



CAPACITARTE



CURSO DE ORALIDAD EN EL DERECHO LABORAL

Módulo 5

La Prueba confesional

Se ha dicho que la desigualdad entre los contratantes laboral-dependientes persiste aún en el marco de su actuación dentro del proceso judicial, y tiene –en general- su típica manifestación al momento de llevarse adelante la absolución de posiciones –en la cual la parte no puede contar con asesoramiento profesional-, ya que en la mayoría de los casos el trabajador tiene un nivel socio-cultural inferior al de su contraparte y participa por primera vez en su vida en la producción de ese medio probatorio, mientras que el accionado suele tener alguna experiencia previa.

En ese contexto se celebra la audiencia de absolución de posiciones, en la cual harto improbable resulta que se termine produciendo prueba confesional alguna.

A esas audiencias concurren absolventes que, en forma invariable, resultan aparentemente programados para contestar a todas las posiciones que se les afirman *"que no es cierto"*.

La audiencia que se señala para que las partes absuelvan las posiciones puestas por la contraria sólo revela alguna utilidad procesal cuando alguna de ellas no asiste, olvida los documentos con los cuales acreditar la identidad o representación invocada –o los mismos terminan resultando insuficientes o inidóneos-, se queda encerrado en el ascensor o, atascado en un embotellamiento de tránsito.

Y ni que hablar de los casos en los cuales el trabajador no puede trasladarse hasta el Juzgado por falta de medios materiales para costear el viaje que no son pocos ni infrecuentes.

En todos esos supuestos se torna operativa la presunción regulada en el artículo 86 de la ley 18.345 y cuando ese error o desgracia no ocurren (que es lo habitual), el único

resultado que se obtiene el la pérdida de un turno de audiencia y la innecesaria y evitable dilación del proceso.

Dice el Artículo 86 de la ley 18345: *“Citación para absolver posiciones. El que deba absolver posiciones será citado, por lo menos con TRES (3) días de anticipación, bajo apercibimiento de que, si dejare de comparecer sin justa causa, será tenido por confeso sobre los hechos expuestos en la demanda o contestación. salvo prueba en contrario. Los representantes designados en juicios universales sólo estarán obligados a absolver posiciones sobre hechos en que hayan intervenido personalmente. No se podrá citar por edictos para absolver posiciones”.*

Considero conveniente volver a remarcar que en la actualidad, en algunos Juzgados Nacionales de Primera Instancia del Trabajo se fija –al abrir la causa a prueba- una audiencia a fin de que las partes absuelvan posiciones (en la mayoría de los casos también, en forma previa, para intentar avenir a las partes a una solución conciliatoria- audiencia art. 25), mientras que en otros, simplemente se tiene presente el ofrecimiento de esa prueba para el momento en que esté producida el resto de la prueba cuya producción efectivamente se ordena.

En este último supuesto, solamente se fija la audiencia en caso de que la parte –en esa oportunidad- insista en su celebración.

Las generales de la ley y los testigos: La amistad

Si concluida la declaración o tiempo después se le pregunta al testigo qué quiso decir cuando afirmó “que no le comprenden las generales de la ley”, es muy posible que no sepa contestar.

Lo que sucede es que el sumariante interroga sobre el conocimiento de las partes y si es amigo, enemigo, pariente, etc., con una enumeración que difiere (más extensa o limitada) de acuerdo a su esquema o información personal.

Enseguida, ante una respuesta negativa, por lo común escribe “no le comprenden las generales de la ley”. Y algunos no varían la fórmula cuando el testigo reconoce amistad, sin dejar constancia siquiera de este lazo, con todas las complicaciones que ello puede generar después, cuando sea analizada la eficacia del testimonio por quien pretenda neutralizarlo por ser contrario a los intereses que defiende.

La respuesta que debe constar en el acta no tiene que ser fruto de la libre apreciación del funcionario judicial. Cuando el testigo admite la existencia de algún vínculo con una parte, debe decir libremente si está en condiciones de declarar con imparcialidad.

Pero aunque reconozca amistad íntima o enemistad manifiesta, igual puede responder que ello no lo afectará para decir la verdad. Lo que nunca puede agregar el audiencista en esas condiciones es “no le comprenden las generales de la ley”, porque éstas sí lo afectan.

La amistad es un concepto que suscita disquisiciones filosóficas y complicaciones múltiples, porque algunos dicen rápidamente que las personas con las que se relacionan son amigos y otros, en cambio, que tienen uno o dos amigos y que los demás son sólo conocidos.

Y cuando la respuesta hay que darla al declarar como testigo, muchos, interesados en ser útiles con la verdad que traen, piensan, equivocadamente, que es mejor negar la amistad y dicen cosas así: “lo conozco desde hace muchos años, pero amigos no somos”, “nos vemos con frecuencia, conozco a su familia, pero no salimos juntos a comer ni nada por el estilo”, etc.

En realidad, gran parte de la confusión radica en no diferenciar la simple amistad de la amistad íntima. La primera, abarca una ancha franja de relaciones humanas, cuya estimación variará de acuerdo a los parámetros del que juzgue. Pero, lo que realmente importa es reconocer la amistad cuando es íntima y, en todos los casos, no desconocerla arbitrariamente, sea ésta de mayor o menor entidad.

Transcripción de las declaraciones

Cuando el audiencista está ubicado en determinada posición, es posible ir leyendo paulatinamente lo que él va escribiendo. Eso permite alertar a tiempo si se desliza un error, porque muchas veces después es tarde para replantear que el declarante dijo o no dijo aquello que se procura enmendar. Claro está que hay que seleccionar las intervenciones para pedir una rectificación, evaluando primero la real importancia de la infidelidad advertida.

Así como hay funcionarios bien dispuestos para aceptar el control ocular, otros en cambio prefieren evitarlo y se instalan de modo que resulte prácticamente imposible seguir con la vista lo que están escribiendo.

No es difícil brindar esa oportunidad, porque el que escribe está en condiciones de trabajar con la misma comodidad aunque gire la pantalla hacia la izquierda o la derecha, según el lado en que se encuentren los demás comparecientes. Incluso es recomendable que se ubique al declarante suficientemente cerca, evitando que quede frente a la pantalla de la computadora. Algunos, aunque puedan verla, tendrán problemas -por falta de rapidez o de vista- para ir chequeando, pero he podido comprobar que otros lo hacen con mucha eficiencia. E incluso esto sirve para que vayan dictando al mismo ritmo en que se vuelcan sus dichos, dominando el ritmo y el caudal de la exposición; cuando el que habla no tiene noción de lo que están escribiendo, puede ir demasiado rápido y es ahí cuando quedan palabras o frases enteras por el camino.

Los testigos y la audiencia oral

Son pocas las personas que ajenas al ámbito judicial conocen a lo que se enfrentan cuando entran en una sala. Quien más y quien menos han tenido oportunidad de ver en cine o televisión películas en las que se celebran juicios siendo esa la única experiencia que tienen en esta área. Imaginan salas llenas de gente, un estrado en el que ellos tienen

que subir a declarar. En algunos casos incluso imaginan un jurado popular. Desconocen dónde se tienen que situar, a quién se tienen que dirigir, el orden de una sala y la presencia de las figuras a las que se va a encontrar. No pueden distinguir entre Juez o Secretario ni a quién se tienen que dirigir cuando hablan.

Todas esas dudas ocupan una parte muy importante de sus pensamientos y, el motivo por el cual se encuentran en un juzgado, pasa a un segundo plano. Entran en juego otros factores emocionales como son la vergüenza, el miedo y en algunos casos un sentido del respeto en el que, subjetivamente, la persona visualiza y posiciona al Juez en un plano casi divino.

Cuando entran en una sala se sorprenden, nada es como imaginan, pierden durante unos instantes todo potencial de atención y se encuentran absolutamente desubicados. A duras penas aciertan a escuchar las primeras palabras y el pico de tensión alcanza su máximo nivel, pero no por la situación en sí, sino por el desconocimiento y la desorientación en la que se encuentran. Es en esos momentos cuando más suele ocurrir las llamadas de atención que, lejos de reducir la ansiedad, contribuye a mantenerla e incluso hacerla permanente. Se produce un efecto en el que la propia torpeza consciente retroalimenta la ansiedad de la persona e invalida parcial o totalmente su capacidad de actuación coherente.

En el testimonio que se presta, las primeras respuestas que ofrecen sirven para descargar toda la tensión. En esos momentos podemos observar un fenómeno que ocurre en multitud de ocasiones: la persona que comienza a declarar trata en su primera respuesta de explicar todo lo sucedido de una forma muy atropellada, tiene prisa por reducir la ansiedad y necesita decirlo todo cuanto antes por miedo a que parte de la información pueda ser olvidada. No obstante, la declaración se encuentra condicionada por dos factores asociados a la ansiedad:

- 1) Existe una pérdida de información por olvido.
- 2) La declaración de la información no olvidada pierde la mayor parte de su potencial por la inadecuación de factores paralingüísticos y de comportamiento no verbal.

Si bien la situación que se relata parece extrema, lo cierto es que cada actor esporádico que acude a una sala de audiencias soporta una tensión similar. Entre los distintos tipos de testigos, se pueden distinguir aquellos que tienen una pose más calmada y que transmiten una mayor seguridad y tranquilidad, y aquellos otros en los que su comportamiento objetivo les delata. Pero el componente emocional es el mismo para todos, el concepto de Justicia despierta un sentimiento vivencial universal.

Por tanto tenemos que asumir que parte de la tensión no va a poder ser trabajada desde ningún plano. Pero otra parte muy importante de la vivencia sí que puede ser trabajada e incluso eliminada.

“Entrenamiento” de los testigos

En raras ocasiones un letrado “pierde” su tiempo en explicar a su patrocinado y testigos los pasos que le conducen hasta su declaración y cada detalle del funcionamiento de la vista oral.

Aquello que más preocupa a los letrados es la declaración de sus testigos y por tanto, trabajan para que memoricen y recuerden ese testimonio y las posibles preguntas de la parte contraria. Se sitúa a la persona en un campo que desconoce. Es como una macabra broma que se gasta al propio patrocinado: se le pone una venda en los ojos y tan sólo se la quita cuando llega al estrado, le asalta la sorpresa y además se le exige, por su bien, que lo haga bien. Pensamos que algo falla, ¿no?

La familiaridad, la experiencia y el conocimiento son aspectos que se pueden trabajar y que reducen notablemente la ansiedad. Se trata de fabricar un “experto virtual”. Cuanto mayor grado de conocimiento sobre el funcionamiento y todos los aspectos colaterales y propios de la vista oral se proporcione al testigo, mejores resultados se van a obtener de su papel en el proceso. Instruir a todos los testigos es necesario, dado que el beneficio exponencial que se puede obtener es notablemente mayor.

La “experiencia” y el conocimiento permite a la persona mostrarse natural, coherente, permitiendo que su actuación se base en argumentos expresados de forma libre y, ante todo, espontánea. El compendio de emociones transmitidas comunicará veracidad y toda esa experiencia será consecuente y asociada a esos hechos vividos. Facilitar esa expresión es tan sencillo como liberar a los testigos de cualquier emoción ajena a lo que se va a juzgar. Instruir a estos del contexto, significado, fondo y forma de lo que se van a encontrar el día de la vista oral, facilita esa expresión y permite que la persona se centre en lo que realmente es importante.

Esta práctica no puede quedarse en utopías, porque el miedo es el principio por el que funciona cualquier sistema de Justicia, más aún, el miedo es el origen y cimiento de religiones y sistemas de gobierno, convivencia y relación. El miedo es el arma más poderosa de manipulación de un ser humano, es una de las cuatro emociones básicas con la que nos encontramos genéticamente programados y, la primera y única emoción que siente un testigo cuando entra a una sala. Se puede disfrazar el miedo en forma de tensión, indignación o incluso de rechazo. Cada persona lo vive y oculta de una manera diferente, pero en el fondo, cualquier exposición a una sala de Justicia va a ser vivida desde ese desconcierto.

La ira, el miedo, la alegría y la tristeza componen el paquete básico y elemental de emociones del ser humano. De su mezcla, grado de expresión y procesos de desarrollo cognitivo resultan el resto de emociones con los que se operan: la venganza, el resentimiento, la melancolía, la envidia ó la satisfacción, por nombrar tan sólo algunas, son emociones secundarias a las básicas, evolutivas en el modo historia.

La principal dificultad que encontramos al momento de reconocer y distinguir una determinada probabilidad de verdad en un relato a través del comportamiento no verbal, radica en la facilidad con la que las emociones pueden ser manipuladas, si bien, cada emoción admite un grado distinto de manipulación y éste, a su vez, puede variar en cuanto a la capacidad de ser manejado por el entrevistador o el entrevistado.

El hábil manejo del interrogatorio puede incitar a respuestas coherentes con cualquiera de las emociones básicas y sus derivaciones naturales. El miedo, o cualquier disposición

psíquica parecida, limita nuestra consciencia y deja al descubierto cientos de señales inconscientes que van a ser percibidas en sala. El tartamudeo, la excesiva gestualización y la duda fingida, son señales que dejan entrever cierto halo de incongruencia, y por defecto, restan credibilidad al testimonio de nuestro testigo. Volvemos hacer hincapié en la importancia de la información que debemos de prestar a nuestro testigo, siendo mucho más importante la preparación en todos los aspectos externos, que el propio testimonio, el cual, tan sólo debe pretender que, en su construcción, sea ordenado y certero, siempre de acuerdo al interés de la propia causa. Esta es otra máxima, no existe testigo malo o poco importante, cualquiera puede cobrar un papel protagonista, pero es trabajo del abogado saber cómo y de qué forma utilizar la información que nos pueda aportar.

Si hablamos de preparación de testigos, entender a la persona y la emoción que subyace en ésta cuando es protagonista involuntario de un interrogatorio judicial resulta del todo fundamental para nuestro trabajo. El carácter emocional de la persona nos hace vulnerables, igual que en otros contextos, la motivación, o mejor dicho, una predisposición emocional positiva, puede facilitarnos el cumplimiento de importantes objetivos o metas, la predisposición negativa, como es el miedo, nos predispone a una situación emocional de fragilidad y falta de control. Es ahí donde empieza nuestro trabajo, en la recuperación de un control que, en su ausencia, hace inútil cualquier tipo de preparación que anterior a ese acto del interrogatorio pudiéramos haber sometido a nuestro patrocinado.

El miedo es la emoción que mayor grado de manipulación permite, y esto es conocido por aquellos juristas más expertos, los cuales, ante cualquier síntoma de debilidad, son capaces de “destrozar” a un testigo, llegando al extremo de utilizar la información de éste testigo a favor de su causa. La forma en cómo reaccione nuestro testigo en sala, y el entrenamiento para evitar este tipo de condicionamientos es, exclusivamente, responsabilidad del profesional encargado de salvaguardar el interés de su defendido. A continuación vamos a referir las claves sobre la que debe de girar ese entrenamiento.

Experiencia: La mayoría de nuestros testigos desconocen el funcionamiento real de una vista. Es muy posible que jamás hubieran tenido que pisar un juzgado o Palacio de Justicia, por tanto, desde la misma entrada van a empezar a recibir cientos de señales que influirán negativamente en su estado emocional y en la capacidad de respuesta que puedan tener dentro de la sala. Por ello, es muy importante que empecemos a familiarizar a nuestros testigos con el entorno judicial.

Un modo de trabajar este punto es el de hacerles una “radiografía” lo más precisa que se pueda sobre qué se van a encontrar y cómo son las dependencias judiciales.

Estas indicaciones tan sencillas evitan una importante sobrecarga de tensión. De la misma forma, hay que advertirles acerca de la posibilidad de que en los pasillos se encuentren con los protagonistas de “la otra parte”, situación que, por otro lado, resulta enormemente incómoda, y que en aquellos casos que sea posible, el abogado tendrá que tener la habilidad de evitar, habiendo previsto un lugar de encuentro distinto de la misma sala o haciendo de pantalla entre unos y otros.

Dado que esta situación es muy posible que se dé en la mayoría de las ocasiones, es conveniente que antes de la llegada de sus clientes, el abogado se encuentre en la sala de espera o pasillo del juzgado, de esta forma, se mitigará la tensión del encuentro. Igualmente es importante advertir acerca de las largas esperas y el protocolo que normalmente se da en el orden de los testigos.

Dentro de la sala: Si es importante el momento de llegar al juzgado, la entrada a la sala y todo lo que acontece una vez que se cruza la tan temida puerta lo es aún más. Muchas veces olvidamos que para el testigo ese es el momento de mayor tensión. Cuando entran a sala no saben donde se tienen que situar, a quién se tienen que dirigir o el papel de cada una de las figuras que allí dentro se encuentran. Hay situaciones en las que equivocan al Magistrado con el secretario judicial o el letrado de la contraparte. Nuestro testigo tiene que entrar a la sala siendo capaz de anticipar cualquier posibilidad. Toda la información previa con la que cuente sumará en el haber de un estado de tranquilidad y serenidad previo al momento de la declaración, y que a la postre, resulta el más importante.

El contenido de la declaración: No son pocas las ocasiones en las que el letrado en su empeño de una actuación perfecta casi obliga a sus testigos a memorizar un guión. Esto, en la mayoría de las ocasiones, es fruto de la propia inseguridad del abogado, el cual, ante las muestras de duda de sus testigos, les limita en su capacidad de actuación por el miedo a que los propios argumentos puedan ser cuestionados.

El testigo más eficaz es aquel que sabe lo que tiene que responder de acuerdo a que entiende cual es su papel y el motivo de su presencia en una sala de Justicia. Trabajar con un guión cerrado es, seguramente, uno de los mayores errores que se pueden cometer, Resta credibilidad a nuestro testigo y, además, es seguro que va a cometer decenas de errores en su declaración, aparte de un aumento de tensión y miedo debido a esos errores y a la falta de capacidad de improvisación ante las preguntas de la parte contraria o del propio Juez y Fiscal.

Cada uno de nuestros testigos tiene que conocer su propia “película”, y ante los jueces dejarles que la narren de la forma más natural posible. Es decir, en la preparación de las declaraciones, a cada testigo se le informará de su cometido, sin guiones cerrados y con las mínimas limitaciones posibles, tan sólo podemos hacer hincapié en determinadas palabras “tabú” o prohibidas, y a partir de ahí darle toda la libertad para que su actuación sea lo más natural posible. De esa forma, no solo nos aseguraremos de que va a tener una suficiente capacidad de improvisación ante las preguntas “no controladas”, sino que además, evitaremos la posibilidad de generar mayor tensión ante los seguros errores que cometerá y, en su declaración, el nivel de credibilidad que alcanzará será muy alto.

La intermediación y signos extralingüísticos en los testigos

La circunstancia de que las declaraciones testimoniales prestadas en la audiencia de vista puedan registrarse y reproducirse técnicamente con precisión, junto con los matices de voz y demás actitudes extralingüísticas realizadas por los testigos, tiene una

gran importancia en cuanto ello permite neutralizar la fugacidad de la inmediación, posibilitando que las bondades de la oralidad estén acompañadas de la seguridad que representan los registros documentales de imágenes y voces de lo sucedido en la audiencia.

Pero esto no significa que aceptemos el criterio que sobredimensiona la importancia que tienen los signos extralingüísticos en la valoración de la prueba testimonial. Quienes piensan de esta forma hablan de la “intuición” o “impresión” que la declaración del testigo le provoca a los jueces por ej.: le creo porque me impresionó veraz o porque declaró con seguridad sin dudar y en forma espontánea; lo cual es relativo, pues por qué no admitir que un testigo “vacilante” asume esta actitud porque es muy escrupuloso y procura decir la verdad o porque es tímido y se inhibe al declarar en una audiencia pública. Por otro lado, es muy común que en la realidad los testigos directos olviden algunas circunstancias de los hechos que percibieron sensorialmente.

Además la práctica judicial demuestra que aunque los testigos obren de buena fe, es probable que den versiones distintas de un mismo hecho, según sus propias circunstancias (salud, cultura, educación, inteligencia, agudeza visual, poder de observación etc.) y el ángulo o perspectiva, desde el cual cada testigo vió el hecho en cuestión²⁰. En cambio, cuando se trata de testigos “falsos”, es habitual que ellos declaren “el libreto aprendido” con gran precisión, elocuencia y concordancia, aunque sus dichos no se ajusten a la realidad de lo sucedido. Dentro de la corriente que le otorga validez a los gestos extra-lingüísticos de los testimonios se encuentra Paul Ekman, un profesor de Psicología de la Universidad de California en San Francisco (EE.UU.), quien descubrió que ciertos gestos a los que denominó “micro expresiones” eran capaces de detectar mentiras, y junto con otro científico: Wallace Friesen, desarrolló un método que denominaron Sistema Codificador de Acciones Faciales (FACS, por sus siglas en inglés), donde clasificaron más de 500 expresiones faciales organizadas en 46 “Unidades de Acción”, basadas en la contracción y relajación de ciertos músculos faciales. Estas investigaciones sirvieron de base a técnicas psicológicas denominadas “Perfilamiento conductista” (behavioral profiling) y “Perfilamiento facial” (facial

profiling), que son las que la Administración de Seguridad en el Transporte de los EE.UU. comenzó a aplicar en los aeropuertos en 2006.

Este método ha sido cuestionado en EE.UU. por existir dudas acerca de su validez y eficacia. Al respecto, la jurisprudencia norteamericana ha establecido criterios de orientación del juez con relación a utilización de métodos científicos, tales como: la controlabilidad y falsabilidad de la teoría que está en la base de la prueba científica; el porcentaje de error que conlleva la técnica empleada por parte de los expertos o científicos; el respaldo que le presta la comunidad científica a la teoría o técnica empleada; y si bien desde una perspectiva epistemológica no todas las ciencias resultan igualmente confiables en orden a la verdad que supuestamente suministran, distinguiéndose entre las “ciencias duras”, con métodos controlables y empíricamente verificables (como la física, la química, la biología etc.), de las ciencias humanas o sociales (como la sociología, la psicología etc.), debe entenderse que, hasta ahora, el método del “perfilamiento conductista” referenciado no ha superado los requisitos de control científico, para poder ser empleado por los jueces en la valoración de las declaraciones testimoniales. La corriente que le otorga eficacia convictiva a los gestos, actitudes y espontaneidad que adoptan los testigos al declarar, se basa en la íntima convicción del juez y no en las reglas lógicas y gnoseológicas que deben regir la valoración de los hechos y de la prueba para llegar a una conclusión racional y controlable, según el sistema de la “sana crítica”. Este método ha sido cuestionado en EE.UU. por existir dudas acerca de su validez y eficacia. Al respecto, la jurisprudencia norteamericana ha establecido criterios de orientación del juez con relación a utilización de métodos científicos, tales como: la controlabilidad y falsabilidad de la teoría que está en la base de la prueba científica; el porcentaje de error que conlleva la técnica empleada por parte de los expertos o científicos; el respaldo que le presta la comunidad científica a la teoría o técnica empleada; y si bien desde una perspectiva epistemológica no todas las ciencias resultan igualmente confiables en orden a la verdad que supuestamente suministran, distinguiéndose entre las “ciencias duras”, con métodos controlables y empíricamente verificables (como la física, la química, la biología etc.), de

las ciencias humanas o sociales (como la sociología, la psicología etc.), debe entenderse que, hasta ahora, el método del “perfilamiento conductista” referenciado no ha superado los requisitos de control científicidad, para poder ser empleado por los jueces en la valoración de las declaraciones testimoniales. La corriente que le otorga eficacia convictiva a los gestos, actitudes y espontaneidad que adoptan los testigos al declarar, se basa en la íntima convicción del juez y no en las reglas lógicas y gnoseológicas que deben regir la valoración de los hechos y de la prueba para llegar a una conclusión racional y controlable, según el sistema de la “sana crítica”.

