

La preparación de la víctima antes del juicio: Un desafío pendiente del Ministerio Público Fiscal

Por Carolina Ahumada

1. Presentación

Las relaciones entre víctimas y fiscales han sido estudiadas tradicionalmente desde la tensión. En general, la doctrina y la jurisprudencia se han ocupado de las divergencias entre acusadores y víctimas, usualmente en torno a la continuación o no del caso. Mucho se ha escrito en orden a si la víctima puede transitar el proceso en solitario, cómo debe hacerlo y a partir de qué momento. En gran medida estas dificultades han sido resueltas por las nuevas legislaciones procesales.¹

También, con la incorporación de los mecanismos compositivos, se ha comenzado a debatir la situación opuesta, es decir, si frente al deseo de la víctima de no continuar con el caso, subsiste un interés autónomo del Ministerio Público Fiscal que justifique su prosecución en contra de la posición de la víctima.

Sin embargo, existe un área poco explorada donde fiscales y víctimas convergen en su posición frente al caso y que ha recibido poca atención. Se trata del momento en el cual comparten su visión sobre la prosecución del caso y tienen un objetivo común: ganar el juicio. Para lograr este fin, el fiscal necesita prepararse para el juicio, y ello implica que debe conocer previamente y en detalle el relato de la víctima para que declare de manera convincente frente a los jueces o jurados.

Hasta ahora, a raíz de la herencia inquisitiva de nuestra región, la

¹ Los Códigos procesales más modernos de la región regulan la conversión de la acción y la posibilidad de la víctima de continuar en solitario a partir de la etapa intermedia.

preparación de testigos en general y de la víctima en particular, no ha ocupado un lugar relevante en las prácticas y en las discusiones teóricas; básicamente porque aún los testigos son considerados “objetivos” pues “pertenecen al Tribunal” y no es necesario prepararlos dado que serán los jueces quienes los interroguen en el juicio con el fin de “descubrir la verdad”. Sin embargo, este paradigma ha comenzado a ser reemplazado por un modelo donde las partes son las protagonistas y tienen el control sobre la prueba y la información que ingresa en el juicio. En este esquema adversarial, basado en la litigación estratégica², la preparación de los testigos constituye un aspecto ineludible en la formulación de los casos y especialmente de la acusación fiscal.

La preparación de los testigos en general y de la víctima en particular, presenta una naturaleza controversial que no ha comenzado a debatirse en profundidad en nuestra región.

En virtud de los avances logrados en ciertas jurisdicciones en materia de juicio oral adversarial y de las técnicas de litigación que le sirven de apoyo, resulta imprescindible comenzar a analizar los límites éticos de la preparación de víctimas antes del juicio; distinguir las técnicas apropiadas de aquellas que promueven testimonios engañosos; discutir la importancia de trabajar con protocolos; analizar qué tipo de entrenamiento deberían recibir los fiscales y qué controles necesitan aplicarse.

En este contexto, la preparación de la víctima-testigo por parte del fiscal ofrece un área de trabajo con gran potencial donde confluye el nuevo rol estratégico del Ministerio Público Fiscal en un modelo adversarial y el trato

² La litigación como un ámbito donde se reúne y revela información, desarrollando y presentando argumentos razonados en un escenario público. La litigación no sólo promueve la deliberación democrática, es la deliberación democrática....Por esto la litigación es un bien de la sociedad: habilita a que las personas promuevan la aplicación de la ley y afirma nuestro sistema político centrado en el ciudadano. La litigación ayuda a la democracia a funcionar en diferentes niveles: contribuye a reforzar la ley, fomenta la transparencia porque revela información crucial al público y promueve la participación en el auto-gobierno, y ofrece una forma de igualdad social en tanto permite a los litigantes que hablen y sean escuchados de igual manera...Estos son los componentes básicos de una democracia que funciona bien” (Lahav, 2017).

digno que merece la víctima, todo ello sin descuidar el sistema de garantías que protege al imputado.

2. Nuevo rol del MPF y su relación con la víctima

Comenzar a debatir sobre las acciones que debe realizar el fiscal en clave estratégica durante la preparación del juicio (que incluye la preparación del testimonio de la víctima), supone abandonar la idea de un fiscal dictaminador con un discurso legal neutro y reemplazarla por la de un fiscal litigante que asume la función de abogado de la víctima (Binder, 1997).³

En la actualidad, a más de 30 años de iniciados los procesos de reforma en la región, las expectativas sociales sobre el funcionamiento del MPF son mucho mayores y dejaron de ser marginales, como lo eran antes⁴. Este cambio generó expectativas muy concretas: los fiscales no solo están llamados a responder con eficacia frente a ciertos fenómenos criminales sino también a convertirse en actores que promuevan y protejan los derechos de las víctimas.

Si bien se ha producido un mayor reconocimiento de los derechos de las víctimas en el ámbito normativo⁵, las prácticas han quedado algo atrasadas. Aún no se han logrado resolver problemas concretos de atención adecuada, deficiencias en la información y participación suficiente.

Binder apunta que “la práctica de los sistemas todavía está muy atrasada en este campo y la vieja idea de que la víctima era un sujeto que debía ser desplazado para ‘racionalizar’ el ejercicio del poder penal sigue teniendo fuerza, por más que uno muestre con creces que el modo de ejercicio funcional de los propios funcionarios dista de ser racional y que la

3 Binder explica que el concepto de acción pública significa también servicio del Estado a la víctima, servicio que se nutre de la intención que tiene el estado de controlar, de algún modo, la globalidad de la violencia social. (Binder, 1997)

4 Desafíos del Ministerio Público Fiscal en América Latina, Centro de Estudio de Justicia de las Américas, p. 2.

5 Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y de abuso de poder (Adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas en su resolución 40/34, de 29 de noviembre de 1985), Artículos 1.1, 8.1 y 25 de la CADH. Más recientemente y en el ámbito local la ley 27.372 (B.O. 9/5/18) regula los derechos de las víctimas.

introducción de los intereses concretos de las víctimas produce en muchos casos un desplazamiento sano de los intereses burocráticos.” (Binder, 2014) Aún, existe cierta distancia entre el MPF y la víctima que se expresa en tensiones permanentes o en la ausencia de un trabajo de colaboración; que en gran medida se debe a la falta de políticas concretas orientadas a dar respuestas a la víctima y su problemática.

En lo que refiere al tema de esta ponencia, durante los momentos preparatorios del juicio, la relación entre fiscales y víctimas oscila entre la indiferencia y el extremo formalismo. La organización no ha desarrollado una política consistente sobre cómo debe llevarse a cabo una adecuada preparación de las víctimas y por ende, existen vacíos normativos, de entrenamiento y de apoyo organizacional que resulta básica para el éxito del acusador en el juicio.

Si bien el momento más estresante para la víctima se produce al inicio del caso cuando toma contacto por primera vez con el sistema y con la policía, lo cierto es que no se pueden minimizar los sentimientos y la atención que merece la víctima al enfrentar el juicio oral, donde debe declarar ante los jueces o jurados, es la protagonista del caso, está frente al acusado y percibe que de ella depende, en cierta medida, el éxito del caso.

La idea de revivir un hecho traumático frente a extraños y la noción de que el juicio configura la instancia definitiva de decisión, también son elementos que merecen un tratamiento y atención por parte del fiscal en su contacto con la víctima.

Por otro lado, en lo referente a la necesidad de brindar información a la víctima, este aspecto ha estado generalmente vinculado con los momentos iniciales del procedimiento. Sin embargo, a través de la preparación de la víctima antes del juicio, el fiscal puede satisfacer este objetivo brindando información específica sobre su rol en el debate, la importancia de su

testimonio, el contexto en que declara y cuáles son los resultados posibles.

Las etapas previas al juicio ofrecen una ocasión única para romper con el excesivo formalismo que suele caracterizar las comunicaciones entre fiscales y víctimas.

Es tarea también del fiscal generar un escenario atractivo y ofrecer incentivos para que la víctima pueda participar del juicio, sin sufrir revictimización.

La preparación del testimonio de la víctima tiene la potencialidad de crear una relación de confianza que además permite brindar información, proporcionarle un trato adecuado y garantizar su participación. Veremos más adelante de qué formas puede llevarse a cabo.

3. Preparación de víctimas

En general, la prueba de testigos es la más importante del juicio y los abogados construyen sus teorías del caso con base en la información que éstos les proporcionan antes del juicio. Por ello, es imprescindible que los litigantes conozcan con precisión sus relatos para controlar qué datos ingresarán al juicio y adelantar debilidades.

Se considera preparación de testigos a toda comunicación entre el litigante y un posible testigo (ya sea su cliente o no y ya sea un testigo favorable o no) con el objetivo de mejorar la forma de la presentación del testimonio que se ofrecerá en juicio (Applegate, 1989). En el modelo anglosajón, esta práctica se utiliza de manera fluida y se la considera básica para el ejercicio de la profesión, aunque no por ello está exenta de desafíos en su aplicación, que veremos más adelante.

La idea central sobre la que se asienta esta práctica es que los litigantes no pueden preparar su teoría del caso y sus estrategias de litigación sin conocer el testimonio de quienes declararán en juicio.

Baytelman y Duce apuntan que “un litigante profesional va al juicio a exponer información, no a buscarla. El juicio no es una instancia de investigación.

Esto se traduce en que un litigante que sabe lo que está haciendo no hace en el juicio preguntas cuya respuesta no conoce: cada vez que hago una pregunta, es porque conozco la respuesta y sé cómo ella encaja en mi teoría del caso” (Baytelman y Duce, 2008)

Rúa explica que “a pesar de los años que demora el sistema inquisitivo en que un caso arribe al juicio oral, pareciera que los operados encuentran más razonable esperar a la audiencia de debate para enterarse allí qué recuerdan y saben los testigos del hecho, antes que verificar esa información en una entrevista y decidir fundadamente si es aconsejable o no presentar una acusación” (Rua, 2015)

Lorenzo agrega que es prácticamente imposible que un abogado logre buenos resultados en el juicio si no conoce previamente la prueba (Lorenzo, 2013).

La preparación de testigos para el juicio se encuentra en el corazón del modelo adversarial pues se funda en la elaboración estratégica del caso que realizan los litigantes, quienes intentarán persuadir a los jueces o jurados. Esta idea resulta ajena e incómoda para los modelos inquisitivos, que en definitiva, y bajo diferentes planos justificatorios, se basan en que es el juez quien debe extraer la verdad del imputado. En un modelo así, las estrategias de los litigantes y la forma en que preparan y presentan la prueba, carece de todo sentido.⁶ Esta incomodidad con que las partes preparen a los testigos antes del juicio, suele expresarse en argumentos tales como que los litigantes pueden actuar deslealmente introduciendo información en los testigos para ganar el juicio. La crítica presupone una incorrecta asimilación entre la preparación con el “coaching” de testigos. Se

⁶ En algunas jurisdicciones, como la nacional, aún se sigue discutiendo quién debe citar a los testigos del juicio, ver sentencia dictada en por la Sala de Turno de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional, caso CCC68893/TO1/RH1, registro 1457/2018, sentencia del 26 de septiembre de 2018.

entiende por “coaching”⁷ de testigos a las prácticas irregulares y antiéticas de los litigantes que modifican, añaden, editan o suprimen en todo o en parte el relato del testigo. Estas distorsiones están prohibidas y pueden evitarse o remediarse, sin la necesidad de renunciar a esta importante herramienta de litigación.

Por ello, dentro de este marco, nos ocuparemos esencialmente de la preparación de la víctima cuando declara como testigo del fiscal en tanto esta práctica juega un rol esencial en: **a)** la formulación de la teoría del caso; **b)** el aumento de la credibilidad de la víctima, **c)** evita la revictimización y configura, además, una forma de **d)** potenciar la relación de confianza entre la víctima y el fiscal.

a) Diseñar la teoría del caso

La preparación es especialmente relevante para los fiscales pues la carga fáctica y probatoria es muy exigente para el acusador. En general, la solvencia del caso fiscal se apoya en el relato de la víctima y su preparación cumple una función central en la conceptualización del caso (Boccaccini, 2002), que incluye seleccionar la estrategia de juicio, evaluar y adelantar debilidades, preparar los exámenes directos y los contraxámenes y alegar.

De modo que conocer en profundidad el relato de la víctima, saber qué datos puede recordar y cuáles no, contribuye a que pueda tomar ciertas decisiones en el orden de la preparación general del caso. En ocasiones, si la víctima no recuerda algún dato o no puede aportar cierta información, esto puede determinar al fiscal a cambiar de estrategia probatoria, acreditar esas circunstancias a través de otra prueba o bien puede resultar útil para tomar decisiones en el orden de las teorías jurídicas en juego y modificar la pretensión legal.

Por otro lado, el relato de la víctima podría incluir recuerdos erróneos

⁷ Según el Diccionario Cambridge, “coaching” significa “entrenamiento personal”, <https://dictionary.cambridge.org/es/>

afectados por la ilusión de la memoria (Chabris & Simons, 2014). En este contexto, manejar ciertos aspectos de la psicología del testimonio⁸, puede resultar necesario para que el fiscal detecte información falsa que lo alerte y resguarde de elaborar una estrategia equivocada.

b) Aumentar la credibilidad

Dentro del esquema de construcción del caso fiscal, otro de los objetivos centrales de la preparación de la víctima es aumentar la credibilidad de su relato.

Ciertos estudios sugieren que la preparación de la víctima para el juicio contribuye a reducir su ansiedad y la ayuda a desarrollar las herramientas necesarias para brindar testimonio de la mejor manera posible frente a los jueces (Ellison, 2007).

La ansiedad que genera declarar frente a un tribunal se reduce cuando la víctima recibe información sobre los procedimientos y es previamente aclimatada sobre el lugar donde se realizará el juicio (Konradi, 2010, Menaker & Cramer, 2012)

El objetivo de estas técnicas de preparación es aumentar las posibilidades comunicacionales de la víctima y su credibilidad y simultáneamente eliminar el miedo asociado con declarar en el juicio frente a un tribunal.

c) Evitar la revictimización

La preparación de la víctima juega un rol esencial para evitar su revictimización porque aumenta su sensación de seguridad y contribuye a eliminar los nervios. Konradi señala que “una víctima que no está al tanto de los procedimientos e ignora sus derechos es más vulnerable a la

⁸ La psicología del testimonio es la especialidad de la psicología jurídica que se encarga de la optimización de los procedimientos para la obtención y valoración de la prueba testifical en sus diferentes expresiones (declaraciones e identificaciones)...Los especialistas en psicología del testimonio pertenecen desde un punto de vista teórico a la psicología experimental o psicología de los procesos cognitivos, no a la psicología clínica, debido a que un testimonio es un relato de memoria que un testigo realiza sobre unos hechos previamente presenciados, sobre el que afectan procesos atencionales, perceptivos, del lenguaje y de pensamiento desde una perspectiva normal. (Manzanero y González, 2013)

revictimización en el juicio. Las víctimas no preparadas tienen menos herramientas para manejar el contraexamen, son fácilmente influenciables por el abogado defensor y más propensas a ser superadas por sus sentimientos durante el testimonio” (Konradi, 1997, 2001 y 2010, Menaker & Cramer, 2012)

Se ha dicho que la preparación de la víctima contribuye a disminuir el stress y la posible revictimización (Horn, Charter, & Vahid, 2009, Simon 2011, Menaker & Cramer, 2012)

En ese orden Hartley apunta “un conocimiento más profundo del sistema adversarial puede reducir la revictimización porque la víctima tendrá una idea más clara de qué esperar. Sabiendo qué esperar, las víctimas lejos de la victimización, se convierten en testigos más poderosos, mediante su participación en el proceso de justicia criminal” (Hartley, 2003)

d) Relación de confianza

Finalmente, esta instancia de preparación ofrece una posibilidad invaluable para que el fiscal desarrolle una relación de confianza con la víctima. Según un estudio practicado por Konradi, las víctimas de abuso sexual que reciben poca preparación para el testimonio son más propensas a sentirse débiles, tienden a percibir el proceso de manera negativa y sentir enojo, miedo y frustración con el sistema de justicia, que se traduce en una postura defensiva frente a los interrogatorios (Konradi, 2010)

En este sentido, el fiscal puede hacer sentir a la víctima tranquila y apoyada a través de un contacto de colaboración antes del juicio.

Un estudio en el que se entrevistó a 32 víctimas de abuso sexual agravado por haber mediado acceso carnal con relación al contacto que tuvieron con el fiscal del caso antes del juicio, revela que aquellas que recibieron muy poca atención e información por parte de los fiscales se sintieron mal preparadas para la experiencia de testificar y describieron las dificultades de una situación nueva y abrumadora. Según Konradi (1997), algunas mujeres

se sintieron extremadamente ansiosas cuando les tocó declarar y tenían muy poco conocimiento de sus obligaciones y de los parámetros de interacción con los actores del juicio. En retrospectiva, estas mujeres afirmaron que se sintieron mal preparadas para hacer la tarea que se les exigía. Las entrevistadas fueron particularmente críticas sobre la forma en que fueron contraexaminadas y culparon a los fiscales del fracaso de su testimonio. Por el contrario, aquellas víctimas que sí recibieron una guía previa al juicio, se mostraron más positivas y señalaron que las instrucciones del fiscal les proporcionaron una forma de contestar las preguntas y una noción de que tenían cierto control en la interacción pregunta-respuesta (Konradi, 1997, Ellison, 2007).

Pero además, el estudio de Konradi sugiere que la preparación previa al juicio podría ser un factor que determine la voluntad de las víctimas de participar en el juicio. El autor señala que “cuando los fiscales iniciaron y mantuvieron contacto con las víctimas esto fue percibido como un compromiso serio con el caso. La inversión de los fiscales implicó ‘trabajo en equipo’ y esto, a cambio, aumentó la confianza de las víctimas y, más importante aún, sus ganas de declarar en el juicio. Por el contrario, la falta de contacto fue interpretada por las víctimas de manera negativa...y las llevó a dudar del sistema de justicia y contribuyó a aumentar su reticencia a ser parte del proceso” (Konradi, 1997)

Otro estudio, conducido en 5 países diferentes (Bélgica, Francia, Alemania, Dinamarca e Irlanda) demostró que la mayoría de las víctimas entrevistadas se mostraba disconforme con la cantidad de información que habían recibido antes del juicio. Las entrevistas permitieron concluir que la creencia en la justicia del proceso estaba directamente asociada con la cantidad de tiempo que había designado el fiscal en la preparación y orientación de la víctima (Bacik, 1998, Ellison, 2007).

En suma, en la preparación de la víctima previa al juicio confluyen el interés del fiscal y de la víctima pues comparten el objetivo común de ganar el caso. Al mismo tiempo, la preparación ofrece incentivos muy poderosos para el fiscal y grandes beneficios para la víctima. Por un lado, estas técnicas permiten una preparación más profesional que se relaciona directamente con el abandono de la posición tradicional de neutralidad del Ministerio Público Fiscal en favor de un enfoque estratégico (CEJA, 2007).

Por otra parte, esta técnica habilita que la víctima adquiera información relevante antes del juicio; que sea escuchada; que establezca una relación de confianza con el fiscal; reduce las posibilidades revictimización y aumenta su confianza al momento del juicio. Además tiene la potencialidad de modificar la mirada de la víctima sobre el funcionamiento del sistema de justicia y favorece una mayor participación no sólo desde el punto de vista cuantitativo sino también cualitativo. Lejos de las fórmulas y principios abstractos sobre participación y trato adecuado de la víctima, esta herramienta configura una práctica concreta que permite alcanzar diversos objetivos.

4. Desafíos y posibles soluciones

La preparación del testimonio de la víctima antes del juicio no está exenta de desafíos que es necesario comenzar a desembrozar para adoptar estrategias de contención. En general, este tema ha recibido muy poca atención: no se discute en la literatura, falta entrenamiento específico y existe un vacío normativo. Hasta ahora, los esfuerzos se han enfocado en defender la idea de que el juicio adversarial requiere de este tipo de preparación, pero poco se ha ahondado en los problemas que puede presentar esta práctica si no se la realiza adecuadamente. Identificar las debilidades en la preparación de víctimas, permite determinar qué tipo de acciones y reglas serán necesarias para evitar distorsiones y abusos.

El proceso de preparación de la víctima, constituye un terreno complejo

porque se trata de una actividad que el fiscal realiza fuera del control de la defensa y puede resultar difícil establecer cuándo un testimonio ha sido el producto de una conducta o sugestión por parte del acusador. De modo que la falta de control configura una de las principales fuentes que podría dar lugar a prácticas abusivas o irregulares.

Otro aspecto problemático consiste en la demarcación de los límites éticos de la preparación de la víctima y de los testigos en general. Típicamente, se sostiene que la preparación correcta consiste en extraer información del testigo en lugar de introducirla (Gershman, 2002). Sin embargo, la diferencia entre una actividad permitida de preparación de víctimas y el “coaching” puede no ser siempre tan clara en la práctica.

El “coaching” es considerado como el secreto “oscuro” o “sucio” del sistema adversarial y ocurre cuando, en lugar de extraer datos del testigo, se los incorpora en su memoria (Boccaccini, 2002)

Ciertos estudios demuestran que durante el proceso de preparación, el testimonio puede ser sometido a ediciones, mejoras y alteraciones (Simon, 2011). El lenguaje utilizado al formular preguntas durante la etapa previa al juicio puede modificar o alterar las respuestas de la víctima. (Gershman, 2002).

El “coaching” se presenta cuando el fiscal consciente o inconscientemente influencia a la víctima para que modifique su testimonio. Los fiscales podrían hacer preguntas, sugerir ideas o enviar señales a la víctima para fortalecer su caso que podrían inducir a la víctima para que complete esa información ausente en su memoria, elimine ambigüedades o contradicciones, cambie su lenguaje o enfatice ciertos hechos.

Los incentivos que puede tener un fiscal para influenciar a la víctima son: eliminar inconsistencias respecto de declaraciones anteriores, evitar detalles incómodos o vergonzosos o disimular aspectos negativos del caso

(Gershman, 2002).

En este contexto, existen ciertos factores cognitivos como la memoria, el lenguaje y la comunicación que facilitan el “coaching” y que merecen ser advertidos. Esto es especialmente importante cuando nos referimos a los acusadores públicos pues, en general, son percibidos por la víctima como funcionarios confiables, lo cual aumenta su poder de influencia.

Ciertas técnicas de interrogación pueden conducir a la víctima a que realice un recuento particular de los hechos, por ejemplo si se le pregunta “la luz era verde, ¿no?”, o “la carta contenía una propuesta de la empresa, ¿no es así?” o “El señor Gómez iba hacia el norte o ¿no es verdad que iba hacia el sur?” (Applegate, 1989).

Un estudio demostró que existen 25 tipos de técnicas de interrogación coercitivas, engañosas y de manipulación y que todas ellas suelen ser efectivas. Los psicólogos han señalado que las preguntas sugestivas brindan a la víctima no solo señales sobre cómo debe dar forma a su testimonio, sino que también la influencia puede ser tal que el testigo no tome conciencia de ello. (Stark, Tegeler & Channels, 1987, Applegate, 1989). Mostrar ciertos documentos a la víctima, comentarle qué dijo otro testigo o advertirla sobre las consecuencias de un cambio de relato, constituyen técnicas comunicacionales que, según cómo se realicen, pueden alterar los recuerdos de una víctima.

Además, a diferencia de otros testigos, la víctima está motivada hacia un determinado resultado del juicio: que se castigue al imputado. De modo que es importante no perder de vista que sus motivaciones pueden reforzar su poder persuasivo y afectar el resultado de un caso. (Simon, 2011). En efecto, la víctima puede resultar aún más vulnerable a este tipo de técnicas pues se la considera un “testigo cooperador” del fiscal y también porque en muchas ocasiones cumple la función de “testigo de identificación” de

personas o de objetos⁹, lo cual la torna mucho más susceptible a quedar expuesta durante la preparación a imágenes, señales o preguntas que puedan orientar su relato. (Gershman, 2002).

Si bien las dificultades son múltiples, existen ciertos mecanismos para prevenirlas, detectarlas y remediarlas.

Cuando el defensor posee ciertas bases para creer que se produjo "coaching" de la víctima, puede solicitar al juez una audiencia para que esa prueba sea excluida del juicio. El defensor podría plantear la exclusión de la prueba en el juicio si se produjeron irregularidades durante la preparación. Para ello, podrá utilizar declaraciones anteriores que le sirvan de apoyo para sustentar su posición.

Otra técnica para combatir el "coaching" de la víctima es a través del testimonio de expertos. La defensa puede solicitar como prueba el testimonio de expertos en psicología cognitiva que declaren sobre la memoria, el lenguaje y la comunicación y de qué manera se puede generar información imprecisa o falsa y cómo ello pudo incidir en ese caso concreto.

Otra opción para atacar el "coaching" es el grabado digital de las sesiones entre fiscales y víctimas (y otros testigos). Configura una técnica que permite controlar la actividad de los funcionarios de la acusación que cumple una función disuasiva de prácticas antiéticas. Pero además, la grabación permite a la defensa verificar la existencia y alcance de influencias o sugestión por parte del fiscal para luego plantearlo judicialmente. Si los fiscales realizan bien su trabajo, este mecanismo cumple la importante función de evitar la exclusión de testimonios relevantes para el juicio frente a ataques injustificados.

Durante el juicio, la herramienta para combatir prácticas irregulares en la preparación de la víctima es el contraexamen. A través de este

⁹ Para un análisis específico sobre los problemas puntuales de los testigos de identificación, ver Diges y otros, 2014.

interrogatorio, el litigante puede demostrar la inconsistencia o falta de credibilidad de la víctima y señalar por qué no es confiable y cómo las sesiones de preparación incidieron, afectaron o moldearon su relato. El contraexamen puede servir para exponer dudas sobre la credibilidad de un testigo y señalar técnicas indebidas por parte de los fiscales (Applegate, 1989).

Por todo ello, los fiscales deberían recibir un entrenamiento que permita distinguir las prácticas permitidas de las que no lo están y advertir la importancia de cómo los factores cognitivos afectan la precisión y veracidad de los testimonios. Este desafío, requiere además de pautas de actuación y protocolos que fijen ciertas reglas básicas de actuación.

A continuación se presentan algunas pautas sobre preparación de víctimas para regular la actividad del Ministerio Público Fiscal.

5. Habilidades y protocolos de actuación

La pregunta central no debería ser si los fiscales pueden practicar o no sesiones para la preparación de víctimas, sino de qué manera deberían conducirse para evitar irregularidades.

El principal desafío a superar es la cultura formalista, que se ha expresado en una indiferencia hacia este aspecto de la litigación, con la consecuente falta de materiales de estudio, investigaciones empíricas, regulación normativa, entrenamientos específicos y propuestas organizacionales.

Por ello, a continuación se sugieren una serie de pautas de actuación para la preparación de víctimas que encuadre la actividad fiscal:

Antes de la entrevista con la víctima el fiscal necesita prepararse y establecer qué preguntas formulará. Para ello, debería repasar el caso, familiarizarse con todas las pruebas y con todas las declaraciones anteriores de la víctima. Luego, preparar las preguntas y todos los temas que intentará cubrir en el examen directo e identificar las áreas problemáticas que requieran de alguna explicación por parte de la víctima durante su

interrogatorio en el juicio.

Por otra parte, será necesario evaluar que la entrevista no debería realizarse demasiado tiempo antes de la fecha del juicio para que el testigo no olvide los aspectos conversados.

También importa considerar que la preparación podría requerir diversas sesiones. Sin embargo, el Ministerio Público Fiscal necesita regular este aspecto evitando la recuperación múltiple de los recuerdos pues “la cantidad de veces que un testigo ha tenido que recuperar un suceso es uno de los factores más importantes de distorsión de los recuerdos, con efectos negativos sobre la exactitud y la calidad de las declaraciones” (Manzanero y González, 2013). Este fenómeno debe ser tenido especialmente por los fiscales para evitar que la cantidad de las entrevistas interfieran con la memoria.¹⁰

6. Métodos de preparación de víctimas

Los fiscales pueden utilizar una o varias técnicas para preparar a la víctima que declarará en el juicio. Puede conversar con ella sobre el caso, mostrarle ciertos documentos, practicar preguntas, darle información sobre el caso, y explicarle cómo será el contraexamen (Applegate, 1989). Cada método tiene sus variaciones y pueden combinarse entre sí. Veremos a continuación algunas de estas técnicas.

La forma más usual de preparar a la víctima para declarar en juicio es brindándole información y consejos sobre su rol y las reglas del procedimiento.

Dentro de esta preparación, el fiscal debería realizar las siguientes acciones:

¹⁰ Manzanero y González explican que “el hecho de que hayan vivido una situación atípica, suele implicar que piensen con frecuencia en lo sucedido y cada vez que se recuerde el suceso, la huella de memoria que lo representa se reconstruye, lo que implica que con cada recuperación los recuerdos se van transformando mediante la incorporación de nuevos datos y la reinterpretación de los ya existentes...desde el área de la Memoria de los Testigos, debemos alertar de los efectos perniciosos de las recuperaciones múltiples y, al menos, sugerir que se tengan en cuenta a la hora de valorar adecuadamente la exactitud de las declaraciones..” (Manzanero y González, 2013)

a) Requerir a la víctima que diga la verdad

Es importante que durante la preparación el fiscal indique a la víctima-testigo que debe decir la verdad y no aquello que cree que vio o que le dijeron. También es importante que le aclare que no puede exagerar o mejorar los hechos, ni completar las lagunas de su memoria. Y que si no recuerda algún dato, debe informar a su interrogador que no puede recordarlo (Gershman, 2002).

b) Explicar los procedimientos

El fiscal debe indicar a la víctima cuáles son las reglas del procedimiento. Dentro de esta categoría, es fundamental que brinde la siguiente información (Warnath, 2017):

- Explicarle el proceso en detalle; quiénes son los principales intervinientes y cuáles son sus roles en el juicio. También debería explicar cuál es el objetivo del juicio, cómo se produce la prueba, quién hará las preguntas y en qué orden, cuánto durará y quién tomará la decisión del caso.
- Mostrar a la víctima con antelación la sala de juicio para que se familiarice con el lugar en el que se sentará, dónde aguardará y cómo será convocada a declarar. Si la víctima es además testigo de reconocimiento, no podrá indicarle dónde se sentará el imputado. (Gershman, 2002).
- Informar a la víctima sobre el juramento que se le tomará y explicarle sus alcances e importancia.

Una víctima que maneja estos aspectos del juicio, seguramente se sentirá más confiada y tranquila cuando declare ante los jueces o jurados. Liberar la tensión de todos los aspectos desconocidos del juicio le permitirá estar en una mejor posición para concentrarse en su testimonio.

c) Discutir los antecedentes legales y el contexto fáctico del caso

Uno de los aspectos que el fiscal puede conversar con la víctima durante la preparación del testimonio se refiere a la ley aplicable. Compartir ciertos aspectos legales con la víctima, puede resultar de mucha utilidad porque le

permite enfocarse en lo importante, descartar los aspectos superficiales y estructurar la presentación para minimizar el impacto de un contraexamen difícil.

Sin embargo, esta información debe suministrarse de modo tal que la víctima no sienta que deba modificar su relato para lograr cierto encuadre jurídico.

El fiscal también puede ofrecer a la víctima cierto contexto fáctico en cuyo marco prestará declaración. Explicarle ciertos aspectos de los hechos, puede incrementar su conciencia sobre qué tópicos son importantes en el caso y cuáles no.

d) Técnicas para extraer información

Obtener información de la víctima sobre un hecho delictivo es una tarea difícil. El fiscal debe enfrentar un escenario complejo pues seguramente habrá transcurrido un tiempo considerable desde el suceso y probablemente existirán declaraciones anteriores de la víctima prestadas en la etapa de investigación que deberá considerar. Además, la repetición de declaraciones a lo largo del proceso seguramente habrá generado alteraciones o distorsiones en su recuerdo.

Diversos estudios demuestran que la memoria es un aparato cognitivo muy poderoso, pero que puede ser voluble y susceptible a errores y contaminación. Al preparar a la víctima, el fiscal no puede dejar de considerar que la memoria humana es muy eficaz recordando la esencia de los hechos, esto es, los más profundos y más prácticos aspectos del episodio. Sin embargo, los detalles más literales resultan más fáciles de olvidar y son los más vulnerables a la contaminación. Otro aspecto a evaluar es que la memoria no siempre es precisa, los falsos recuerdos pueden ocurrir espontáneamente (cuando las personas confunden ciertos hechos con otros eventos), cuando completan las lagunas de la memoria o interpretan los eventos para que armonicen con sus esquemas y

expectativas. Los recuerdos falsos también pueden ser producidos por fuentes externas, tales como la exposición a información posterior de los hechos y fallas en los procedimientos de investigación. (Simon, 2011)

También, la víctima puede cometer errores de omisión cuando faltan detalles importantes o, de comisión, que se traducen en información falsa que puede ser deliberada (mentira) o debido al efecto de información post-suceso, fallos en la distinción entre realidad y fantasía o a interferencias erróneas (Manzanero y Gonzáles, 2013)

De modo que es tarea del fiscal obtener información certera para poder estructurar un caso sólido; evitando incurrir en prácticas que soslayan recuerdos erróneos, o, peor aún, que los generen. Su trabajo –arduo por cierto- consiste en extraer la información de la víctima sin completar las lagunas de la memoria y realizar una distinción entre recuerdos reales de los falsos (Simon, 2011).

Todo protocolo de actuación fiscal debería incluir técnicas de preparación del testigo tendientes a obtener información en formatos narrativos y formatos de recuperación interrogativa. El formato narrativo es aquel en que se solicita a la víctima que cuente qué sucedió. Se trata de una tarea de recuerdo libre sin limitaciones ni interrupciones. Este modelo posee la ventaja de que presenta pocas distorsiones, pero la desventaja es que suele ser muy pobre en términos de detalles. El formato de interrogatorio consiste en realizar una serie de preguntas con un guión que apunta al recuerdo dirigido. La ventaja es que se obtienen relatos más exactos pero se corre el riesgo de acceder a información errónea o reconstruir inadecuadamente el suceso (Manzanero y González, 2013).

Para lograr un equilibrio, lo ideal es que la preparación comience con preguntas abiertas para que la víctima desarrolle la respuesta y luego formular preguntas más cerradas para obtener mayores detalles (Manzanero y González, 2013).

Otro aspecto que merece atención por parte del Ministerio Público Fiscal se refiere al tipo de preguntas que pueden realizar los fiscales y cuáles deben evitarse por producir información engañosa. 11

Asimismo, durante la entrevista para obtener información de la víctima, resulta importante atender al factor cronológico pues “el orden de presentación de las preguntas también afecta a las falsas memorias, dado que dificultará encontrar indicios contextuales suficientes como para acceder a la memoria original, por lo que tomará como buena la información sugerida” (Manzanero y González, 2013).

Finalmente, durante la fase de obtención de información en el marco de la preparación, el fiscal no puede presionar a la víctima para que le brinde determinadas respuestas. Esta práctica no sólo puede llevarse a cabo de manera directa, sino también en formas solapadas e imperceptibles.

Al respecto, se sostiene que “la presión para informar, en general, tiene el efecto perverso de incrementar la tendencia de los testigos a realizar interferencias para generar información que no poseen, incrementándose la posibilidad de encontrar respuestas inexactas e incluso generar falsas memorias”. (Manzanero y González, 2013).

Según Manzanero y González, existen diferentes tipos de presión: el número de interrogadores, el tiempo de duración del interrogatorio, el tono autoritario de los interrogadores, silencios excesivamente largos y reiteración de preguntas.

Todos estos aspectos, deberían integrar las pautas de actuación dirigidas a

11 Manzanero y González señalan que Stern distinguió entre 6 de preguntas respecto a diferentes grados de introducción de información engañosa: a) preguntas determinativas (aquellas que comienzan un pronombre o un adverbio interrogativa y son las menos sugestivas (¿Cuándo sucedió); b) preguntas disyuntivas perfectas: aquellas que fuerzan a elegir entre dos alternativas específicas; c) preguntas disyuntivas imperfectas: aquellas que ofrecen la elección entre dos alternativas pero no se descarta una tercera; d) preguntas expectativas: implican un moderado intento de sugestión (¿no te hacía daño?); e) preguntas implicativas: asumen o al menos implican la presencia de algo inexistente (¿después de pegarte te hacía regalos?); f) preguntas consecutivas: en cualquier forma de pregunta, se usan para aumentar la sugestión desarrollada en preguntas previas. (Stern, 1906, Manzanero, González, 2013)

fiscales en materia de preparación de víctimas y testigos, para evitar algunos de los problemas señalados más arriba.

e) Práctica del examen directo

Un mecanismo central de la preparación es repasar las preguntas del examen directo con la víctima. La idea es que el fiscal las formule del mismo modo en que tiene pensado hacerlo durante el juicio. Durante esta preparación no puede dirigir las respuestas ni sugerir qué debe decir el testigo porque ello implicaría un entrenamiento o “coaching”.

Cuando la víctima responde algo inesperado, es importante que el fiscal detecte si su pregunta se comprendió bien o si hubo algún tipo de error de comunicación. Si es así, la preparación permite también que el fiscal mejore la forma de sus preguntas. (Warnath, 2017)

Al preparar a la víctima para el examen directo, el fiscal debería motivarla para que use sus propias palabras. Si durante el juicio se presentará prueba material, puede mostrársela con anticipación, así como también cualquier tipo de demostración que sea necesario realizar durante el juicio. (Gershman, 2002). Queda excluida de esta práctica la identificación de objetos si se prepara un testigo de reconocimiento.

Una de las formas en que puede prepararse a la víctima es a través del ensayo. Hacer un role-play resulta útil para que las víctimas puedan manejar mejor su presentación, pues se ha demostrado que esta simulación reduce el nerviosismo y aumenta la confianza (Boccaccini, 2003, Menaker & Cramer, 2012)

Durante esta práctica el fiscal debería explicar a la víctima que durante el juicio no ocurriría exactamente lo mismo pero que de todos modos es importante que se acostumbre al tipo de interrogatorio que probablemente se realizará.

El ensayo con la víctima cumple diversos fines: Es la oportunidad de brindar información sobre la lógica del examen directo y el contraexamen y

prepararla para la posibilidad de que enfrente preguntas incómodas. De esta manera se prepara a la víctima para que esté atenta a posibles disparadores emocionales y por lo tanto se vuelve menos vulnerable a quedar atrapada en la emoción (Ellison, 2007, Menaker & Cramer, 2012)

Finalmente, interesa precisar que el examen directo no debería practicarse demasiadas veces pues la víctima podría perder espontaneidad y brindar en el juicio una declaración artificial carente de credibilidad. Además, como se indicó anteriormente, la recuperación múltiple de la memoria podría generar falsos recuerdos.

f) Abordar inconsistencias

En ocasiones, durante la preparación la víctima puede realizar afirmaciones que no resultan consistentes con sus declaraciones anteriores. En este caso, el fiscal no debería indicarle que su respuesta es incorrecta e invitarla a que la modifique para que coincida con la anterior. Ello implicaría una falta ética grave por parte del acusador.

Para enfrentar este escenario existen diferentes alternativas. Una opción consiste en mostrar a la víctima la declaración anterior para que la lea en voz alta y luego repreguntarle. La víctima expresará si recuerda o no los hechos y el fiscal no podrá sugerirle que modifique su relato. (Warnath, 2017). En estos casos, la víctima podrá ofrecer diversas explicaciones por su cambio de posición que pueden variar según la situación: nerviosismo, miedo a las consecuencias del caso, confusión, etc.

Otra posición sostiene que, en verdad, tener acceso a las declaraciones anteriores configura un derecho de la víctima. En muchos casos, además la víctima habrá conservado copias de sus declaraciones durante la etapa de investigación que, de seguro consultará, de modo que en ciertos supuestos, esta discusión carece de efectos prácticos.

Más allá de estas posiciones, considero que mostrar a la víctima sus

declaraciones anteriores debe ser interpretado de manera restrictiva pues esta práctica podría incrementar las posibilidades de que el fiscal consciente o inconscientemente afecte los recuerdos de la víctima.

Por ello, las declaraciones previas siempre deberían ser exhibidas para refrescar la memoria durante el debate frente a la contraparte, el juez y/o el jurado.

Sin perjuicio de esta posición puntual, los diferentes enfoques en orden a esta cuestión revelan la necesidad de ahondar en los aspectos más específicos de esta práctica para regularla adecuadamente y evitar abusos. En cualquier escenario, el fiscal necesita establecer cómo abordará estas inconsistencias en el juicio y podrá preparar preguntas que le permitan a la víctima explicar por qué cambió su declaración respecto de versiones anteriores.

De modo que ello no sólo tiene implicancias en la actuación ética que debe regir la actuación fiscal, sino que también se vincula con un aspecto estratégico: si estas inconsistencias se desconocen o se intentan ocultar, el fiscal corre el riesgo de que sea la defensa quien las evidencie durante el contraexamen. Este escenario podría derrumbar la credibilidad de la víctima que, además, seguramente enfrentará un interrogatorio difícil.

Por ello, anticipar las debilidades del testimonio de la víctima aumenta el control del fiscal sobre su caso y reduce la posibilidad de líneas de contraexamen sorpresivas.

g) Preparar a la víctima para el contraexamen

Brindar información y preparar a la víctima sobre el interrogatorio que llevará a cabo la defensa, la ayudará a demitificar el proceso y puede aumentar sus sentimientos de control.¹² Omitir este paso puede exponer a la víctima a situaciones de tensión que la conduzcan a cometer errores frente a un

¹² Este aspecto es especialmente importante en casos de víctimas mujeres en delitos sexuales o de género donde está involucrada la pérdida de la autonomía (Ellision, 2007, Menaker & Cramer, 2012)

interrogatorio agresivo del defensor.

En ocasiones, podría resultar difícil prever cuál será la línea de contraexamen de la defensa respecto del testimonio de la víctima, pero en general se trabaja con ciertos temas: declaraciones anteriores inconsistentes, prueba material que contradiga los dichos de la víctima y razones para mentir por parte de la víctima como beneficios económicos, posibilidad de evitar cargos criminales, etc. (Warnath, 2017). 13

En el marco de la preparación, el fiscal debe explicar a la víctima cuál es el rol del abogado defensor en el juicio. Esto significará, posiblemente, que intentará derribar o sembrar dudas sobre su testimonio. Es la oportunidad también para señalar las posibles estrategias que podría intentar sostener el defensor.

El fiscal puede indicar a la víctima en qué consiste un contraexamen y ofrecerle algunos ejemplos para que dimensione que se tratará de un tipo de diálogo muy especial con características artificiales que lo alejan de la comunicación ordinaria.

En este marco, es importante que el fiscal advierta a la víctima sobre diversos aspectos. Necesita explicarle que:

- Debe escuchar muy bien la pregunta antes de responder
- Si no entiende la pregunta no debe temer en solicitar una aclaración, porque la víctima no puede decir la verdad a menos que entienda bien la pregunta
- No puede exagerar o mejorar sus respuestas
- No debe tener miedo de aceptar alguna de las premisas sugeridas en las preguntas del abogado defensor: las víctimas suelen pensar que tienen que estar en desacuerdo en todo con el defensor
- Puede expresar su desacuerdo si alguna de las preguntas del defensor

13 Por otras líneas de contraexamen, ver también en Baytelman y Duce, 2008 y Rua, 2014.

contiene información errónea o imprecisa. Está habilitado para manifestar su disconformidad de manera educada pero firme.

- No debe brindar más información que la solicitada
- Tal vez el abogado defensor intente irritarla o ponerla nerviosa y que debe resistir la tentación de perder la calma.
- Puede realizar aclaraciones luego en un nuevo examen directo, en caso de que el fiscal considere que sea necesario. En este sentido, es importante que el fiscal explique a la víctima que luego del contraexamen los jueces podrían autorizar un *follow up* del examen directo.¹⁴ Esta será la oportunidad para que la víctima clarifique puntos del contraexamen (Warnath, 2017).

Conclusión

La litigación estratégica presenta a cada paso nuevos temas a debatir, como en este caso, la preparación de las víctimas antes del juicio. Lejos de considerarse un tema consolidado, resulta necesario profundizar en discusiones vinculadas con las prácticas y los problemas que de ellas se derivan.

Si bien en ciertos ámbitos se han elaborado manuales fiscales sobre tratamiento de víctimas referentes a delitos puntuales, el acento aún no está ubicado en los aspectos estratégicos del caso y en una participación activa de las víctimas en colaboración con el fiscal. En general, se trata de manuales con reglas cuasi-formalistas, que ofrecen pautas generales, pero que no ingresan en el terreno de la preparación concreta y de los problemas del testimonio, a la vez que no delimitan las acciones necesarias para que el fiscal realice un trabajo eficaz y ético.

Se trata pues de abordar un nuevo camino de exploración en el ámbito de

¹⁴ La traducción de *follow up* es continuación (The Oxford Spanish Dictionary, New International edition, Oxford University Press, 1996) y en litigación se refiere a la posibilidad de interrogar nuevamente al testigo en examen directo luego del contraexamen. Sobre los límites y alcances de esta facultad, ver Rua, 2014.

las investigaciones de campo, de las prácticas y de las propuestas organizacionales y normativas en un área vacante que requiere de discusiones renovadas.

Referencias

Applegate, John S. “Witness preparation” (1989), Articles by Maurer Faculty, paper 846.

Bacik, et al., “The legal process and victims of rape (Dublin rape crisis center)”, 1998.

Baytelman, Andrés, Duce, Mauricio J., *Litigación penal. Juicio oral y prueba*, Fondo de Cultura Económica, México, 2008.

Binder, Alberto M., *Política Criminal. De la formulación a la praxis*, Ad hoc, Buenos Aires, 1997.

Binder, Alberto M. *Derecho Procesal Penal*, Tomo I, Hermenéutica del proceso penal, Ad hoc, Buenos Aires, 2013.

Binder, Alberto, “Etapas del desarrollo organizacional del Ministerio Público”, en Ponencias del Seminario Internacional “Desafíos actuales y futuros de la persecución penal y de la atención a víctimas y testigos en Chile”, Fiscalía Nacional de Chile, Santiago, 2014, disponible en: www.fiscaliadechile.cl

Boccaccini, M.T., “What do we really know about witness preparation?” Behavioral Sciences and the law, 20, 1, 2002, 61-189.

CEJA, Desafíos del Ministerio Público Fiscal en América Latina, Santiago de Chile, 2007.

Chabris, Christopher, Simons, Daniel, *El gorila invisible. Y otras maneras en las que nuestra intuición nos engaña*, Siglo XXI editores, Buenos Aires, 2014.

Diges, Margarita y otros, *Identificaciones fotográficas y en rueda de reconocimiento. Un análisis desde el derecho procesal penal y la psicología del testimonio*, Marcial Pons, Buenos Aires, 2014.

Ellison, Louise, University of Leeds, “Witness preparation and prosecution of rape”, *Legal Studies*, vol. 27, n° 2, June 2007, pp. 171-187.

Gershman, “Witness coaching by prosecutors”, 23 *Cardozo Law Review*. 829, 2002.

Hartley, C. “A therapeutic jurisprudence approach to the trial process in domestic violence felony trials” (2003) *Violence Against women*, p. 410 at 422.

Horn, R., Charters, S., & Vahidy, “The victim witness experience in the special court for Sierra Leona”, *International Review of Victimology*, 15, 277-298, 2009.

Konradi, A., “Too Little, too late: prosecutor’s precourt preparation of rape survivors”, 22 *Law and Society Inquiry* 1, 1997.

Konradi, A., “I don’t have to be afraid of you: Rape survivors’ emotion management in court. *Symbolic Interaction*”, 22, 45-77, 1999.

Konradi, A., “Pulling strings doesn’t work in court: Moving beyond puppetry in the relationship between prosecutors and rape survivors”, *Journal of Social Distress and the Homeless*, 10, 5-28, 2001.

Konradi, A. “Creating victim-centered criminal justice practices for rape prosecution. *Research in Social Problems and Public Policy*” 17, 43-76, 2010.

Lahav, Alexandra, *In praise of litigation*, Oxford University Press, 2017).

Lorenzo, Leticia, *Manual de litigación*, Ediciones Didot, Buenos Aires, 2013.

Manzanero, Antonio, L., González, José Luis, “Avances en psicología del testimonio”, Ediciones Jurídicas de Santiago, Santiago de Chile, 2013.

Menaker Tasha A., & Cramer Robert J., “The victim as witness: strategies for increasing credibility among rape victim-witness in court”, *Journal of forensic psychology practice*, 12:424-438, 2012.

Rúa, Gonzalo, *Examen directo de testigos*, Ediciones Didot, Buenos Aires, 2015.

Rua, Gonzalo, *Contraexamen de testigos*, Ediciones Didot, Buenos Aires, 2014.

Simon, Dan, “The limited diagnosticity of Criminal Trials”, USC Legal Studies research paper N. 11-2, 2011.

Stark, Tegeler & Channels, “The effect of student values on lawyering performance: An empirical response to professor Condlin”, 37 *J. Legal Educ.*, 409, 410, (1987).

Warnath Group, “Prosecutor Trial Preparation. Preparing the victim of human traffic to testify”, 2017, www.warnathgroup.com

Zacharias, Fred C. and Shaun, Martin “Coaching witnesses”, 1999, *Kentucky Law Journal*, vol. 87, Iss. 4, Article 4.