoría del caso?

I. ¿QUÉ INFORMACIÓN NECESITO PARA RESOLVER?

Una vuelta sobre la teoría del caso

El juicio bien puede ser concebido como una competencia de relatos entre las partes, cuya información el juez debe procesar para construir un “relato oficial”. En ocasiones, este relato oficial consiste en asumir la versión de una de las partes. En otras, consiste en fijar una tercera versión que en unos aspectos se asemeja y en

otros difiere del relato de cada una de las partes. Con independencia de la postura que se asuma respecto del tema del rol de la verdad dentro del proceso penal —se considere este “relato oficial” como una verdad descubierta por el juez o como una construida por él—, parece bastante obvio que, descriptivamente, lo que hace es dar determinados hechos por probados, a los cuales luego aplicará determinada norma.

El fallo está construido sobre la base de estos dos elementos, y de ellos da cuenta la dogmática más clásica de nuestra cultura jurídica. Sin embargo, ¿cómo saber qué hechos son relevantes?, ¿cómo ir fijando, a lo largo del juicio, los hechos que se estiman acreditados?, ¿cuándo una prueba determinada es más creíble que otra?, ¿qué relación tiene el Derecho aplicable con los hechos sobre los cuales se va a aplicar?, ¿es cierto que el Derecho se aplica a los hechos ya determinados, o deberá haber una idea acerca del Derecho involucrado para poder determinar los hechos relevantes?

Para las partes, estas preguntas encuentran respuesta en la llamada “teoría del caso”. Para los jueces, sin embargo, esto es algo más complejo, porque ellos se encuentran en una posición distinta a la de las partes, básicamente constituida por el principio de imparcialidad (no se trataría, como ocurre con las partes, de que simplemente construyan estratégicamente una teoría, sino más bien de que asuman la postura de terceros imparciales decidiendo un conflicto).

Unas primeras luces en relación con esto tienen que ver, precisamente, con el rol del juez dentro del modelo adversarial, y como tercero imparcial frente a la acusación estatal en contra de las personas. Desde este punto de vista, el Estado tendría una fuerte carga probatoria para destruir la presunción de inocencia que recae en los individuos, y el Ministerio Público tendría que cumplir las promesas presentadas en su acusación, en el sentido de que aportará prueba suficiente para acreditar su teoría del caso. El primer foco de atención que debe tener en cuenta el juez penal, entonces, es la teoría del caso contenida en la acusación, teoría ésta que contiene un relato acerca de “cómo los hechos en verdad ocurrieron” desde la versión del fiscal, a partir del cual invocaría los instrumentos normativos de que pretende servirse (por ejemplo la tipicidad del delito acusado, sus circunstancias agravantes, su calificación jurídica). La primera vez que el juez escuche esta teoría del caso de boca del propio fiscal, será en el alegato de apertura.

La primera —y la última— pregunta que debe hacerse el juez penal, en consecuencia, es: ¿ha probado el fiscal su teoría del caso? Nótese que el primer foco de atención del juez es la teoría del caso del fiscal y no, en principio, la de las partes. Un juicio penal consiste en que el acusador pruebe la acusación que sostiene, y no que el defensor pruebe la inocencia del inculgado. La cuestión que debe volver una y otra vez a la mente del juzgador en cada uno de los momentos del juicio es: ¿cómo prueba esto la teoría del caso del fiscal? Por supuesto, en la mayoría de los juicios penales la defensa no va a adoptar una actitud meramente pasiva, sino que va a aportar a su turno una teoría del caso exculpatoria. Pero, de nuevo, el valor que tiene esa teoría y la atención que le debe prestar el juez es en tanto detrimento de la teoría del caso de cargo, a través de la cual el fiscal debe superar la presunción de inocencia.

Como se recordará, la teoría del caso —para ambas partes— consiste en aquel punto de vista que logra explicar en un todo coherente “cuáles son los hechos que ocurrieron”, y de qué manera esos hechos se encuadran en una determinada teoría jurídica. En la presentación de su caso, entonces, el Ministerio Público deberá presentar prueba suficiente y creíble para acreditar las proposiciones fácticas que alcanzan a configurar cada uno de los elementos de que se componen las teorías jurídicas invocadas.

La primera ayuda —y la primera restricción— con que cuenta el juez, entonces, está constituida por la teoría del caso del Ministerio Público, contenido en la acusación. Se trata de una ayuda —y de una restricción— en el sentido de que el juez deberá ir considerando si las pruebas aportadas son suficientes y creíbles para dar por acreditadas las proposiciones fácticas que requieren cada uno de los elementos de las teorías jurídicas invocadas por la fiscalía en su teoría del caso.

Este cuadro, por supuesto, se vuelve más complejo con la intervención de la defensa. En efecto, toda la actividad de la defensa estará dirigida a mermar, de una u otra manera, el caso de la fiscalía, sea porque presenta un caso afirmativo propio (el ejemplo paradigmático es la defensa de coartada), o bien porque directamente se dedica a denotar la falta de consistencia y credibilidad del caso de la fiscalía. En consecuencia, cuando el juez esté pasando por el cedazo de su razonamiento el caso del Ministerio Público, no sólo lo hará en relación con la coherencia interna y credibilidad que éste posea, sino también a la

coherencia y credibilidad que ostenta en frente de la actividad de contradicción que realiza la defensa. Quizás un testigo sea perfectamente coherente y verosímil si se considera aisladamente su testimonio, pero puesto en frente de un testigo más verosímil de la defensa cuyos dichos son diferentes, puede perder credibilidad. El juez, en consecuencia, deberá ser capaz de mantener una visión integral y amplia acerca de lo que está pasando en la totalidad del juicio, tanto con el caso de la fiscalía como con el de la defensa.

De una parte, el juez debe permanentemente preguntarse de qué manera la fiscalía está cumpliendo la promesa hecha en la acusación, aceptando o rechazando que determinados hechos se den por probados a partir del caso presentado por la fiscalía. Por la otra, el juez debe estar permanentemente expuesto a que esas convicciones parciales y esa “disposición mental”, vayan siendo modificadas por la actividad de la defensa.

Todo este entramado viene a complicarse más aún, cuando se le suma el rol del juez. En primer lugar, es posible que éste estime que la versión de una de las partes es fiel a los hechos, pero que la actividad del abogado en cuestión sea deficiente y que, por ende, no ha logrado ser acreditada. ¿Qué debe hacer el juez en ese caso? Y todavía más, ¿cuál es la diferencia entre que dicha ineficiencia provenga del fiscal o, en cambio, del defensor? En este sentido, lo que debe emerger con claridad es el rol del juez como contralor del caso que presenta el Ministerio Público: si el Estado no es capaz de presentar un caso sólido en contra de una persona y probarlo en juicio, el rol del juez es precisamente dar cuenta de esa incapacidad y absolver. La responsabilidad de ese fracaso en la persecución penal recae en el acusador, y a él habrá que pedirle cuentas por ello.

El caso de la defensa es más complejo y deberán, al respecto, hacerse elaboraciones judiciales más finas. El proceso penal en un Estado democrático es precisamente un intento por minimizar la posibilidad de que un inocente sea erróneamente condenado. Esto no necesariamente debe llevar a los jueces a poder intervenir en favor del acusado, cuando perciban que la defensa no está desempeñando un buen trabajo, porque ellos son precisamente los garantes del juego justo dentro del juicio. No obstante, es probable que respecto de la defensa el tribunal pueda tener una mayor flexibilidad al respecto. Dicha flexibilidad podrá jugar con elementos como advertir al abogado que su desempeño profesional está siendo deficiente, utilizar las facultades

que el código confiere a los jueces durante el debate y, siempre de telón de fondo, considerar que el fiscal no ha alcanzado a destruir la presunción de inocencia que opera sobre el acusado.

En segundo lugar, es posible que no se trate ya de optar por una de las versiones de las partes, sino que el juez estima que hay en el caso una tercera versión, hasta ahora no invocada. ¿Qué pasa si el tribunal opina que sí se ha cometido un delito, pero que no es aquél consignado por el fiscal en su acusación? A este respecto, debe tenerse en cuenta el principio acusatorio, expresamente recogido en el código:

la sentencia condenatoria no podrá exceder el contenido de la acusación. En consecuencia, no se podrá condenar por hechos o circunstancias no contenidos en ella. Con todo, el tribunal podrá dar al hecho una calificación jurídica distinta de aquella contenida en la acusación o apreciar la concurrencia de causales modificatorias de la responsabilidad penal no incluidas en ella, siempre que hubiere advertido a los intervinientes durante la audiencia.

La lógica que opera tras esta norma es, de vuelta, una nueva versión del mismo principio: el Estado, a través del Ministerio Público, le imputa a un individuo haber realizado ciertos hechos. Pues bien, el rol del juez es precisamente controlar que el Estado pueda probar esos hechos precisos que ha imputado. La segunda parte de la norma, a su turno, responde a la lógica de erigir al juez como un garante del juego justo. Si el tribunal estima que los hechos imputados por el Estado pueden dar lugar a otra calificación jurídica, o circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal que aquellas invocadas en la acusación, entonces debe procurar que la defensa tenga una real oportunidad de hacerse cargo de esa porción del debate.

Ahora bien, todo lo expuesto en estas últimas páginas —la idea de que el juez para fallar debe estar atento a cuáles son las teorías jurídicas invocadas, a los elementos que las configuran, a las proposiciones fácticas que satisfacen estos elementos y a la prueba que acredita estas proposiciones fácticas— supone más que ninguna otra cosa una comprensión cabal del sistema de valoración de la prueba, tanto en su dimensión normativa (sistema de valoración) como práctica (elementos de credibilidad).

II. VALORACIÓN DE LA PRUEBA Y CREDIBILIDAD.

El nuevo sistema modifica el sistema de valoración de la prueba, erradicando los dos modelos de valoración imperantes en nuestro actual proceso penal. Por una parte, abandona el sistema de prueba tasada. Por la otra, abandona la apreciación del fallo en conciencia. De una parte, no admite que la ley —abstracta y general— sustituya a la valoración —particular y concreta— del juez; de la otra, no admite que la valoración que los jueces hacen de la prueba esté exenta de razonamiento justificatorio.

Al nuevo sistema se le ha denominado “de libre convicción”, para que no se aplique del modo en que actualmente los tribunales han entendido la sana crítica (como equivalente a fallo en conciencia). Al respecto, el código señala que:

los tribunales apreciarán la prueba con entera libertad. La valoración de la prueba en la sentencia requerirá de la fundamentación de cada uno de los hechos y circunstancias que se den por probados y el señalamiento de el o los medios de prueba mediante los cuales se den por acreditados tales hechos y circunstancias. Esta fundamentación deberá permitir la reproducción del razonamiento utilizado para alcanzar dichas conclusiones... en su fundamentación el tribunal deberá hacerse cargo de toda la prueba producida, incluso de aquella que hubiere desestimado, indicando en tal caso las razones que hubiere tenido en cuenta para hacerlo... en la valoración de la prueba no se podrán contradecir las reglas de la lógica, los conocimientos científicamente afianzados ni las máximas de la experiencia... la existencia de un hecho o circunstancia podrá ser deducida por medio de indicios, en tanto ellos se funden en hechos reales y sean múltiples, graves, precisos y concordantes.

Este sistema de libre convicción conlleva las siguientes implicancias:

II.a) Cualquier cosa que forme convicción en el tribunal y que pase el *test* de credibilidad en el juicio oral, puede ser considerado prueba. Por ende, los medios probatorios no se encuentran taxativamente establecidos en la ley y están abiertos al modo en que las partes quie-

ran presentar su caso¹ (cuando un testigo se para en el tribunal y muestra en qué posición estaba cuando disparó el arma, ¿qué es eso? ¿Testimonio? ¿Importa cómo le llamemos, en la medida que sirva al tribunal para formarse una convicción?). En consecuencia, ni hay testigos inhábiles ni hay peritos cuyo expertizaje esté predeterminado. La inhabilidad actual de ciertos testigos se traslada al juicio de credibilidad en el juicio (si quien está declarando es la esposa del inculpa-do, quizás sea razonable pensar que lo está protegiendo y, en consecuencia, restarle credibilidad a su testimonio). A la vez, los peritos deben acreditar su experticia a satisfacción del tribunal y de las partes, experticia que en parte determina su admisibilidad como perito y en parte su credibilidad como tal (todo esto desde el punto de vista de la litigación, pues el proyecto nada dice).

II.b) Cualquier hecho puede ser probado por cualquier medio. La ley no obliga a probar ningún hecho a través de medios específicos. Esto supone que la jurisprudencia desarrolle estándares para determinar criterios respecto de la prueba. Así, por ejemplo, criterios de idoneidad (¿puede un policía declarar sobre los hábitos criminológicos de los habitantes de La Pintana?, ¿puede un peritaje dactilográfico determinar si una persona mentía al redactar un documento?); criterios de relevancia (¿tiene importancia que venga la esposa del imputado a decir que él es una buena persona?, ¿tienen importancia los antecedentes penales de una persona?); criterios de juego justo (si permito que ingrese esta prueba nueva no anunciada en la audiencia de preparación del juicio oral, ¿es mayor el beneficio esperado que el perjuicio causado por la indefensión de la contraparte?); criterios de admisibilidad (¿cuándo debo aceptar que ingrese prueba nueva?, ¿cómo es admisible utilizar declaraciones previas?, ¿cuándo debo aceptar que se asuma este revólver como el arma encontrada en la escena del crimen?; etcétera).

¹ El nuevo código contempla ciertas reglas para situaciones especiales, tales como el hallazgo de cadáver, las lesiones o la falsificación (Título I, Libro 2°). Pero no se trata en ningún caso de asignar valor probatorio específico a dichas diligencias, ni menos de ordenarlas taxativamente como prueba de dichas situaciones. Se trata, más bien, de un conjunto de directrices o facultades para el Ministerio Público o el juez. Por ejemplo, realizado el examen de lesiones en el Instituto Médico Legal, todavía dicho peritaje deberá superar el contraexamen en el juicio oral, y podrá ser perfectamente invalidado por el testimonio experto de cualquier otro perito médico.

II.c) No hay valor predeterminado de ningún medio probatorio. La palabra clave en el tratamiento de la prueba por parte de los jueces en lo penal es ésta: “credibilidad”. Es cierto que esa credibilidad debe estar fundada, pero también es cierto que esa fundamentación tiene componentes subjetivos y que, por ende, no puede ser determinada más que por el juez que está frente al examen de la prueba. No hay, por ende, credibilidad predeterminada por la ley. Una parte podrá presentar diez testigos para acreditar un hecho y la otra sólo uno que los contradiga: nada le impide al juez conceder mayor credibilidad a este único testigo que a los restantes diez, con tal que ese testigo haya concitado su credibilidad y que esa credibilidad pueda ser fundada.

II.d) La prueba por excelencia en un sistema como éste, es lo que la cultura continental conoce como “prueba indiciaria”, y lo que el sistema anglosajón denomina “prueba circunstancial”. La prueba indiciaria es aquélla que exige una mediación inductiva del tribunal, para llegar a la conclusión de que un determinado hecho está probado. El juez, finalmente, deberá inducir una cierta verdad de toda esta evidencia puesta en relación. La “prueba indiciaria” se opone a la “prueba directa”. En la prueba directa no media este razonamiento y, más bien, si el juez acepta la credibilidad de la prueba acepta también la proposición fáctica que ésta pretende probar. De este tipo es, por ejemplo, la cámara que graba el asalto de Juan: si el juez acepta que ese video en efecto grabó la escena, entonces acepta la proposición de que Juan asaltó a Pedro. Lo mismo ocurre con los testigos presenciales. Por supuesto, es óptimo tener pruebas directas pero, en general, el juez rara vez podrá escapar a la prueba indiciaria, comprometiéndose su razonamiento inductivo en la determinación de los hechos probados.

Siendo éste el sistema de valoración probatoria que contempla la reforma, la pregunta que conviene hacerse es: ¿qué elementos forman la convicción del juez? O, dicho de otro modo, ¿de qué elementos puede echar mano el juez para valorar la credibilidad de una determinada prueba? Desde luego, no se trata aquí de elementos diversos a los que tienen en mente las partes cuando litigan, pues todo el esfuerzo de litigación consiste, precisamente, en lograr persuadir al juez de que nuestra prueba debe gozar de credibilidad a sus ojos. Revisemos entonces algunos elementos de credibilidad de la prueba aunque brevemente, pues ya fueron desarrollados a propósito de la litigación de las partes:

- Contundencia sistemática de los indicios. Una buena porción de los casos penales que llegan a juicio no cuentan con prueba directa. No cuentan con un testigo presencial ni con una cámara de seguridad que —para gloria de la fiscalía— haya grabado furtivamente la comisión del delito. No obstante, esto no quiere decir en absoluto que en dichos casos no se pueda probar la culpabilidad del acusado, más allá del estándar de convicción requerido. Cuando un caso no tiene prueba directa, el fiscal estará llamado a estructurar su caso en torno a la prueba indiciaria: un testigo declara que el acusado le habría dicho: “¡le voy a enseñar a esa miserable que a mí no me rechaza ninguna mujer!”. La víctima señala haber reconocido a su agresor, pese a que la luz de la casa había sido cortada. Otro testigo declara haber visto al acusado caminando cerca de la casa de la víctima, escasos minutos antes de la violación. El informe del Servicio Médico Legal da cuenta de la presencia de semen intravaginal en la víctima, además de múltiples hematomas en la zona de la pelvis, las piernas, los brazos y la cara. Por último, un perito declara que el cuchillo con que la víctima habría alcanzado a herir al agresor, tiene muestras de sangre compatibles con la del acusado.

En este caso, ninguna de las pruebas —salvo la declaración de la víctima— constituyen prueba directa. El testimonio de la víctima, a su turno, tiene en principio algunos problemas: se trata de la parte acusadora (luego, un interés inicial) y tenía problemas de percepción al momento en que dice haber reconocido al acusado. No obstante, el caso está lleno de pruebas indiciarias que los jueces deberán evaluar, y con arreglo a las cuales podrán —si así finalmente lo deciden— condenar al acusado.

De esta suerte, la convicción del tribunal puede —y comúnmente debe— ser construida sobre la base de evaluar la contundencia sistemática de la prueba como un todo, sobre la base de valorar la concordancia que tienen unas pruebas con otras, y extraer de ellas una conclusión razonada acerca de la culpabilidad del acusado. En el caso que proponíamos, ninguna de esas pruebas bastaría por sí sola para condenar al acusado; sea porque se trata de pruebas puramente indiciarias —y, en consecuencia, no prueban directamente los hechos o la participación—, o bien porque la prueba aisladamente considerada tiene problemas de credibilidad (por ejemplo, la declaración de la víctima, indivi-

dualmente considerada), el hecho es que en este caso el fiscal no cuenta con una prueba directa y definitiva para su caso.

Sin embargo, no es esto lo que se exige para la destrucción de la presunción de inocencia. Lo que se exige, en cambio, es que el tribunal construya un razonamiento que pueda vincular la prueba rendida en un todo coherente y lógico, de manera que si de la prueba así considerada se puede seguir la culpabilidad del acusado más allá del estándar de convicción, el tribunal puede legítimamente condenar. Ahora bien, esto concede un enorme poder a los jueces y ese poder tiene un precio: la prueba indiciaria tiene una alta exigencia de fundamentación, y el juez debe justificar el razonamiento a través del cual vinculó la prueba en el específico sentido que lo hizo.

- Máximas de la experiencia. En principio, todas las personas compartimos un acervo mínimo de experiencia común. No se trata de experiencias que se repitan siempre o necesariamente, pero más o menos hay hechos que suelen ser de una determinada manera bajo determinados supuestos. Así, por ejemplo, compartimos la experiencia de que la gente ve mejor de día que de noche; que el paso del tiempo debilita nuestra memoria; que el suelo mojado hace menos controlable un vehículo; que un padre estaría dispuesto a mentir por proteger a su hijo; que las distancias toman ciertos tiempos en recorrerse. Compartimos experiencias en las más vastas y heterogéneas áreas de la vida cotidiana. Las máximas de la experiencia no tratan, como se ve, acerca de ningún conocimiento jurídico particular sino todo lo contrario: versan sobre la experiencia que compartimos como seres humanos.

La importancia que tienen dentro del proceso de valoración de la prueba es múltiple. Aquí sólo mencionaremos dos: en primer lugar, se erige como una razón justificatoria perfectamente legítima del razonamiento judicial. Un juez puede perfectamente justificar confianza o desconfianza en la prueba, basado en que ella es fiel o contraviene una máxima de experiencia. Desde luego, la parte puede siempre objetar que aquello que el juez invoca sea, en efecto, una máxima de la experiencia. Así, por ejemplo, si un juez pretende instalar una máxima de experiencia del tipo: “todos compartimos la experiencia de que los mapuches son más propensos al crimen”, la parte podría perfectamente

impugnar dicho concepto como una experiencia generalizada-mente compartida por las personas.

En segundo lugar, las máximas de la experiencia movilizan la carga del debate y de la prueba. Las máximas de la experiencia concederían una credibilidad inicial a las proposiciones fácticas concordantes con ellas, y la parte que alegue proposiciones fácticas que se distancien de dicha experiencia deberán explicar por qué en este caso debemos creer que las cosas ocurrieron de un modo distinto, a aquél que suelen ocurrir. Así, por ejemplo, si se ha acreditado que el sitio del suceso estaba completamente oscuro —era el sótano no iluminado de una fábrica—, el testigo que dice haber visto al acusado cometer el delito —y poder reconocerlo— tendrá que explicarnos por qué su caso particular se desvía de la experiencia por todos compartida, en el sentido de que la gente no puede ver sin luz. Quizás el testigo pueda darnos una explicación al respecto, por ejemplo podría decirnos que lo siguió ocultamente hasta que salió del edificio, y entonces lo vio claramente, o bien nos podrá decir que el sujeto prendió una lámpara para consumir su crimen, y entonces distinguió su rostro con nitidez; o bien que la gerencia de la fábrica lo había provisto con un equipo de visión infrarroja para poder cuidar el lugar de noche. La explicación puede ser verosímil o no. El hecho es que si el tribunal la acepta, podrá apartarse entonces de valorar esta específica porción del testimonio, de acuerdo a las máximas de experiencias aplicables.

Consistencia interna. Un juicio consiste en el enfrentamiento de dos relatos. En este sentido, parece natural que las versiones de ambas partes sean inconsistentes entre sí. Sin embargo, cuando el relato de una de las partes presenta falta de consistencia interna, hay razones para comenzar a sospechar de la credibilidad de dicho relato. Ejemplos de esto hay de todos los tipos, e incluyen desde contradicciones de un testigo con sus propios dichos, hasta inconsistencias entre distintas pruebas aportadas por la misma parte.

- Motivo (interés). La motivación de un testigo por declarar tiene, sin duda, relación con su credibilidad. Es importante, en consecuencia, intentar develar si tal motivación o interés existe y cuál sería. Las posibilidades aquí son múltiples: el testigo puede estar intentando salvar a su mejor amigo o a su pareja; el socio comer-

cial puede anticipar que las acciones de su empresa bajarán si se condena al inculpado; este testigo puede ser su antiguo enemigo o acaso aquél tener interés en que se lo condene para quedarse con su mujer.

Sin embargo no basta con develar que dicha motivación existe, sino que será necesario además para el juez realizar un cierto juicio acerca de que ese interés, lo podría llevar de hecho a tergiversar su testimonio. Por ejemplo, bien podría un testigo decir: “en efecto, soy un antiguo enemigo del inculpado y no le tengo ningún aprecio, pero no cargaría en mi conciencia encarcelar a un hombre inocente, de manera que no vengo más que a declarar lo que vi esa noche”. El juez bien podría estimar que este testigo en particular —pese a reconocerse enemigo del inculpado—, es igualmente creíble.

- **Conducta.** Se trata de un tema que alberga muchos debates, y respecto del cual hay que proceder con cautela. La cuestión aquí es de qué manera el comportamiento pasado de un testigo impacta en su credibilidad. ¿Da lo mismo que quién declara sea un respetable hombre de negocios o que sea un pordiosero vagabundo?, ¿da lo mismo que sea un buen cura de parroquia a que sea una prostituta o un drogadicto? Aquí hay algunas apreciaciones más legítimas que otras. Desde luego, no parece que haya ningún problema para que personas cuyas conductas no aprobamos, perciban perfectamente a través de sus sentidos hechos acerca de los cuales pueden venir a declarar fidedignamente al tribunal.

En este sentido, no parece razonable distribuir de esta manera el peso probatorio de los testigos. ¿Por qué iba a ser más confiable un buen padre de clase alta que un mendigo, un ebrio, un ladrón o una prostituta? Los antecedentes de conducta que se deben buscar, son aquellos que sí pueden impactar en la credibilidad del testigo. Una primera posibilidad recae en aquellas conductas que afecten las capacidades de percepción. Así ocurre, por ejemplo, con los drogadictos o los alcohólicos, siempre que hayan estado drogados o ebrios al momento de los hechos. Una segunda hipótesis es que la conducta tenga que ver directamente con su credibilidad, como cuando se prueba que declara recurrentemente en juicios o como cuando se lo ha perseguido directamente por perjurio.

- **Detalle.** En este caso, el juez cuenta con un elemento que juega para ambos lados: por una parte, creemos que si una persona efectivamente presencié un hecho, entonces debería estar en condiciones de ofrecer algún nivel de detalle acerca de aquello en que dice haber participado. Este nivel de detalle será aquel que corresponda a la memoria normal, dadas las características de la persona y de las circunstancias en cuestión. Como contrapartida, más allá de la memoria normal dadas las características de la persona y de las circunstancias, uno puede empezar a sospechar.

De este modo, si el testigo dice haber estado involucrado en el choque, entonces es razonable pedirle que recuerde detalles como dónde se produjo éste, cuántos vehículos estuvieron involucrados o si iba alguien más en su mismo auto. Estos detalles los recordaría cualquier persona normal en dicha situación, y si el testigo no nos puede ofrecer ese nivel de memoria, algo anda mal. No obstante si el testigo recuerda no sólo esos detalles sino que, además, en medio del violentísimo choque en que murió su hermana puede recordar con precisión la placa del auto que los chocó por detrás y luego se dio a la fuga, así como el tatuaje que llevaba en el brazo el conductor de dicho auto y el modelo de las llantas que tenía en las ruedas, algo anda mal también en la credibilidad de ese testigo.

- **Elementos subjetivos.** Aquí hay un espacio fuerte para la discrecionalidad del juez en la apreciación de la prueba, que como contrapartida exige también una fundamentación ineludible. Si finalmente la cuestión de la prueba consiste en la credibilidad que ésta tenga a ojos del juzgador, es imposible evitar que influyan en éste todo el conjunto de subjetivas razones por las que todas las personas concedemos o negamos credibilidad a los relatos de las personas. Puede ser que al juez le haya parecido que el testigo ocultaba algo y que a eso se debía su nerviosismo; que fue evasivo en ciertos temas, que se negó a responder las preguntas o que simplemente parecía estar mintiendo.
- Aquí los jueces tendrán que ser explícitos y acuciosos, estando obligados a construir razonamientos reproducibles e intersubjetivos que discriminen —por decirlo de algún modo— las valoraciones subjetivas del juez que encuentran sustento en las máximas de la experiencia y el sentido común, de la simple arbi-

trariedad y el prejuicio. Así por ejemplo, si el tribunal señala en su sentencia que el testigo hablaba incoherentemente, sudaba y esquivaba la mirada de los jueces, la conclusión de que el testigo no es creíble es sin duda subjetiva. No obstante, no parece arbitraria y uno podría sustentarla con base en cierto sentido compartido acerca de cuál es la actitud de una persona que miente, y cuál la de una persona que dice la verdad. En cambio, si la conclusión de que el testigo no está diciendo la verdad se funda en el hecho de que se trata de un gitano y los gitanos suelen mentir, ese razonamiento parece pertenecer a un tipo de subjetividad puramente prejuiciosa, que difícilmente puede encontrar apoyo en las máximas de la experiencia o el sentido común.

- Hechos conocidos, no controvertidos o acordados. Toda prueba tiene como piedra de choque ciertos hechos que, por ser conocidos o no ser materia de controversia, no requieren ser probados y se asumen como ciertos. En la medida en que la prueba de una de las partes es inconsistente con esos hechos, va perdiendo credibilidad. Así, por ejemplo, por muy seguro y certero que sea el testimonio de un testigo en el sentido de que los hechos ocurrieron en el bar “El Lucho”, esa declaración será considerada inverosímil si ambas partes están de acuerdo en que el día de los hechos se encontraban en la casa del inculpado. Allí claramente el testigo en cuestión está en un error y se está refiriendo probablemente a otros hechos, no a los que al juicio le interesan. Una posibilidad no contemplada en el código pero que constituiría una práctica muy interesante a desarrollar, sería la posibilidad de llegar a convenciones de prueba entre las partes. Esto es la posibilidad de que las partes —probablemente en la audiencia de preparación— revisen explícitamente si hay hechos del caso respecto de los cuales no hay discrepancias, a manera de acotar el debate y la prueba a los hechos que sí están controvertidos.
- Expertizaje. El expertizaje plantea, por una parte, problemas de admisibilidad de la prueba y, por la otra, problemas de credibilidad. Como dijimos, en el contexto del sistema de valoración libre de la prueba no hay expertizaje preconstituido y, en consecuencia, cualquier persona está en calidad de perito o testigo experto, en la medida en que dé cuenta del expertizaje que alega tener. No obstante, no es menos cierto que en la medida en que la materia requiera conocimientos especiales, la informa-

ción que aporta un experto es relevante sólo si tiene la experticia que alega. El juez requerirá, entonces, antecedentes que hagan presumir al menos *prima facie* que tiene una experticia básica en el tema en cuestión, y no teniéndola el juez bien puede considerar su eventual testimonio como una mera opinión de lego, irrelevante para el juicio y, por lo mismo, inadmisibile.

El caso que nos interesa de cara al fallo, sin embargo, es el segundo: hay antecedentes suficientes para presentar al testigo como experto, y la cuestión es cómo valoramos su declaración. Desde luego el expertizaje es un elemento de valoración de la prueba y debe ser tomado con mucha seriedad, porque los expertos suelen erigirse como prueba única de las proposiciones fácticas respecto de las cuales declaran. No se trata de que no pueda haber más de un experto declarando incluso de manera confrontacional, pero los temas que requieren experticia exigen que la convicción a la que llega el juez se funde en base a conocimientos expertos, y no sobre ningún otro. Así, por ejemplo, la única forma que tenemos de saber si hubo una identificación positiva de la huella digital hallada en el sitio del suceso estará determinada por la discusión de expertizaje en el juicio, sea que se trate del perito de la policía en cuestión al cual la defensa contraexamina, sea que se trate de la contraposición de opiniones expertas distintas entre dicho perito y otro que presente la defensa. Cualquiera sea el caso, suelen no haber respecto de esto más pruebas que las que se desarrollen en el ámbito de la prueba de peritos.

La credibilidad con base en expertizaje se configura, fundamentalmente, por la acreditación. Cada vez que alguien pretende que su declaración no sea considerada como la de un simple testigo, sino que se le confiera la autoridad que reviste la ciencia, disciplina o arte, esa persona debe dar buena cuenta de “calificar” para esa pretensión. Esa calificación tiene dos vertientes: formación o experiencia. En ocasiones será esencial para el tribunal que el testigo acredite respecto de una de estas vertientes en particular, en ocasiones en ambas. Así, del médico forense no sólo queremos saber si estudió Medicina (y estaremos dispuestos además a concederle mayor credibilidad, si dichos estudios son además contundentes en calidad y cantidad), sino también si tiene de hecho experiencia haciendo autopsias, cuántas a hecho en su vida profesional y cuántas del mismo tipo que

nos ocupan en este juicio. Si este médico forense estudió en las mejores universidades pero está es la primera vez que realiza una autopsia, desde luego eso podrá estar reflejado en la credibilidad que le prestemos a su testimonio.

Por otra parte, es posible que la información que el tribunal busca no requiera particularmente experiencia sino, precisamente, una opinión dada por la teoría de la ciencia. Este es el caso, por ejemplo, si lo que se busca del perito es la información acerca de si el nivel de contaminación de un río puede ser idóneo para causar la muerte de una persona. En cuanto a la credibilidad de un experto, el juez tendrá que evaluar caso a caso dependiendo, en primer lugar, de la acreditación del mismo, sea que provenga de su formación o de su experiencia. Una vez acreditada la experticia de una persona en una determinada materia, desde luego su declaración tiene un peso específico mayor en principio y en dicha materia específica, al que pudiera tener el resto de la prueba. Y el juez, por lo tanto, debe valorarla en ese sentido.

- Rigor de los procedimientos. Existe una buena porción de la prueba que se basa en procedimientos técnicos. Casos típicos de ello son los procedimientos policiales, en particular el tratamiento de la escena del delito y el levantamiento de prueba desde allí, aunque también la investigación misma y el modo en que “hace blanco” en determinado sospechoso, o el mismo procedimiento de reconocimiento de un sospechoso por un testigo. En esta situación suelen encontrarse también los informes periciales, hechos a partir de muestras sobre las cuales se practican procedimientos científicos (huellas dactilares, análisis de sangre, semen, pelos, análisis balísticos, etcétera).

Estos procedimientos, con frecuencia, han sido establecidos a través de largos procesos de ensayo y error, de manera que sirvan para resguardar la integridad de los resultados. En el caso de los procedimientos policiales, ellos deben dar cuenta de una investigación profesional a través de la cual las sospechas fueron configurándose en torno a un individuo. No sería aceptable, por ejemplo, que el policía a cargo de la investigación dijera que simplemente su intuición policial le hace creer que el culpable es tal o cual persona; como no lo sería tampoco que el procedimiento de reconocimiento del sospechoso por parte de la víctima, consistiera en mostrárselo individualmente en el cuartel policial y

preguntarle si ése es el agresor. En general, se trata de que la policía pueda dar cuenta de una investigación profesional y científica que la condujo, precisamente, a la identificación del sospechoso.

En el caso de las pruebas periciales, también allí los procedimientos suelen cumplir esta función cautelar del producto final, las conclusiones de los análisis. Así por ejemplo la idea de manipular los elementos de delito con guantes, de guardarlos en recipientes sellados, de evitar su alteración o el acceso irrestricto a ellos por cualquier persona, tiene por objeto precisamente que los resultados sean fieles y que las muestras o soportes sobre los cuales se van a practicar las pericias no se alteren o modifiquen, dando resultados poco confiables para el caso que nos ocupa. El juez deberá, en este sentido, restar credibilidad a la porción de la prueba resguardada por procedimientos destinados a custodiar la integridad de sus resultados, cuando dichos procedimientos hayan sido infringidos o llevados negligentemente por quienes estaban a su cargo, y el juez estime que dicha infracción o negligencia haya podido impactar en la credibilidad de las conclusiones.

Reflexiones y testimonios

