

¿PUEDEN LAS PARTES PREPARAR A SUS TESTIGOS ANTES DEL JUICIO? LA PREPARACIÓN DE TESTIGOS DESDE LA TEORÍA DE LA LITIGACIÓN Y LA ÉTICA PROCESAL.

Resumen

El presente trabajo analiza, desde una perspectiva de la ética procesal y la litigación adversarial, la formas de preparación de testigos en los sistemas adversariales -en procesos no penales- y acusatorio-adversariales -en procesos penales-. A través de su clasificación en *familiarización* y *entrenamiento* de los mismos a la hora de ir a juicio, se intenta dar respuesta a la pregunta de si es posible que las partes preparen a sus testigos antes de la audiencia de juicio. Para ello se analiza, en primer lugar, el estado de la cuestión en tres jurisdicciones del sistema del *common law*, precisamente Estados Unidos, Reino Unido y Canadá y, en segundo término, se realiza el mismo relevamiento en el contexto regional latinoamericano y argentino en particular. Concluyendo que dicha práctica de preparación de testigos no solo es una práctica viable sino también deseable y que significa una actividad de litigio esencial para ingresar información de mejor calidad a los juicios, con el fin de una mayor pacificación de los conflictos que llegan a la justicia.

Palabras Clave

Testigos. Litigación Adversarial. Ética procesal.

Nicanor Barrios

(FCJ-UNPSJB/IPCSH-CONICET)

Introducción

Al momento de llevar a la práctica la implementación de los sistemas adversariales-acusatorios en nuestra región latinoamericana, muchos de los interesantes debates que surgen giran en torno a la rama del derecho probatorio y a las reglas y ritos procesales en torno a la adquisición, conservación, producción, control y valoración de la misma.

La prueba testimonial es el medio de prueba por excelencia a la hora de ingresar información a un juicio oral y público en nuestros procesos, a lo largo de los años que llevamos de puesta

en marcha de los nuevos sistemas se ha avanzado mucho en lo relativo a las reglas de producción -examen directo de testigos- y control la misma -contraexamen de testigos- en la audiencia de juicio propiamente dicha. Sin embargo, poco se ha indagado en lo que respecta a ciertas cuestiones previas al juicio, en particular a ciertas posibilidades de trabajar con el testigo propio -de parte- antes de la realización de dicha audiencia.

En el presente trabajo me concentraré en el análisis, desde una perspectiva de la ética procesal y la litigación adversarial, de las dos formas de preparación -*familiarización* y *entrenamiento*- de los testigos a la hora de ir a juicio. Más precisamente, me abocaré a responder a la pregunta de si pueden las partes preparar a sus testigos antes del juicio.

¿QUÉ SIGNIFICA *PREPARAR*? TIPOS DE ENCUENTROS Y ENTREVISTAS CON LOS TESTIGOS DURANTE EL PROCESO JUDICIAL

En todo proceso judicial, cuando llegamos a la etapa de juicio es porque hemos ya pasado por distintas etapas formales anteriormente. Por una parte, un anuncio inicial en la imputación -o en la demanda en aquellos casos no penales- la cual es la primera comunicación con la persona a la cual se destina el reclamo judicial, se le anuncia el o los hechos por los cuales se lo va a investigar o se lo está demandando. Esto les permite a los abogados establecer ciertos encuadres jurídicos y específicos de litigio para poder llevar adelante su labor.

Una vez que les llega un caso, en la primera fase de investigación en la preparación de un litigio, los abogados pueden -y deben- realizar entrevistas a los posibles testigos de los hechos. Esto debe realizarse, por un lado, para esclarecer estos hechos objeto de litigio y, por otro lado, con el fin de poder determinar el grado de conocimiento, veracidad, coherencia y la forma - puede ser directa o indirecta- a través de la cual obtuvieron la información que pretenden introducir al juicio.

Esto incluso lo vemos plasmado como una obligación para las partes en muchos de nuestros códigos procesales provinciales¹, en sus normas referidas a la regulación de las audiencias llamadas de *etapa intermedia*, *audiencia preliminar* o, mayormente conocidas como *control del mérito de la acusación* en los procesos penales, al momento de establecer las reglas sobre

¹ Es menester aclarar que las prácticas de litigación analizadas en el presente trabajo sólo son aplicables y posibles en jurisdicciones que cuentan con procesos adversariales -tanto penales como no penales-. De ninguna manera podrían aplicarse en modelos procesales inquisitoriales o mixtos puesto que, en éstos, los testigos no pertenecen a las partes litigantes, sino que pertenecen al tribunal y los mismos tienen la obligación y el deber de declarar ante éste, con el objetivo de arribar a la verdad del hecho. En consecuencia, en términos conceptuales, no cabría lugar al *entrenamiento* de los testigos, sean de la parte que sean, puesto que podría considerarlo como una obstrucción de justicia o de búsqueda de dicha verdad.

los ofrecimientos de pruebas de las partes, donde generalmente se establece que todos los medios de prueba deben ofrecerse con indicación de los hechos y las circunstancias que pretenden ser probadas en el debate oral y público². Es decir, estas entrevistas son muy importantes, en primer lugar, para determinar cómo ocurrieron los hechos, y en segundo lugar, para cumplir con el trabajo de saber qué información puede brindarme tal o cual testigo y cómo adquirió la misma.

Podríamos llamar a estas actividades como aquellas *entrevistas previas propias de la etapa preparatoria del juicio*, las cuales no solo son posibles sino que significan una obligación de las partes, para cumplir con las exigencias de ley en primer lugar, así como para poder ejercer de la mejor manera la labor profesional, puesto que si no definimos con la mayor precisión las circunstancias de modo, tiempo y lugar de los hechos de nuestro caso, no estaríamos trabajando como se debería.

Además de estas *entrevistas previas propias de la etapa preparatoria del juicio*, hay debate sobre si pueden existir otro tipo de encuentros u otras entrevistas del litigante con sus testigos, las cuales se podrían producir en una etapa distinta, la cual sería la etapa del juicio propiamente dicho. Es decir, una vez finalizada la audiencia de la etapa intermedia y abierta la puerta del juicio, poder entrevistarse con el propio testigo, a los fines de poder practicar su testimonio y familiarizar, de alguna manera, a nuestro testigo con lo que va a suceder en dicho ritual. A estas entrevistas podríamos llamarlas *entrevistas previas propias del juicio*.

A diferencia de las primeras, donde el énfasis se encuentra puesto en determinar de manera precisa las circunstancias fácticas del caso y el contenido fáctico de cada declaración, en este segundo tipo de entrevistas, el foco puede estar puesto en dos cuestiones distintas: En un primer sentido, puede encontrarse puesto en aquellas cuestiones relativas a las cuestiones formales del juicio como un espacio de ritualización del conflicto, esto es, de qué manera se llevará a cabo el mismo, el rol que cumplen tanto el juez como las partes, la toma de juramento que le hará el juez a nuestro testigo, las preguntas denominadas generales de la ley, el orden en que las partes los interrogarán, el derecho que tienen de que se les repitan las preguntas que no hayan comprendido, el papel que juegan las objeciones y cómo pueden influir en dicho procedimiento, esto se suele denominar como la *familiarización*³ del testigo, y, en un segundo

² Al respecto, el Código Procesal Penal de la provincia del Chubut establece en su artículo 293: "OFRECIMIENTO DE PRUEBA. Al ofrecerse la prueba, todos los intervinientes presentarán la lista de testigos, peritos e intérpretes que deben ser convocados al debate, con indicación del nombre, profesión y domicilio, y acompañarán también los documentos o se indicará dónde se encuentran. Los medios de prueba serán ofrecidos con indicación de los hechos o circunstancias que se pretenden probar o, de lo contrario, no serán admitidos."

³ Cfr. Smith Kevin W. *"Prepping, Not Coaching: The Ethics of Witness Preparation in Civil Litigation."* p. 3.

sentido, orientado a la preparación del testigo sobre las eventuales preguntas que se le realizarán o sobre el orden y la temática sobre las que versarán las mismas, esto se conoce como *entrenamiento* del testigo (en inglés “*coaching witness*”).

Ahora bien, pareciera que estas entrevistas, encuentros con los testigos o cualquier otra actividad tendiente a conocer, *familiarizar* y/o *entrenar* al testigo, ya sea entrega de formularios informativos o formulario de preguntas, simulacros de interrogatorios, entre otros, siempre y cuando éstas no sean contrarias a la normativa convencional, constitucional y/o legal no serán *per se* contrarias a la ética judicial en la manera que el testigo no afirme hechos que no le constan, o que tergiversar u oculte aquellos hechos que sí o que diga cosas que le haya inducido el abogado a decir. En adelante analizaremos cómo funciona esta práctica en algunos países provenientes de la tradición del *common law* -particularmente me centraré en las jurisdicciones de Estados Unidos, el Reino Unido y Canadá- y luego pasaré a analizar cómo se encuentra el estado de la cuestión en el ámbito regional latinoamericano y nacional.

COMMON LAW: LOS CASOS DE ESTADOS UNIDOS, REINO UNIDO Y CANADÁ

En los países del *common law*, se rigen por los mismos principios subyacentes que regulan la práctica profesional: franqueza, honestidad, integridad, defensa diligente, etc⁴. Sin embargo, en el contexto de la *preparación* de los testigos, podemos encontrar diferentes matices. Si bien hay consenso en que no resulta apropiado que los abogados mientan, induzcan hechos o permitan que sus testigos presten testimonios falsos, existen diferentes enfoques y limitaciones en estas jurisdicciones.

Estados Unidos

En Estados Unidos es una práctica común, no solo *familiarizar* a un testigo, sino también *entrenarlo*, para que esté preparado para deponer frente al jurado. Es considerado un deber fundamental de toda representación jurídica y, especialmente, de una defensa eficaz.⁵

Según el autor John Applegate⁶, al desarrollar sus *normas estándar* de conocimiento profesional sobre *preparación* de testigos, indica que, en primer lugar, siempre un abogado puede discutir el caso con los testigos antes de que brinden su testimonio, puesto que tiene el

⁴ Cfr. Smith Kevin W. *op. cit.* p. 2.

⁵ Id. p. 5.

⁶ John S. Applegate, “*Witness Preparation*” (December, 1989) *Texas Law Review*, 68(2), 278-279.

deber de investigar los hechos del caso y para eso debe profundizar su vinculación con los mismos. El sistema acusatorio, además, permite a los abogados preparar a los testigos para que puedan brindar su testimonio de la mejor forma posible, de manera eficiente, persuasiva, cómoda y de conformidad con la reglas de evidencia.

En segundo lugar, el abogado no debe tergiversar la historia del testigo ni poner palabras suyas en boca de éste, lo que en términos coloquiales se conoce como *peinar* al testigo.

En tercer término, señala Applegate, que un abogado puede ser sancionado por el consejo de abogados (ABA: American Bar Association) por asesorar o ayudar a un testigo a declarar falsamente o por ofrecer un testimonio que sabe que es falso.

Todo este “*conocimiento estándar*” está desarrollado sobre la base de las normas de conducta que rigen la profesión, emanadas de la ABA⁷, en caso de incumplir alguna de estas reglas, la ABA puede imponer sanciones a los profesionales en cuestión.

Por otro lado, en Estados Unidos es claro el deber que todo abogado tiene de investigar los hechos de su caso, en este sentido, no entrevistar a los testigos disponibles antes de que estos declaren es considerado una mala práctica y una carencia estratégica. David Berg, por ejemplo, va más allá, al sostener que no sería ético no preparar a un testigo, considerando que siempre deben ensayarse con el testigo propio, tanto el examen directo como un hipotético contraexamen de la otra parte⁸, no hacerlo incluso podría interpretarse como una negligencia profesional.

De esta manera, se puede ver que, tanto la *familiarización*, como el *entrenamiento* de testigos es una práctica común y deseable en Estados Unidos, por lo tanto, no llevarla a cabo es visto como un error en el ejercicio profesional. Ahora bien, lo que no queda del todo claro, más allá del *falso testimonio* o *peinar* al testigo, es cuáles serían los límites de esta *preparación*, más precisamente lo que Smith llama el “*ámbito aceptable*”⁹, es decir, qué es y qué no es aceptable en esta práctica. Porque aparece un área gris donde el abogado, si bien no falsea el testimonio del testigo, sí ayuda a esculpirlo, a darle forma, a través de la práctica y los ensayos sobre cómo debe responder. Por lo tanto si es un testimonio verdadero y consistente con lo que el testigo definitivamente vió o sabe sobre el hecho, pero no sería un testimonio enteramente propio del testigo, sino esculpido también por el abogado.

⁷ Reglas de Conducta de la ABA disponibles en : https://www.americanbar.org/groups/professional_responsibility/publications/model_rules_of_professional_conduct/model_rules_of_professional_conduct_table_of_contents/

⁸ David Berg, “*Preparing Witnesses*” (1987) *Litigation Journal*. Disponible en : <https://www.bafirm.com/publication/preparing-witnesses/>

⁹ Cfr. Smith Kevin W. *op. cit.* p. 7.

Debido a que la línea que existe entre el *entrenamiento* perfectamente *aceptable* del testigo, por un lado, y la *influencia inadmisibile* del abogado hacia el testigo, por el otro, puede a veces ser fina y difícil de discernir es que ha habido algunas precisiones jurisprudenciales al respecto: Por ejemplo, la Corte de Rhode Island dijo al respecto:

“En las entrevistas e interrogatorios de los testigos, extrajudicialmente y antes del juicio del caso, el examinador, sea quien sea, profano o abogado, debe extremar el máximo cuidado y cautela para extraer y no inyectar información, y por todos los medios resistir la tentación de influir o sesgar el testimonio de los testigos.”¹⁰

En el caso de Carolina del Norte “State v. McCormick” (1979) se dijo:

“Aunque un testigo haya sido preparado de esta manera, su testimonio en el juicio sigue siendo su testimonio voluntario. No ha ocurrido nada impropio mientras el abogado esté preparando al testigo para dar su testimonio en el juicio y no el testimonio que el abogado ha puesto en boca del testigo y no un testimonio falso o perjurio.

Cuando el testimonio de un testigo parece haber sido memorizado o ensayado o parece que el testigo ha testificado utilizando las palabras del abogado en lugar de las suyas propias o ha sido instruido inadecuadamente, entonces estos son asuntos que deben explorarse en el contrainterrogatorio, y el peso a recibir el testimonio del testigo es para el jurado.

Las sanciones del Código de Responsabilidad Profesional están ahí para el abogado que va más allá de preparar a un testigo para que testifique sobre aquello de lo que el testigo tiene conocimiento y, en cambio, obtiene testimonios falsos o perjurios.”¹¹

De aquí surge la herramienta del contraexamen para poder detectar la influencia del abogado en la construcción del testimonio del testigo y, en el caso de encontrar que el testimonio falso o perjurio, se debe sancionar al profesional. En el caso de que sea muy evidentemente el trabajo con el abogado, pero sin llegar a falsear o al perjurio, si podrá quedar afectada la credibilidad del mismo luego de un buen contraexamen pero no ameritaría una sanción disciplinaria.

Esto ha llevado a que haya pocos límites a la *preparación* de testigos en Estados Unidos, más allá de la prohibición de falsear el testimonio. Debido a ésto, abundan estas prácticas de simulación de exámenes directos, hipotéticos contraexamen, formulario de preguntas, etc. Aunque siempre sigue vigente la cuestión sobre si la *preparación* de los testigos puede

¹⁰ State v. Papa, 32 R.I. 453, 80 A. 12, 15 (1911).

¹¹ State v. McCormick 259 S.E. 2d 880 (1979).

desviarse hacia el ámbito de lo *poco ético*. Es por esto que, para apaciguar un poco la cuestión, la ABA publicó, en Agosto de 2023, una orientación sobre la ética de la preparación de testigos, en su “Formal Opinion 508: The Ethics of Witness Preparation”¹², donde proporciona una lista útil de conductas preparatorias de testigos que son *éticas* y que no entrarían en conflicto con las reglas generales:

- “ - recordar al testigo que estará bajo juramento.
- enfatizar la importancia de decir la verdad.
- Explique que decir la verdad puede incluir una respuesta veraz de “No recuerdo”.
- Explicar la estrategia y el procedimiento del caso, incluida la naturaleza del proceso testimonial o el propósito de la declaración.
- Sugerir vestimenta adecuada y comportamiento y decoro apropiados.
- Proporcionar contexto para el testimonio del testigo.
- Investigar el probable testimonio y recuerdo del testigo.
- identificar otros testimonios que se espera que se presenten y explorar la versión de los hechos del testigo a la luz de ese testimonio.
- Revisar documentos o pruebas físicas con el testigo, incluido el uso de documentos para actualizar el recuerdo de los hechos por parte del testigo.
- identificar líneas de interrogatorio y posibles contrainterrogatorios.
- sugerir la elección de obras que podrían emplearse para aclarar el significado del testigo.
- decirle al testigo que no responda una pregunta hasta que la haya formulado por completo.
- enfatizar la importancia de mantener la calma y no discutir con el abogado que interroga.
- decirle al testigo que testifique sólo sobre lo que sabe y recuerda y que no adivine ni especule.
- familiarice al testigo con la idea de centrarse en responder la pregunta, es decir, no ofrecer información voluntariamente.”¹³

¹² Disponible en:

https://www.americanbar.org/content/dam/aba/administrative/professional_responsibility/ethics-opinions/aba-formal-opinion-508.pdf

¹³ Disponible en página web ya citada:

https://www.americanbar.org/content/dam/aba/administrative/professional_responsibility/ethics-opinions/aba-formal-opinion-508.pdf

La lista no solo delinea las preparaciones permitidas de testigos, desde un punto de vista ético, sino que además proporciona una buena hoja de ruta sobre cómo preparar de manera eficiente a un testigo para declarar o testificar.

Luego también describe las conductas *no éticas* de preparación:

“Dentro de la amplia clase de conducta de los abogados dirigida al testimonio futuro de un cliente o un testigo, ciertas categorías de actividad de los abogados están firmemente establecidas como una interferencia **poco ética** con la integridad del sistema de justicia y una obstrucción poco ética del acceso de otra parte a las pruebas. **Un abogado viola obligaciones éticas al aconsejar a un testigo que dé falso testimonio, ayudar a un testigo a ofrecer falso testimonio, aconsejar a un cliente o testigo que desobedezca una orden judicial que regula el proceso de descubrimiento o juicio, ofrecer un incentivo ilegal a un testigo o procurar la ausencia del testigo en el procedimiento.**” (negritas agregadas)

Podemos ver que claramente la ABA, a través de estas listas detalladas, ha tratado de brindar una buena orientación tanto para los litigantes, para mantenerse en el marco de legalidad y ayudar al testigo a compartir de manera auténtica y precisa la información, como para los jueces, para poder determinar cuándo ponerle límites a esta actividad de las partes y poder así, admitir o no cierto testimonio.

Reino Unido (Inglaterra y Gales)

Tanto en Inglaterra como en Gales, no son tan comunes las prácticas de *entrenamiento* y *familiarización* de testigos. Esto se debe a que, en estas jurisdicciones, si bien se ha atenuado en el último tiempo¹⁴, hay una distinción entre los abogados: por un lado están los *barristers*

¹⁴ En las últimas décadas, se han producido varios cambios significativos en aras de aumentar la competencia en el sector jurídico, sin que la calidad de los servicios ofrecidos se vea afectada. De este modo, hasta la aprobación de la *Administration of Justice Act 1985*, los *solicitors* tenían el monopolio de la transmisión de propiedad (*conveyancing*), pero con esta ley se introdujo un sistema de *licensed conveyancers* (profesionales autorizados a emitir escrituras de transmisión de la propiedad) que liberalizó parcialmente esta actividad. Ello supuso una importante pérdida de ingresos para los *solicitors*.

Sin embargo, esta liberalización también ha permitido que los *solicitors* amplíen su ámbito de trabajo. Hasta hace relativamente poco, sólo podían encargarse de las tareas de asesoramiento jurídico. Podían ejercer la abogacía ante los tribunales inferiores y los tribunales administrativos, pero, solo los *barristers* podían dirigir la defensa ante los tribunales superiores. La labor de los *solicitors*, cuando el litigio debía presentarse ante un tribunal superior, se limitaba a preparar las fases iniciales del proceso. La *Courts and Legal Services Act 1990* introdujo un nuevo sistema y, en la actualidad el organismo regulador de los *solicitors* —la *Solicitors Regulation Authority*— puede emitir unos certificados de que otorgan *Higher Rights of Audience* (derecho de audiencia en los tribunales superiores) en el orden jurisdiccional civil, en el penal o en ambos, para aquellos *solicitors* que

y, por otro, los *solicitors*. Históricamente, los *solicitors* son los que reciben a los clientes y quienes realizan todo el trabajo preliminar y burocrático sobre el caso (revisión de documentos, realización de entrevistas, redacción de escritos, redacción de declaraciones de testigos, familiarización de testigos, etc). En cambio, los *barrister*, son aquellos abogados especializados que defenderán el caso ante los tribunales. Estos abogados no tienen contacto con los clientes y solo reciben el caso por parte de un *solicitor*, quien solicita su intervención. Se ha argumentado que esta división de tareas ha generado una reticencia en los *barristers* a participar en cualquier preparación con los testigos¹⁵. Es por esto que no es tan común que los abogados tengan contacto con sus testigos antes de la audiencia del juicio.

Por otro lado, ambas labores tienen sus respectivos Códigos de Conducta, que describen los estándares de profesionalismo esperados en la conducta y la práctica cotidiana de estos agentes. En este sentido, ambos Códigos se refieren expresamente a la práctica con los testigos. En primer lugar, el “Solicitors Regulation Authority Code of Conduct” (Código de Conducta de los *solicitors*) establece “*resultados*” (*outcomes*) y “*comportamientos indicativos*” (*indicative behaviours*) para éstos:

“Debes lograr estos *resultados*:

O(5.1): no intentar engañar, ni engañar consciente o imprudentemente al tribunal;

O(5.2): usted no es cómplice de que otra persona engañe o induzca a error al tribunal;”¹⁶

En cuanto a los “*comportamientos indicativos*” establece:

“Actuar de la siguiente manera puede tender a demostrar que no ha logrado estos resultados y, por lo tanto, no ha cumplido con los Principios:

cumplan los requisitos de sus vías de acceso. Los *solicitors* que lo obtienen reciben el nombre de *solicitor-advocates*.

¹⁵ Richard C. Wydick, “*The Ethics of Witness Coaching*” (September, 1995) Cardozo Law Review, p. 3.

¹⁶ En idioma original: “You must achieve these outcomes:

O(5.1): you do not attempt to deceive or knowingly or recklessly mislead the court;

O(5.2): you are not complicit in another person deceiving or misleading the court;” (Solicitors Regulation Authority, Code of Conduct. Disponible en : <https://www.sra.org.uk/solicitors/standards-regulations/code-conduct-solicitors/>

IB(5.9): llamar a un testigo cuya evidencia usted sabe que no es cierta;

IB(5.10): intentar influir en un testigo, al tomarle una declaración, con respecto al contenido de su declaración;

IB(5.11): alterar pruebas o intentar persuadir a un testigo para que cambie sus pruebas.”¹⁷

En segundo lugar, la conducta de los *barrister* se encuentra regulada por la “Bar Standards Board Handbook, Code of Conduct”, que establece:

“RC9: Su deber de actuar con honestidad e integridad según CD3 incluye lo siguiente requisitos:

[...]

3. no se debe alentar a un testigo a que presente pruebas que sean engañosas o falsas;

4. no debe ensayar, practicar ni instruir a un testigo respecto de su testimonio;

5. a menos que tenga el permiso del representante de la parte contraria o del tribunal, no debe comunicarse con ningún testigo (incluido su cliente) sobre el caso mientras el testigo esté dando testimonio.”¹⁸

Podemos ver que, si bien más permisivo para los *solicitors*, ambos Códigos de Conducta son bastante estrictos en comparación con la alternativa estadounidense, pregonando una limitación hacia la práctica de preparación de los testigos en un litigio judicial.

Sin embargo, más allá de las consideraciones normativas y de todo lo expuesto, el caso estrella, en esta temática en el Reino Unido, es el precedente “*R. v. Momodou & Limani*”¹⁹ (2005),

¹⁷ En idioma original: “Acting in the following way(s) may tend to show that you have not achieved these outcomes and therefore not complied with the Principles:

IB(5.9): calling a witness whose evidence you know is untrue;

IB(5.10): attempting to influence a witness, when taking a statement from that witness, with regard to the contents of their statement;

IB(5.11): tampering with evidence or seeking to persuade a witness to change their evidence.”

¹⁸ En idioma original: “rC9: Your duty to act with honesty and integrity under CD3 includes the following requirements:

[...]

.3 you must not encourage a witness to give evidence which is misleading or untruthful;

.4 you must not rehearse, practise with or coach a witness in respect of their evidence;

.5 unless you have the permission of the representative for the opposing side or of the court, you must not communicate with any witness (including your client) about the case while the witness is giving evidence.”

Disponible en: <https://www.barstandardsboard.org.uk/for-barristers/bsb-handbook-and-code-guidance/the-bsb-handbook.html>

¹⁹ *R v Momodou & Limani* (2005) EWCA Crim. 177; (2005) 2 All ER 571; (2005) 2 CR App R 6.

donde la Cámara de Apelaciones de ambos países (*England and Wales Court of Appeals*), en su sala penal (Criminal) aprobó disposiciones previas al juicio para *familiarizar* al testigo con la disposición del tribunal. Sin embargo después aclaró:

“No se permite la capacitación o entrenamiento de testigos en procesos penales (ya sea para la acusación o la defensa). Esta es la consecuencia lógica del conocido principio de que no deben tener lugar discusiones entre testigos y que las declaraciones y pruebas de un testigo no deben ser reveladas a ningún otro testigo. El testigo debe dar su propio testimonio, en la medida de lo posible sin verse influenciado por lo que otros hayan dicho, ya sea en discusiones formales o informales. La regla reduce, o incluso se espera que evite, cualquier posibilidad de que un testigo pueda adaptar su evidencia a la luz de lo que cualquier otra persona haya dicho, e igualmente, evita cualquier percepción infundada de que pudo haberlo hecho.”

Aquí la Cámara de Apelaciones diferencia la práctica de *familiarizar* al testigo, la cual la avala y considera necesaria para que el testigo esté al tanto de lo que va a ocurrir en la audiencia y para que el desenvolvimiento de la misma sea más eficiente, de la práctica de *entrenamiento* (*coaching*) de los testigos, la cual prohíbe rotundamente.

Después de *Momodou*, el Consejo de Abogados (The Bar Council) emitió un comentario²⁰ afirmando que era apropiado, como parte de un proceso de *familiarización* de los testigos, que los abogados asesoraran a los testigos sobre los requisitos básicos para declarar, por ejemplo, la necesidad de escuchar y responder a la pregunta formulada, de hablar clara y pausadamente para asegurar que el Tribunal escuche lo que dice el testigo y evitar comentarios irrelevantes, pero que se prohibió el *coaching* de testigos, y como resultado, "se debe tener mucho cuidado de no hacer ni decir nada que pueda interpretarse como una sugerencia de lo que el testigo debe decir o cómo debe expresarse."²¹

Podemos ver que la regulación en Reino Unido es más restrictiva que en los Estados Unidos, no obstante esto, la misma se ha ido volviendo más permisiva año tras año, lo cual indica que, luego del precedente *Momodou*, dicha práctica llegó para quedarse. Incluso, desde sectores judiciales, específicamente en la rama penal y pese a no estar permitida, se viene reivindicando

²⁰ Puede verse la guía de *preparación* de testigos (aclarando la prohibición del coaching) aquí : <https://www.barcouncilethics.co.uk/wp-content/uploads/2017/10/Witness-preparation-guidance-2019.pdf>

²¹ Disponible en página ya citada: <https://www.barcouncilethics.co.uk/wp-content/uploads/2017/10/Witness-preparation-guidance-2019.pdf>

esta utilización en casos de violencia sexual, a los fines de preparar a las víctimas para que brinden mejores testimonios y evitar revictimizaciones que vulneren sus derechos²²

Canadá

En Canadá, a nivel general, rigen los mismos principios de la litigación que en el resto de los países del *common law*. Sin embargo, cada provincia tiene sus propios códigos profesionales, los cuales regulan las prácticas y la ética de los abogados que ejercen la profesión en las respectivas provincias. A diferencia de los códigos británicos, estos suelen ser más permisivos en cuanto al *entrenamiento y familiarización* de los testigos. A modo de ejemplo se puede citar el Art 5.1-2 del *Law Society of Upper Canada's Rules of Professional Conduct* (Normas de conducta profesional de la Sociedad de Abogados de la provincia de Alto Canadá):

“Al actuar como defensor, un abogado no deberá [...] (b) ayudar o permitir conscientemente al cliente hacer cualquier cosa que el abogado considere deshonesto o deshonesto [...] (e) intentar conscientemente engañar a un tribunal o influir en el curso de la justicia ofreciendo pruebas falsas, tergiversando hechos o leyes, presentando o basándose en una declaración jurada falsa o engañosa, suprimiendo lo que debería revelarse o colaborando de otro modo en cualquier fraude, delito o conducta ilegal [...] (f) tergiversar intencionadamente el contenido de un documento, el testimonio de un testigo, el fondo de un argumento o las disposiciones de un estatuto o autoridad similar.”

Incluso provincias como Alberta, han ido más lejos en los comentarios a su regulación llegando incluso a fomentar la *familiarización y entrenamiento* de testigos previo al juicio. Aunque la alusión aparece solo en los comentarios y no en las reglas específicamente:

“Regla 5.4-1 – Un abogado no debe influir en un testigo o testigo potencial para que presente pruebas falsas, engañosas o evasivas.

Regla 5.4-2 – Un abogado involucrado en un procedimiento no debe obstruir un interrogatorio o contrainterrogatorio de ninguna manera.

Comentario – Principios Generales:

[1] El deber ético de no influir indebidamente en un testigo o en un testigo potencial se aplica en todas las etapas de un procedimiento, incluso durante la preparación de un testigo para prestar testimonio o hacer una declaración, y durante el testimonio bajo juramento o

²² Louise Ellison “*Witness preparation and the prosecution of rape* *Legal Studies*”, Vol. 27 No. 2, June 2007, pp. 171–187

afirmación. También se aplica a la preparación de pruebas escritas juradas y declaraciones de “dirá” para su uso en cualquier procedimiento. El papel de un abogado es ayudar al testigo a presentar pruebas de una manera que garantice una comprensión justa y precisa por parte del tribunal y de las partes contrarias.

[2] Un abogado puede preparar a un testigo para el interrogatorio y la comparecencia ante los tribunales, discutiendo los procedimientos de la sala y del interrogatorio y las cuestiones del caso, revisando los hechos, refrescando la memoria y discutiendo las admisiones, la elección de palabras y la conducta. Sin embargo, es inadecuado ordenar o alentar a un testigo a que tergiversar los hechos o a que proporcione pruebas que sean intencionalmente evasivas o vagas.”²³ (negritas agregadas)

Podemos observar que en el último comentario subrayado, la finalidad está orientada a fomentar no solo la *familiarización* del testigo sino también su *entrenamiento*. Al mismo tiempo, marca el límite ético profesional de esta práctica, el cual es *no ordenar o alentar al testigo a tergiversar los hechos o a brindar testimonios vagos o evasivos*, lo cual implicaría una mala fe por medio del litigante. Este comentario resulta verdaderamente interesante para poder analizar los límites éticos de esta práctica. En la medida en que el abogado no pase esta barrera, la práctica estaría completamente permitida, desde un punto de vista ético y legal. En cambio, al pasar dicha barrera, ya nos encontraríamos en un caso de mala fe por parte del litigante y por lo tanto ilegítima desde un punto de vista ético y legal.

Sin embargo, más adelante, el noveno comentario a dicha regla expresa

“[9] La regla 5.4 también se aplica a los interrogatorios, incluidos todos los interrogatorios bajo juramento o afirmación que no se realicen ante un tribunal. Los abogados deben evitar escrupulosamente cualquier intento de influir en el testimonio de los testigos, particularmente porque el tribunal no puede monitorear directamente el cumplimiento.”²⁴

Al aparecer también esta cuestión contradictoria en los comentarios ha llevado a que diferentes interpretaciones y conclusiones que han generado controversias en lo relativo a la temática²⁵,

²³ Citado por Smith Kevin W. *op. cit.* p. 20.

²⁴ Página oficial Law Society of Alberta: <https://www.lawsociety.ab.ca/resource-centre/key-resources/professional-conduct/code-of-conduct-guidance/>

²⁵ Para aumentar la controversia, muchas jurisdicciones canadienses tienen disposiciones idénticas a la Regla 5.4 de Alberta (Manitoba, Saskatchewan y New Brunswick, y Nueva Escocia utilizan la Regla 5.4- 2) sin embargo, no está claro si se aplica el mismo comentario.

puesto que es difícil establecer cuando el abogado influye escrupulosamente en los testigos y cuando no. Esto, sumado a que la jurisprudencia ha sido poco clara o todavía no ha atendido de manera profunda la cuestión, ha llevado a que, en la práctica, dependerá de la interpretación de los diferentes profesionales y jueces que participan del desarrollo y resolución de los diferentes casos, si se permite o no la inclusión de estas técnicas de litigación.

En síntesis, la cuestión del *entrenamiento y familiarización* de testigos es bastante incierta en Canadá. No hay normas específicas que se refieran expresamente a la cuestión, ya sea habilitándolas deliberadamente o prohibiéndolas determinadamente, ni tampoco hay precedentes jurisprudenciales relevantes en la materia. Esto lleva a que haya posturas a favor, más similares a las reglas del sistema estadounidense, y otras más restrictivas, cercanas a la práctica británica.

CONTEXTO REGIONAL

Producto de nuestra tradición continental europea, la cual conlleva la adopción del *civil law* como sistema jurídico y del predominio de los sistemas procesales *mixtos*, o *inquisitivos reformados*, hasta finales del siglo XX e inicios del actual, nuestra región latinoamericana no tiene una cultura aceptada de *entrenamiento o familiarización* de testigos.²⁶

Además, si bien asistimos, en los últimos años, a la sanción de Códigos de Ética Judicial o reglamentaciones particulares análogas con contenidos y diseños institucionales diversos²⁷, los mismos no han desarrollado la temática planteada, siendo la referencia a la práctica forense con los testigos muy escasa o casi nula.

Sin embargo, con las sucesivas reformas y el avance en la implementación y la plena utilización de los códigos adversariales en materia no penal y acusatorios-adversariales en materia penal, se ha ido consolidando una práctica más cercana a la tradición del *common law*, y se están empezando a delinear los primeros debates en torno a la cuestión.

²⁶ Esto queda demostrado con la ausencia de regulación en nuestros ordenamientos jurídicos sobre la misma.

²⁷ La Cumbre Judicial Iberoamericana adoptó en Santo Domingo, República Dominicana, en 2006 el Código Iberoamericano de Ética Judicial, el cual fue elaborado por dos insignes juristas: el juez argentino Rodolfo L. Vigo y el profesor español Manuel Atienza. Él mismo ha sido adoptado por 23 países.

En nuestro país, distintas provincias tienen un Código de Ética propio para el Poder Judicial, como el caso de Córdoba, Santa Fe, Corrientes, Formosa y Santiago del Estero. Río Negro y Neuquén suscribieron los principios ético-jurídicos de Bangalore, y La Pampa, San Juan, Salta y Tierra del Fuego adoptaron el Código Iberoamericano de Ética Judicial. Sin embargo, es ínfimo el tratamiento dedicado a la práctica con los testigos en los mencionados instrumentos normativos.

El precedente más relevante a nivel regional aparece en el año 2023, en el caso “STC9222-2023”, allí la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Colombia se pronunció sobre la legalidad de la práctica de *preparación* de testigos por parte de los abogados, considerándola una práctica no solo necesaria, sino también deseable. En dicho fallo el máximo tribunal colombiano dejó sin efecto una sanción impuesta a un abogado que se había reunido con uno de sus testigos para darle por escrito las preguntas que le iba a realizar en el juicio y ensayar el interrogatorio directo en un proceso no penal. Al respecto, el tribunal aclaró:

“resulta plausible que los abogados puedan -y eventualmente deban- realizar entrevistas *pre procesales* con los posibles testigos de la causa, con el propósito de determinar el grado de conocimiento, veracidad, coherencia, espontaneidad, la forma en la que obtuvieron su saber -directa o indirectamente por ejemplo- y la posible incidencia de sus relatos en esclarecimiento de los hechos objetos de litigio.”²⁸

Posteriormente, siguiendo con su análisis, la Corte diferencia las dos etapas procesales en que los abogados pueden realizar esta actividad, estableciendo:

“Ahora, vista la viabilidad de que el apoderado se reúna con el potencial testigo con fines de preparación para la audiencia, es bueno precisar que dicho laborío podrá surtir en, al menos, **dos etapas**. La primera que tiene lugar antes del inicio del litigio donde el mandatario deberá determinar si ese testimonio comporta un medio de prueba idóneo para acreditar los hechos materia de investigación (conducente) y su relación directa con el tema de prueba (pertinente).

[...]

La **segunda etapa** –superada positivamente la primera- tiene lugar en el curso del proceso una vez se ha decretado la probanza y antes de la práctica del testimonio. A diferencia de la anterior fase, no serán absolutos protagonistas los aspectos factuales de la declaración, sino también los ritos procedimentales que rodearán el relato, estos son, los parámetros que rigen la audiencia de práctica de pruebas. Allí será viable advertir al deponente sobre el escenario en el que rendirá su dicho -presencial o virtual-, la toma de juramento por parte del juez, las preguntas relativas a sus generales de ley, el orden en que le interrogarán los distintos sujetos procesales, los cuestionamientos que eventualmente no estará obligado a responder, el derecho que tiene

²⁸ “STC9222-2023” Considerando 2.2.

de que se le repitan o expliquen las preguntas que no sean comprensibles y puedan influir en el sentido de sus respuestas, entre otras directrices propias de la realización de la vista pública.” (negritas originales)

Se puede apreciar como el máximo tribunal contempla las *entrevistas de la etapa preparatoria* (llamadas *pre procesales* en el fallo) y las entrevistas *previas al juicio* en un proceso. Centrándonos en las segundas, objeto del presente trabajo, se puede percibir la permisividad del tribunal hacia las mismas en un sentido de *familiarización* del testigo. Sin embargo, al tratar los ejemplos de las entrevistas *pre procesales*, la corte introduce la posibilidad de *entrenamiento* de un testigo e, incluso, se encarga de delinear los límites de la misma:

“En otras palabras, la entrevista pre procesal del apoderado judicial con los eventuales testigos –o cualquier actividad tendiente a conocer y preparar al deponente como entrega de formularios de preguntas, simulacros de interrogatorio, entre otros que no devengan contrarios a la constitución y la ley resulta no sólo posible sino necesaria para satisfacer los propósitos del actual régimen probatorio, siempre que ello no implique que el testigo **afirme** hechos que no le constan o que **tergiverse** u **oculte** los que sí.”²⁹ (negritas originales).

Se debe entender aquí que la corte se refiere también a las entrevistas *previas al juicio*, debido a que, en las *entrevistas de la etapa preparatoria* no podría prepararse al deponente con formularios o simulacros de interrogatorio, puesto que todavía no se encuentra formalmente ofrecido como evidencia de parte, lo cual quedará establecido con el *auto de apertura o elevación a juicio*, posterior a la *audiencia de etapa intermedia o audiencia preliminar* del proceso³⁰.

Por otro lado, resulta relevante el límite establecido por el órgano decisor, el cual consiste en que dicha *preparación* del testigo no implique la afirmación de hechos que no le constan ni la tergiversación u ocultamiento de aquellos que sí. Creemos que el límite, desde una perspectiva de la ética de la litigación y, teniendo en cuenta el tratamiento en otras jurisdicciones, es completamente válido.

²⁹ Considerando 2.2.

³⁰ Sin perjuicio de las particularidades de los diferentes códigos procesales (en este caso el *Código General del Proceso* de Colombia), en torno a la tradición adversarial, la mayoría de estos códigos adversariales -en materia no penal- y acusatorios-adversariales -en materia penal- sigue una línea general de procedimiento tal como la expresamos, la evidencia ofrecida por una parte queda *formalmente* ofrecida, es decir, disponible para ser utilizada en el juicio, luego de superar el tamiz de la audiencia de *etapa intermedia o audiencia preliminar*.

Luego la Corte analiza las *herramientas procesales para contrarrestar el eventual testimonio amañado*:

“Fíjese, entonces, cómo la persona contra quien se presenta un testigo manipulado o llevado con fines de engaño tiene la posibilidad de interrogar y contrainterrogar, con el fin de atacar la credibilidad del deponente mediante la formulación de preguntas que develen el interés deshonesto, o la realidad de los hechos que interesan al litigio.

Memórese que un adecuado contrainterrogatorio al declarante puede servir de escudo contra un eventual relato engañoso, no sólo por las posibles contradicciones en las que o pueda hacer incurrir -dado el libreto que este lleva ajeno a la verdad- sino por los efectos que puede tener en la percepción del juzgador en lo restante del proceso en caso de verificarse su manipulación.”³¹

Incluso menciona también que, además del *contrainterrogatorio*, también la otra parte cuenta con las *contrapruebas*, que pueden también atacar la fiabilidad de un relato adulterado.

Luego finaliza el tribunal aclarando que es la figura del juez quien siempre deberá calificar la conducta procesal de las partes y deducir indicios de ella, pudiendo incluso invalidar testimonios o llamar la atención sobre el desempeño desleal.

CONTEXTO NACIONAL Y PROVINCIAL

En Argentina, en sintonía con el resto de los países de la región, no contamos con reglas generales de conducta profesional relativa al tema, así como tampoco hay reglas claras y específicas sobre la ética en materia de litigación en los distintos sistemas procesales provinciales.³²

Debido a ésto, gran parte de la regulación sobre las conductas profesionales durante el litigio y el procedimiento, surgen de lo reglado en los códigos procesales, los cuales no tratan la cuestión relativa a la *preparación* de testigos. El nuevo Código Procesal Penal de la Nación (Ley 27.063), el cual instaura el paso -al menos en términos formales/legales- del sistema *mixto* al

³¹ Considerando 2.3.

³² Más allá de la implementación, ya sea del Código de Ética Judicial Iberoamericano o Códigos propios de Ética, en las provincias mencionadas, los cuales, se dedican de manera muy escasa a la temática relativa a los testigos.

sistema *acusatorio-adversarial* en la materia, pese a dedicarle un capítulo entero a los testigos: “CAPÍTULO IV” (Arts. 239 a 252), no menciona en ninguno de sus artículos dicha cuestión. Del mismo modo, el Código Procesal Penal de la provincia del Chubut, también acusatorio y vigente desde el año 2006, si bien no dedica un capítulo específico al tema, en varios artículos se refiere a los testigos y a ciertos procedimientos relativos a los mismos, sin embargo, es nula la referencia a la *preparación* los mismos.

Tampoco contamos en nuestro país con jurisprudencia relativa al tema, ni del máximo tribunal ni de tribunales inferiores³³. Es por esto que cobra total relevancia el análisis de la cuestión, puesto que posiblemente sea objeto de futuros debates y controversias en eventuales litigios a medida que la tradición adversarial y acusatoria avancen tanto a nivel nacional como provincial.

CONCLUSIONES FINALES

En definitiva, podemos concluir que no sólo resulta viable sino también deseable, la preparación de testigos durante la etapa preparatoria y luego de ella, antes de la audiencia de juicio propiamente dicha. En las jurisdicciones legales donde se permite esta práctica, es evidente que su utilización tiene como finalidad que la prueba se presente de la mejor manera sin que ello implique su contaminación por parte de los abogados litigantes.

Preparar a un testigo -ya sea *familiarizarlo* o *entrenarlo* para un mejor desempeño en la sala de audiencias- es una actividad de litigio esencial para ingresar información de mejor calidad a los juicios y, por lo tanto, poder arribar a una mayor pacificación de los conflictos que llegan a la justicia - tanto penal como no penal-. Hacerlo de manera competente y ética requiere mucho trabajo y previsión, para ello es interesante el desarrollo de esta práctica en los países que cuentan con más ruedo en la dinámica adversarial.

También entendemos que, desde el punto de vista ético, dicha labor encuentra su límite y abre paso al reproche disciplinario, cuando el abogado sugiere o provoca que el testigo afirme hechos que no le constan o que tergiversar u oculte ciertos hechos que sí son de su conocimiento.

³³ Sí contamos con numerosos fallos relativos a la cuestión de la prueba testimonial en diferentes aristas, v. gr. cuestiones relativas a las reglas de la prueba testimonial en un sistema acusatorio, como la imposibilidad de ingreso de testimonios por lectura, imposibilidad de preguntar del juez/a, etc. Para un análisis más detallado se recomienda ver https://www.mpf.gob.ar/area-mpf-ante-cnccc/files/2019/12/Incorporaci%C3%B3n_por_lectura_de_declaraciones_recibidas_en_la_instrucci%C3%B3n_10dic2019.pdf

También puede ocurrir que aparezcan ciertos casos *grises* donde, sin llegar a ser pasible de sanción disciplinaria, el accionar del abogado haya esculpido el testimonio del deponente de manera evidente, perdiéndose la autenticidad del mismo, en este sentido, siempre se ha encontrado a salvo el derecho de contradicción y control de la información de las partes, quienes tienen a su alcance distintas herramientas procesales para desacreditar y dejar en evidencia la eventual declaración. Ello también sumado a los distintos poderes oficiosos de ordenación, dirección y, eventualmente, juzgamiento que el legislador le ha dado a los jueces y juezas para prevenir, advertir y sancionar esas eventualidades.

Sin dudas, nos queda un largo camino por recorrer -y de aprendizaje- en la implementación de los procesos adversariales, la experiencia nos llevará a ir creando nuestras propias prácticas sobre el tema. Es por eso que el presente trabajo pretende ser un aporte tanto para el desarrollo de esta necesaria actividad de litigio como para la detección de sus limitaciones y eventuales excesos.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

APPLEGATE, John S. (1989) “*Witness Preparation*” . Texas Law Review, 68(2), 278-279.

BINDER, Alberto M. (2024) “Derecho Procesal Penal: Tomo VII”, Ad Hoc, Argentina.

BERG, David (1987) “*Preparing Witnesses*” Litigation Journal. Disponible en :
<https://www.bafirm.com/publication/preparing-witnesses/>

ELLISON, Louise (2007) “*Witness preparation and the prosecution of rape*” Legal Studies, Vol. 27 No. 2 pp. 171–187.

HUMISTON, Susan M. (2023) “Drawing the line on ethical witness preparation”. Bench. Bar of Minnesota.

RUA, Gonzalo (2022) “*Planificación de un caso penal*”. Didot. Argentina.

SMITH, Kevin W. “*Prepping, Not Coaching: The Ethics of Witness Preparation in Civil Litigation.*”

WYDICK, Richard C. (1995) "*The Ethics of Witness Coaching*" Cardozo Law Review