

## CROSS EXAMINATION

LUIS MARÍA BUNGE CAMPOS

### I. INTRODUCCIÓN

El interrogatorio de los testigos en el procedimiento anglosajón ofrece una característica peculiar: en principio está dividido en dos partes: el examen directo y la *cross examination*. El examen directo es el realizado por la parte que ofreció al testigo y la *cross examination* es el examen al que lo somete la contraparte. El objeto de este trabajo es analizar y comparar con nuestro sistema este segundo examen del testigo, la *cross examination*.

Luego del examen directo del testigo, la parte opuesta a la que lo ofreció puede entonces repreguntarle<sup>1</sup>. El objeto de la repregunta es testear la credibilidad del testigo, modificar o explicar lo que éste expuso en el examen directo —es aquel al que lo somete la parte que lo ofrece— o directamente desacreditar la credibilidad de los dichos del testigo.

#### A) El testigo adverso y el testigo hostil

Una de las grandes dificultades que se nos plantean al tratar este tema es que en nuestro sistema la vigencia del

<sup>1</sup> Repregunta es la traducción más ajustada que encontré de *cross examination*, aunque no refleja cabalmente la idea; en ese sentido Jofré, Tomás, *Manual de Procedimiento (Civil y Penal)*, T. II, 3ª ed., Buenos Aires, 1925, p. 94, prefiere hablar de *contra-examen*: "El testigo que sale victorioso de este examen y *contra-examen* se aguilata en su valor y merece verdadera fe".

principio de adquisición procesal, crea la ficción de la imparcialidad del testigo. En el sistema anglosajón es claro que el testigo pertenece a la parte que lo ofrece, por ende es adverso a la otra parte. El testigo de cargo es adverso a la defensa y el testigo de descargo es adverso a la acusación. Esta es la idea que subyace en todo el sistema de *cross examination* y es la base a partir de la cual debemos analizar el instituto. Stephen<sup>2</sup> señala que la realidad es que el litigio es un sustituto de una guerra privada y es, o al menos debe ser, conducido en un espíritu de hostilidad que muchas veces es ferviente e incluso apasionado. Ningún hombre permitirá ser privado de algún bien, de la libertad o hasta de la vida sin ofrecer la más denodada resistencia a su alcance o sin perseguir, y en muchos casos derrotar, a su oponente y sus partidarios. El objeto de las reglas de procedimiento es ubicar esta guerra dentro de razonables límites y prevenir a los combatientes de infligirse uno al otro heridas que no sean esenciales al propósito del combate<sup>3</sup>. Un caso aparte es el del testigo *hostile*: este testigo, si bien es ofrecido por una de las partes está vinculado a la contraparte, lo cual hace presumir su hostilidad (un pariente o amigo del acusado ofrecido por la fiscalía, por ejemplo). En este caso se invierte la regla que no permite someter a *cross examination* a su propio testigo y las preguntas del examen directo no tienen las mismas limitaciones<sup>4</sup>.

### B) Objeto de la *cross examination*

El objeto de la *cross examination* es la averiguación de la verdad. Por medio de ella se testa la veracidad y credibilidad del testigo. El Derecho anglosajón le asigna una enorme

<sup>2</sup> Stephen, James Fitzjames, *A History of the Criminal Law of England*, Vol. I, London, 1883.

<sup>3</sup> Esta concepción es propia de la época en que Stephen escribe; basta recordar la concepción de la acción en Francia como el derecho armado de caso y lance en guerra.

<sup>4</sup> Ver caso "Chambers vs. Mississippi" más abajo.

<sup>5</sup> Estas limitaciones al modo de realizar el examen directo, como se verá más adelante, surgen de la idea de la *acquiescencia* del testigo con el interrogador que lo ofreció. La principal limitación se vincula con la idea de que el interrogador conduzca al testigo con el modo de hacer las preguntas (*leading questions*).

importancia en este aspecto. Para el *American Jurisprudence*<sup>6</sup> es el test más elevado y más indispensable conocido por la ley para el descubrimiento de la verdad y afirma que es el medio principal para testear la credibilidad de un testigo y la veracidad de su testimonio. Stephen<sup>7</sup>, en forma coincidente, considera que la *cross examination* es un medio absolutamente indispensable para el descubrimiento de la verdad.

### C) El derecho de repreguntar

El derecho de repreguntar al testigo del adversario es absoluto<sup>8</sup>; y no un mero privilegio. Es un derecho fundamental; básico en el sistema judicial anglosajón y es concebido como un elemento fundamental de un juicio justo y de la correcta administración de justicia. En los juicios penales reconoce raigambre constitucional en la enmienda 6ª "...; será confrontado con los testigos que se presenten en su contra;... ", la jurisprudencia americana afirma que el principal y esencial propósito de la confrontación es asegurar la oportunidad para la *cross examination*. Es interesante señalar que en este punto el *American Jurisprudence* afirma textualmente que la omisión de la *cross examination* es un error constitucional de primera magnitud, citando abundante jurisprudencia<sup>9</sup>; creo que la afirmación de error de primera magnitud impediría considerarlo un error inocuo. Este principio de que la *cross examination* es una salvaguarda esencial ha sido la principal justificación para desechar los testimonios de oídas<sup>10</sup>.

<sup>6</sup> El *American Jurisprudence* es una publicación de carácter oficial, en forma de enciclopedia (ordenada sistemática y alfabéticamente) que desarrolla toda la temática jurídica tanto legislativa como jurisprudencial. El carácter oficial de esta publicación, sumada a su monumental envergadura, hacen que no tenga parangón alguno con nuestra literatura jurídica.

<sup>7</sup> Stephen, James Fitzjames, *A History of Criminal Law of England*, cit.

<sup>8</sup> Todos los números entre paréntesis hacen referencia a un parágrafo del *American Jurisprudence*; vez "Witnesses", que es la bibliografía básica de este trabajo, cuando se trate de otra obra se hará constar al pie.

<sup>9</sup> *Casey East vs. United States* (Apelac. Distr. Columbia) 328 A 2d 378; *Haffa vs. United States* 385 US 293; *Greenbaum* 201 NY 343 y otra jurisprudencia citada en *Am. Juris*, vez "Witnesses", § 464.

<sup>10</sup> Cleary, Edward W. (ed.) "McCormick on Evidence" (en adelante Cleary). El testimonio de oídas (*hearsay*), al que se hace referencia en el caso *Dutton vs. Evans*, es el caso del testigo que manifiesta lo que otro le

### D) Historia

Stephen, en la obra citada, señala que la *cross examination* es una característica del sistema de enjuiciamiento anglosajón tanto civil como penal y difícilmente alguno de los contrastes entre el sistema anglosajón y el continental, impresiona tanto al abogado inglés como su ausencia en el sistema continental. El mismo autor enseña que, en un principio, cuando los prisioneros no tenían asistencia legal, ellos mismos repreguntaban a los testigos en su contra, siendo esta repregunta muy poco importante; cuando se les autorizó la asistencia legal para repreguntar, mas no para hablar por ellos, la repregunta tendió a transformarse en un discurso realizado bajo la forma de preguntas; y fue entonces donde adquirió este carácter.

## II. CONSECUENCIAS DE LA NEGATIVA O AUSENCIA DEL DERECHO A REPREGUNTAR

1) Si una parte testimoniando en su propio beneficio se niega injustificadamente a responder preguntas necesarias para completar la *cross examination*, está generalmente aceptado que su adversario se halla habilitado para que el testimonio obtenido en el examen directo del testigo sea eliminado<sup>11</sup>.

2) Un testigo puede, también, negarse a ser repreguntado, o a responder preguntas conducentes del repreguntador. En este punto la solución aparece como menos clara (Cleary). Pero las opiniones de algunos jueces y autores parecen tender a una solución similar al caso anterior, es decir, excluir el testimonio directo; no obstante, hay quienes sostienen que esto debe ser dejado al arbitrio del juez<sup>12</sup>. Finalmente, exis-

---

dijo acerca del caso. Por ejemplo, si A es acusado de homicidio y en el juicio B declara que C le dijo que A es el autor, la garantía contenida en la 6ª enmienda se cumplirá en la medida en que A confronte —y someta a *cross examination*— a C, no alcanzando en principio con confrontar a B.

<sup>11</sup> Cleary (ed.) "McCormick on Evidence", citado.

<sup>12</sup> Una de las características más salientes del procedimiento anglosajón es la amplia discrecionalidad del juez en su función de conducir el debate.

ten opiniones en el sentido de que si el privilegio contra la autoincriminación es invocado en la repregunta acerca de cuestiones relativas a la credibilidad del testigo o que pueden ser consideradas colaterales o inmateriales, no se excluye el testimonio directo, o, al menos, el juez debe tener un área de discrecionalidad al efecto.

3) El testigo puede caer enfermo o tender a caer enfermo, o ser mentalmente incapaz previamente a que la *cross examination* comience o termine. Muchos de estos casos implican una sospecha de simulación, especialmente cuando el testigo es parte y, en consecuencia, se excluirá el testimonio directo. En los casos de testigos que no son partes usualmente se arriba a la misma solución.

4) El testigo muere antes de la *cross examination*; también aquí se señala que la parte privada de la repregunta tiene el derecho de solicitar la exclusión del testimonio directo. A menos, señala Cleary, que la muerte ocurriera en una prórroga de la repregunta solicitada o consentida por el repreguntador<sup>12</sup>. También explica Cleary que no se da en el caso de testigos de cargo en casos penales.

#### A) Pluralidad de acusados

Si hay pluralidad de acusados, cada uno tiene el derecho de repreguntar a los testigos de cargo, pero su derecho a repreguntar a los testigos de sus coacusados no es tan absoluto ya que no son, en principio, testigos adversos; y, como dijimos, este instituto presupone la adversidad entre el testigo y el repreguntante.

#### B) Personas sujetas a *cross examination*

*Regla general:* la regla general es que todos los testigos de un parte pueden ser sometidos a *cross examination* por la otra parte sin excepción alguna. Esto incluye tanto a los testigos ofrecidos por la parte y a los convocados por el tribunal, como a los testigos de cuestiones preliminares, de mera formalidad en los documentos escritos. Sin embargo, si un testi-

<sup>12</sup> Esto es muy relativo, ya que el mismo autor en una nota a pie de página cita a Wigmore, destacando que los casos que Wigmore trae son de incapacidad y no de muerte.

go es llamado por error, sea por el tribunal o a pedido de parte (puede tratarse de un homónimo, por ejemplo) y se descubre el error antes del examen directo, no se le podrá repreguntar.

*Acusado en juicio penal:* ésta es una situación especial; el acusado que voluntariamente se ofrece como testigo en su favor y se presta al examen directo se somete a la repregunta por parte de la fiscalía con la misma extensión que la que se le realiza a un testigo de descargo y no podrá oponer a la repregunta el derecho consagrado en la 5ª enmienda (nadie está obligado a declarar contra sí mismo).

*Testigo de la parte:* una parte no puede repreguntar a su propio testigo. El propósito de la *cross examination* es verificar la veracidad en los dichos del testigo adverso. Un testigo propuesto por una parte sólo podrá ser repreguntado por la parte que lo ofrece si su testimonio perjudica a la parte que lo ofreció, en ese caso deviene un testigo hostil (caso *Chambers*, *infra*). Y el derecho de repreguntar en estos casos deja de ser absoluto y queda a merced de la discrecionalidad del tribunal.

*Coacusados:* Cuando dos personas son acusadas y juzgadas juntas y una declara en su favor incriminando a la otra, el coacusado tiene derecho de repreguntarle; principalmente cuando el coacusado no tuvo noticia previa del testimonio incriminante.

### C) Forma del interrogatorio

A diferencia del examen directo, la repregunta se realiza usualmente por medio de preguntas conducidas<sup>14</sup>. El propósito del repreguntador es debilitar el efecto que produjo en el jurado el testimonio directo y, además, el testigo es generalmente poco cooperativo con el repreguntador. En consecuencia el peligro de aquiescencia del testigo con las sugerencias

<sup>14</sup> Esta es la traducción más ajustada que encontré del término *leading questions* que hace referencia a las preguntas conducidas u orientadas.

del interrogador no está aquí presente, como sucede con el examen directo.

### III. EXTENSIÓN DEL EXAMEN

La principal cuestión referida a este problema es hasta dónde llega el examen en la repregunta, es decir, si debe limitarse a las cuestiones acerca de las cuales el testigo ha declarado en el examen directo, o se puede extender hacia otras cuestiones del caso. Aquí juegan dos reglas: la *regla inglesa*, que es la más amplia, por la cual se puede extender el interrogatorio hacia todos los tópicos vinculados con el caso aunque no fueran objeto de la deposición del testigo en su examen directo, y la *regla americana* —que prevalece en la mayoría de las jurisdicciones de la Unión— que confina la *cross examination* a los temas surgidos de la declaración del testigo en su examen directo. La regla general, sin embargo, es la discrecionalidad del tribunal y sólo en el caso de claro abuso de dicha discrecionalidad que cause un perjuicio demostrable hacia la parte agraviada es que interferirá un tribunal revisor. La discrecionalidad del tribunal en este tema ha sido caracterizada como amplia. La jurisprudencia ha sostenido que es de la esencia del juicio justo que se le otorgue una razonable amplitud al repreguntador, aunque el mismo no pueda afirmar qué hechos podrían surgir de una razonable repregunta; esta es la otra cara de la discrecionalidad de la Corte.

#### A) *La regla inglesa*

Mientras la gran mayoría de los tribunales en los Estados Unidos se ajustan a la regla de que la repregunta debe estar circunscrita a los hechos y circunstancias traídos por el examen directo o conectados con temas objeto de la declaración del testigo en el examen directo, la regla en los tribunales ingleses no confina la repregunta dentro de esos límites, sino que el nuevo examen puede versar sobre todos los temas vinculados al caso, hayan sido objeto de examen directo o no. Esta regla inglesa es seguida en algunas jurisdicciones de los Estados Unidos. Bajo esta regla cuando un testigo es aportado voluntariamente por una parte, el tri-

bunal no puede restringir el derecho de repreguntar respecto de los puntos acerca de los cuales la parte que lo ofreció realizó su examen.

### *B) La regla americana*

La regla americana restringe el derecho de repreguntar a los temas acerca de los cuales el testigo declaró en el examen directo y hechos y circunstancias vinculados con su testimonio; pero niega este derecho hacia otros temas vinculados con el caso. Este es el sistema adoptado por la legislación federal (*Federal Rules of Evidence*). La razón subyacente en esta restricción es promover el orden y el método en la presentación del caso. A cada parte se le brinda una oportunidad para presentar su visión del caso sin la introducción de temas no vinculados a él. Se debe observar, sin embargo, que la regla simplemente niega a la parte el derecho de insistir en la repregunta sobre temas acerca de los cuales el testigo no declaró; el tribunal, en su discrecionalidad, puede permitir dicha repregunta. La regla general es que no se le puede repreguntar a un testigo nada que no tienda a rebatir, acusar, modificar o explicar su testimonio. Si una parte quiere examinar a un testigo sobre temas no declarados en su examen directo, podría llamarlo como testigo propio y someterlo a su propio examen directo.

### *C) La discrecionalidad del tribunal*

La regla americana reconoce como límite la discrecionalidad del tribunal; si el tribunal lo permite, se podrá apartar de dichas limitaciones en su repregunta, pues así lo determinan las *Federal Rules of Evidence*. Teniendo en cuenta lo dicho previamente acerca del abuso.

### *D) Límites de la regla*

La principal excepción de la regla americana es cuando la línea de interrogatorio elegida por el repreguntante tiene por objeto desacreditar al testigo como tal o testear su precisión, inteligencia, imparcialidad, memoria, veracidad, carácter o credibilidad, lo importante es que esta línea de interrogatorio razonablemente conduzca a develar estas importantes cuestiones. Por ejemplo, en un caso de homicidio es correcto inte-

rrogar al acusado acerca de sus malas relaciones con la víctima, aunque esto no se haya planteado en su examen directo<sup>15</sup>.

### E) Casos penales

Es muy especial la situación del acusado en un caso penal; aquí su derecho a repreguntar a los testigos es amplísimo y el tribunal rara vez se interpondrá en su derecho, a menos que haya un claro abuso de éste<sup>16</sup>.

*Identificación:* los acusados tendrán gran latitud en la repregunta de los testigos de identificación, a fin de testear la identificación, los medios de observación y la memoria del testigo<sup>17</sup>.

*Casos sexuales:* el acusado será autorizado con la mayor latitud a repreguntar a la denunciante (*prosecutrix*)<sup>18</sup>.

### F) Consecuencias prácticas de las reglas restrictivas

Algunas veces se ha señalado que la diferencia esencial entre ambas reglas (la americana y la inglesa) es el momento o el estadio en el cual un testigo puede ser llamado a declarar acerca de los hechos objeto de las preguntas. La diferencia entre las reglas afecta principalmente al orden de las pruebas. Bajo la regla inglesa el testigo puede ser interrogado sobre la nueva cuestión en la repregunta, mientras que en la regla americana el repreguntador puede posponer las preguntas hasta el momento de ofrecer pruebas y entonces llamar al testigo y probar esos mismos hechos. Aunque, a menos que la pregunta sea vital para su defensa y el repreguntador se encuentre muy confiado en la posibilidad de una respuesta favorable, tomará un considerable riesgo si convoca a un testigo de la contraparte como propio. Obtener concesiones de un testigo adverso mientras su historia está fresca vale la pena, llamarlo luego es mucho menos efectivo. La regla americana presenta muchos efectos colaterales; los tribunales

<sup>15</sup> *People vs. Tice*, 181 NY 651, 30 NE 494.

<sup>16</sup> *State vs. Rodriguez*, 23 NM 156, 167 P 426.

<sup>17</sup> *People vs. Struck*, 29 Ill, 2d 310, 194 NE 2d 236. *People vs. Watkins*, 23 Ill App 3d 1064, 320 NE 2d 59.

<sup>18</sup> *People vs. Hurlburt*, 166 Cal App 2d 234, 383 P2d 82, 75 ALR2d 590.

que han adoptado esta regla restrictiva frecuentemente afirman que si el repreguntador, aun sin objeción, repregunta sobre un elemento nuevo, convierte al testigo en suyo<sup>19</sup>. Esto está consagrado en las *Federal Rules of Evidence*. Siendo así, ya no podrá llevar adelante el interrogatorio por medio de preguntas conducidas o dirigidas y caerá en la regla que impide interpelar a su propio testigo. Finalmente, la regla restrictiva se puede transformar en una regla de exclusión y no en una demora; dicha situación se da cuando un testigo tiene el privilegio de no ser convocado como testigo por la parte contraria, como ser en los casos del acusado o de la esposa del acusado que no pueden ser convocados como testigos de cargo; esto puede evitar que el fiscal pregunte acerca de nuevos hechos en un estadio posterior si no lo hace en la *cross examination*.

### (3) Méritos de las reglas americana e inglesa

La principal virtud reconocida a la regla restrictiva es la de que tiende a requerir a las partes a presentar los hechos en los que fundamentan sus pretensiones en el orden debido, es decir, primero los hechos en los que el demandante tiene la carga de la prueba; luego aquellos que el demandado tiene que probar, siguiendo los estadios prescriptos. Con esto se evita el peligro de que una de las partes al presentar "sus" hechos sea interrumpida, en la repregunta, por la introducción de nuevos hechos que constituyan parte "del caso del adversario". Esto, si resulta permitido, debilita el impacto y la persuasión de los hechos del examinador directo. De este modo se altera el orden en la presentación de "sus casos", y lo que debería ser la melodía de un solista se convierte en un contrapunto. Debe recordarse, apunta Cleary, que todas las reglas relativas al orden en la presentación de la prueba, el orden del *common law* de probar por "casos" o estadios son, en alguna medida, arbitrarias. No se podría escuchar a dos testigos al mismo tiempo, de modo tal que existen reglas relativas al orden de la exposición que determinan quién llamará a los testigos y en qué orden. Por otra parte, la regla inglesa demuestra su mérito en razones de economía y de

<sup>19</sup> *State vs. Sparr*, 100 W.Va 121, 130, en Cleary "McCormick on Evidence", citada.

celeridad procesal. Es por ello que la Comisión para la mejora de las leyes sobre pruebas de la American Bar Association para los años 1938-38 se pronunció claramente en favor de la regla inglesa.

#### *H) El arte del repreguntador*

Clery trae un párrafo acerca del tema que contiene normas aleccionadoras, las que me permito resumir aquí.

- 1) La clave es la preparación.
- 2) No repreguntar sin un propósito.
- 3) Repreguntar para el jurado y no para el cliente.

4) Hacer uno o dos goles y terminar en un punto alto<sup>20</sup>  
(Cuando encuentre petróleo deje de aburrir)<sup>21</sup>.

#### IV. JURISPRUDENCIA

1) *Dutton vs. Evans* (Corte Suprema de U.S.A., 1970, 400 U. S. 74, 91 S. Ct. 210, 27 L. Ed. 2d 213)

*Hechos:* En el Estado de Georgia tres oficiales de policía fueron asesinados, la policía formó cargos contra tres hombres: Evans, Williams y Truett. Evans y Williams fueron acusados por un Gran Jurado, mientras que a Truett se le otorgó inmunidad<sup>22</sup> a cambio de su testimonio. Uno de los veinte testigos de cargo era un hombre llamado Shawm, quien había estado prisionero en una prisión federal con Williams en la época en que éste fue llevado a Georgia para su arraigamiento<sup>23</sup>. El testimonio de Shaw en su examen directo se refirió a una conversación mantenida con Williams al regresar éste

<sup>20</sup> *Make one or two points; end on a high note.*

<sup>21</sup> *When you have struck oil stop boring.*

<sup>22</sup> La inmunidad de los testigos es una institución muy empleada en los Estados Unidos; la inmunidad permite al testigo autoincriminarse en la declaración. En consecuencia un testigo "inmunizado" no podrá ampararse en el derecho que le otorga la 5ª enmienda.

<sup>23</sup> El arraigamiento, que bien puede traducirse como "arraigo", es un acto procesal de suma importancia en el procedimiento americano; es el momento en el cual el acusado es llevado a la presencia del juez y presenta su plea (declaración) declarándose culpable o inocente.

desde Georgia. "¿Cómo te fue?", preguntó Shaw, a lo que Williams respondió: "Si no fuera por ese (...) de Alex Evans no estaríamos ahora en esto". El defensor objetó este testimonio sobre la base que era de oídas (*hearsay*) y, en consecuencia, violatorio del derecho constitucional de confrontar a los testigos de cargo de Evans. La objeción fue denegada y, en su oportunidad, el defensor repreguntó a Shaw. Evans fue condenado a muerte, la apelación fue denegada y llegó a la Corte Federal por vía de *habeas corpus*.

*Los votos de la Corte:* 1) El voto mayoritario (Stewart, Chief Justice, White y Blackmun). No se discute, ni podría hacerse, que el derecho constitucional de *confrontation* requiere que no se introduzcan testimonios de oídas. Sin embargo, el testimonio cuestionado, no involucra pruebas de ningún modo cruciales o devastadoras. En ese juicio no menos de veinte testigos de cargo fueron escuchados. El defensor de Evans tuvo oportunidad de repreguntar a todos ellos. El testigo más importante, por lejos, fue el testigo presencial que describió todos los detalles del triple homicidio y que fuera largamente repreguntado. El testimonio cuestionado tenía una importancia periférica (se aplicaba al cargo de *conspiracy*<sup>24</sup>, mas no al de homicidio). Evans, en definitiva, no fue privado de su derecho de *confrontation*, Blackman acota que si existió error este fue inocuo (*harmless error*, doctrina sentada en *Chapman vs. California*). A este voto mayoritario concurre el juez Harlan.

2) El voto minoritario: (Marshall, Black, Douglas y Brennan). Las preguntas a plantearse son las siguientes: ¿Se le proporcionó al acusado el derecho de confrontar los testigos en su contra? ¿Y si no fue así, fue la negativa de ese derecho constitucional inocua más allá de toda duda razonable? El hecho es que Evans fue condenado en parte por una declaración incriminatoria e implicante atribuida a un supuesto cómplice que no testificó y que, en consecuencia, no pudo ser interrogado acerca del significado o la veracidad de sus dichos.

<sup>24</sup> La *conspiracy*, que bien pueda traducirse como conspiración o confabulación, tal como lo hace Edmundo Hendler (*El Derecho Penal en los Estados Unidos de América*, Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 1932, ps. 89 y sigs.) es una figura autónoma, que puede definirse como el acuerdo entre dos o más personas para cometer cualquier delito; no obstante la complejidad de la figura supera esta definición y el alcance de este trabajo, por lo que me remito a la excelente obra del Dr. Hendler citada.

2) *Chambers vs. Mississippi* (Corte Suprema de U.S.A., 1973, 410 U.S. 284, 93 S. Ct. 1038, 35 L. Ed. 2d 297).

*Hechos:* En el Estado de Mississippi dos policías, Forman y Liberty, ingresaron a un bar con el fin de detener a un joven llamado Jackson. Este se resistió y un grupo hostil de unas cincuenta o sesenta personas se reunió. Durante la conmoción se efectuaron cinco o seis disparos. Forman observó que Liberty sufrió varios impactos en su espalda, y que antes de morir efectuó disparos con su arma antimotín (*riot gun*) hacia el callejón desde donde parecían venir los disparos, hiriendo a un hombre en la espalda y la nuca, Leon Chambers. Forman no pudo ver quién disparó sobre Liberty, ni a quién alcanzaron los disparos de este último. Uno de los alguaciles afirmó haber visto a Chambers efectuar los disparos, por lo que se lo acusó del homicidio de Liberty. Gable McDonald estaba en la muchedumbre esa noche, y poco después de ese día se mudó a Louisiana. Tiempo después confiesa el hecho frente a los abogados de Chambers, declarando que le dijo a un amigo, Williams, que había matado a Liberty, usando su propia arma (una pistola .22); afirmó, también que su confesión era voluntaria y que nadie lo había compelido a realizarla. La confesión fue transcrita, firmada y testimoniada y McDonald fue detenido. En la audiencia preliminar repudió su confesión, señalando que lo habían persuadido a realizarla, jurando que no había estado en la escena del crimen. En el juicio varios testigos afirmaron haber visto a McDonald con el arma homicida y uno de ellos afirmó haberlo visto matar a Liberty. McDonald no fue citado como testigo por el Estado, por lo que fue llamado por Chambers. Por lo tanto no era, en principio, un testigo adverso (aunque fuera hostil). Una regla de *common law* del Estado de Mississippi veda la *cross examination* de su propio testigo y, al mismo tiempo, impedía a Chambers ofrecer testigos que desacreditaran el testimonio brindado por McDonald.

*El fallo* (unánime, según el voto del juez Powell): El derecho del acusado al debido proceso es, en esencia, el derecho a una oportunidad justa de defenderse contra las acusaciones del Estado. Los derechos de confrontar y repreguntar testigos y ofrecerlos en su propio beneficio han sido reconocidos como esenciales al debido proceso. A Chambers le fue negada la oportunidad de someter a McDonald a la repregunta. El derecho a la *cross examination* está implícito en el

derecho constitucional de *confrontation*. La regla del *common law* del Estado de Mississippi descansa en la presunción —sin considerar las circunstancias del caso— de que una parte que llama a un testigo invoca su credibilidad. La disponibilidad del derecho de confrontar y repreguntar a un testigo cuyo testimonio resulta dañino al acusado no puede depender de quién inicialmente lo ubicó en el estrado, si el Estado o el acusado. En consecuencia, a Chambers le fue negado el derecho a un juicio justo y conforme a las reglas del debido proceso.

## V. LA REPREGUNTA EN EL SISTEMA ARGENTINO

*La garantía de la sexta enmienda:* es interesante destacar que la garantía contenida en la sexta enmienda de la Constitución de U.S.A. no tiene un parangón directo en la nuestra; además la palabra *confrontation* contenida en dicha Constitución ha tenido diferentes interpretaciones en las traducciones a las que fuera sometida. Florentino González, quien puede ser considerado el primer profesor de Derecho Constitucional de nuestra Facultad<sup>28</sup>, en el texto que empleara en sus cursos trae una traducción de la Constitución de los Estados Unidos en la que traduce *confrontation* como "careo"; "... y a ser careado con los testigos que declaren contra él"<sup>29</sup>. Su sucesor en la cátedra, José Manuel Estrada, hace otra interpretación de este término en su *Curso de Derecho Constitucional* al hablar del derecho de defensa en juicio dice: "Esta libertad implica la de usar todos los medios que conduzcan a desvirtuar las presunciones adversas a los acusados, entre los cuales contamos, en primera categoría, el dere-

<sup>28</sup> La cátedra de Derecho Constitucional se crea en el año 1869, siendo su primer profesor titular Domingo Faustino Sarmiento quien, en ese momento, ocupaba la presidencia de la Nación, por lo que quedó a cargo de su suplente, Florentino González, quien luego fuera designado titular hasta 1875, año en el que fuera reemplazado por José Manuel Estrada, quien la ejerciera hasta 1884. No está de más recordar que ni Sarmiento ni Estrada tenían título de abogados. Florentino González fue el coautor, junto con Victorino de la Plaza, de un código de enjuiciamiento penal que consagraba el juicio por jurados (Proyecto González-De La Plaza).

<sup>29</sup> González, Florentino, *Lecciones de Derecho Constitucional*, 2ª ed., París, 1871, p. 484.

cho de *controvertir* las deposiciones de los testigos contrarios;<sup>27</sup> (la bastardilla me pertenece). Joaquín V. González nada dice al respecto en su *Manual de la Constitución Argentina*, pudiendo lo mismo afirmarse del *Manual* del Dr. Bidart Campos. Lo hasta aquí afirmado nos conduce a una conclusión evidente: las traducciones expuestas de *confrontation* como "careo" o "controvertir", dejan fuera de lugar el derecho constitucional a repreguntar al testigo, reduciéndolo a instancias procesales. La pregunta que podemos efectuarnos es si el derecho constitucional de confrontar a los testigos que se presentan en su contra no integra la garantía de la inviolabilidad de la defensa en juicio contenida en nuestra Constitución. La respuesta, a mi criterio, debe ser afirmativa; la defensa en juicio implica necesariamente la posibilidad de poner en duda lo afirmado por los testigos en contra nuestra.

*Diferente concepción:* La repregunta, tal como se la entiende en el proceso anglosajón, parte de una diferente concepción del proceso. El sistema acusatorio pone en cabeza del fiscal la instrucción de la causa, asemejándose a nuestro proceso civil y no a nuestro proceso penal; allí el fiscal realiza los actos de la investigación y ésta nunca es un acto de raíz jurisdiccional, son los ensayos de una obra que se estrenará con el juicio y tendrá por público a un jurado. Obviamente, dentro de esta concepción del proceso penal, son inconcebibles las tachas de testigos, por ejemplo. ¿De qué forma podrá ponerse en duda ante un jurado popular en testimonio? Como vimos, no existe en el sistema anglosajón otra forma de hacerlo que no sea a través de la repregunta. En nuestro sistema, en cambio, existe una acumulación de prueba realizada durante el sumario a espaldas de las partes; tal como dice Vélez Maricónde en el Código Federal, el defensor llega tarde. Conocemos las limitaciones que el artículo 180 del derogado Código de Procedimientos imponía en materia de pruebas a las partes. Concebimos al testigo como un auxiliar del juez (Oderigo)<sup>28</sup> y no como un aliado de la parte que lo ofrece, tal

<sup>27</sup> Estrada, José Manuel, *Obras Completas*, T. VI, 1ª ed., Buenos Aires, 1901, p. 180.

<sup>28</sup> Oderigo, Mario, *Derecho Procesal Penal*, Depalma, Buenos Aires, 1980, p. 294.

como sucede en el sistema anglosajón. Debo destacar que el principio de adquisición procesal se corresponde a un sistema inquisitivo en el que los testigos pertenecen al tribunal. En el sistema inquisitivo puro esta pertenencia es tan clara que a los testigos el tribunal podía, incluso, someterlos a tormento. Oigamos a Jofré, tal vez uno de los más lúcidos críticos del Código de Obarrio: "El juez de instrucción ha trabajado en silencio, durante días, semanas o meses, recibiendo declaraciones de testigos, oyendo a los peritos, constatando presunciones, verificando visitas domiciliarias y tratando por todos los medios de poner en evidencia la culpabilidad del acusado. Su obra es perfecta, la ha ido fabricando pieza a pieza, con cariño y a veces hasta con pasión, pero es la obra de un solitario a quien nada perturba, de un unilateral a quien nadie contradice, de un autoritario a quien nadie vigila (...). En ninguna legislación está más desamparada que en la nuestra la posición del acusado, se le somete a juicio sin garantías de que no se ha procedido con pasión, irreflexión o ligereza" (*op. cit.*, p. 137).

*El Plenario*<sup>29</sup>: En el Plenario aparece el derecho de repreguntar con una importantísima limitación: los testigos del Sumario sólo serán citados a ratificar su declaración si su testimonio fuere observado. Aquí tenemos otro retroceso y no pequeño, pues la Ley 15, Título 7, libro 2 de la *Recopilación*, establecía que todos los testigos examinados en el Sumario, sin citación del reo, debían ratificarse en sus declaraciones en el término de prueba, porque, de lo contrario sus declaraciones no tendrían ninguna validez. Es claro que en nuestro sistema el Sumario tiene mayor entidad que el Plenario, por lo que es innecesario recordar qué importancia tiene en la práctica la prueba en el Plenario. Volviendo a Jofré (*op. cit.*, ps. 141/2) nuestro Código "se olvida que las pruebas del sumario tienen el defecto de que han sido recibidas sin la intervención del acusado y que en buena lógica, jamás deberían servir para fundamentar una sentencia condenatoria". Esta realidad cotidiana en la que vivimos, de pruebas recibidas sin

<sup>29</sup> Cuando hablamos de "Sumario" y "Plenario", hacemos referencia a las dos etapas en las que se divide el proceso penal inquisitivo, términos empleados por Obarrio en su Código de Procedimientos en materia penal. El sistema actual se divide en Instrucción y Juicio.

la intervención del acusado es, como vimos, absolutamente impensable en el sistema anglosajón.

*La cuestión en el Proyecto Maier:* El Proyecto Maier es donde más lejos ha llegado el derecho de repreguntar, no obstante en la Exposición de Motivos se afirma "sin alcanzar el modo del Derecho anglosajón (*cross examination*), pero acercándose a él". Efectivamente, en el artículo 314 del Proyecto se dispone que al finalizar el relato que el testigo hace por indicación del presidente del tribunal, éste "concederá el interrogatorio a aquel que lo propuso y, con posterioridad, a los demás intervinientes que lo deseen interrogar, en el orden que considere conveniente"; asimismo se otorga la moderación del debate al presidente con una discrecionalidad que lo acerca a la regla americana. Como vemos se aparta de la tradición de efectuar el interrogatorio por intermedio del tribunal.

*La cuestión en el Código vigente sancionado por la ley 23.984:* La norma aplicable en este punto es el artículo 309 que dice: "Los jueces, y con la venia del presidente y en el momento en que éste lo considere oportuna, el fiscal, las otras partes y los defensores, podrán formular preguntas a las partes, testigos, peritos e intérpretes"<sup>20</sup>. No obstante, trae una importantísima modificación en cuanto a las ratificaciones de los testigos del Sumario; así el artículo 355 dice "... También podrán manifestar que se conforman con la lectura de las declaraciones testificales y pericias de la instrucción. En caso de conformidad de las partes a este respecto, y siempre que el tribunal lo acepte, no se citarán esos testigos o peritos". Como podemos observar, la norma presenta cierta analogía con las estipulaciones<sup>21</sup> del Derecho anglosajón.

<sup>20</sup> Un abogado formado en el Derecho anglosajón objetaría severamente el hecho de que un juez interroge a un testigo o, peor aún, al imputado. En esta concepción estas preguntas no son propias de un árbitro imparcial, tal como debe ser en la concepción anglosajona el juez. No obstante, hay algunas diferencias visibles en cuanto a la actuación de los jueces en Gran Bretaña (donde participan más) y los Estados Unidos (donde son meros observadores y árbitros).

<sup>21</sup> Las estipulaciones en el proceso anglosajón son hechos no controvertidos acerca de los cuales no se realiza medida de prueba alguna. Se pueden verificar antes del juicio, caso en el que son leídas al jurado luego de las declaraciones iniciales o una parte puede ofrecer una estipulación sobre un punto determinado en el transcurso del mismo juicio.

*Principales diferencias:* Las principales diferencias observables entre ambos regímenes son: 1) La repregunta en nuestro sistema no existe en realidad, ya que quien primero pregunta no es quien aportó al testigo sino el tribunal. El derecho de las partes se limita, en el Sumario, a proponer o sugerir preguntas que quedan sometidas a la discrecionalidad del juez de Instrucción, y en la ley 23.984 a preguntar, en el momento que el juez lo disponga y con su venia.

2) Incluso el derecho de preguntar a los testigos por las partes dista de ser absoluto.

3) La negativa del tribunal a una pregunta de una de las partes no da lugar a recurso alguno. Mientras, como vimos, en el sistema anglosajón se puede revisar si existió abuso por parte del juez y dicho abuso causó un perjuicio comprobable al apelante.

4) La ausencia de la obligatoriedad de la ratificación de los testigos del Sumario en el Plenario, dificulta enormemente la repregunta en éste.

#### *A) Un fallo alentador*

Respecto del Código vigente, la jurisprudencia ha dado un paso adelante en el sentido de superar las limitaciones apuntadas. Se trata del caso *Romero* del Tribunal Nacional Oral Federal n° 1 del 25-X-1994 (publicado en *J. A.*, del 21-VI-1995, p. 59). En esta causa el tribunal oral decretó la nulidad del debate por deficiencias en la defensa técnica del imputado por parte de un defensor particular; entre otras deficiencias el tribunal apuntó especialmente la falta de repregunta a los testigos de cargo, como puede verse en el siguiente párrafo: "En el caso, la falta de intervenciones tendientes a hacer valer los derechos de Romero fue aquí progresiva y observada por los firmantes con preocupación, sobre todo cuando depusieron los testigos del procedimiento policial y las personas que fueron detenidas junto con el encausado; una de estas últimas —Alcaraz— vertió expresiones de algún modo incriminatorias para el imputado, sin que tampoco el letrado formulase pregunta alguna". Entiendo que fallos como éste significan un verdadero avance del derecho de confrontar a los testigos; derecho que, como afirmamos, bien puede considerarse implícito en la garantía de la inviolabilidad de la defensa en juicio.