

B. Persuasión y litigio arbitral: ¿cómo aprovechar la prueba testimonial para persuadir a la autoridad arbitral de nuestra verdad?

Autor: Ezcurra Rivero, Huáscar

PERSUASIÓN Y LITIGIO ARBITRAL: ¿CÓMO APROVECHAR LA PRUEBA TESTIMONIAL PARA PERSUADIR A LA AUTORIDAD ARBITRAL DE NUESTRA VERDAD?

Huáscar Ezcurra Rivero*

Para ganar un arbitraje, cada una de las partes tratará de convencer al Tribunal Arbitral sobre "su verdad". Para lograrlo, el autor sostiene que son los hechos del caso y la forma en que éstos se presentan los que van a definir la decisión del Tribunal.

En este sentido, en el presente artículo se desarrolla la importancia de la prueba testimonial para lograr la persuasión del Tribunal. Con ese fin, el autor explica diversas estrategias para un buen desarrollo del interrogatorio y contra-interrogatorio.

* Abogado Socio del Estudio Bullard, Falla & Ezcurra. Master en Derecho por la Universidad de Yale. Profesor del curso Destrezas Legales en la PUCP.

Aquellas disputas en las que los hechos que motivaron la discrepancia son favorables a una de las partes (y lo son claramente), son las que usualmente se resuelven a través de un acuerdo o transacción. Las partes normalmente arreglan, y rara vez se origina un proceso arbitral en estos casos. La razón es muy simple: ambas partes están de acuerdo en que el arbitraje tendría un claro ganador y un claro perdedor; entonces, ¿para qué asumir el costo de un proceso si ya saben cómo se decidirá? Mejor se ahorran dicho costo, se reconocen como ganadores y/o perdedores, según el caso, y se reparten entre ambas el beneficio de no litigar. ¿Cuáles son entonces los casos que usualmente terminan en proceso arbitral (nos referimos por supuesto a aquellos en que se hubiera pactado el arbitraje como medio de resolución de disputas)? Aquellos en los cuales si bien existen hechos que favorecen a una parte, también existen otros que favorecen a la otra. Los hechos del caso representan ventajas y debilidades para ambas, por lo que para ellas, no existe un claro ganador. El tema es debatible, interpretable, cada parte tiene su propia interpretación y visión de los hechos del caso. Ambas creen que pueden ganar algo en un arbitraje y, por tanto, no existe espacio para un arreglo.

I. DOS VERDADES EN COMPETENCIA

Un arbitraje, entonces, es el espacio en el cual cada parte presentará su propia versión de los hechos, su propia verdad (destacando la importancia de los hechos que la favorecen y reduciendo la importancia de los hechos que la perjudican), y el Tribunal Arbitral designado decidirá cuál de las historias presentadas será la suya o, si ninguna de las historias presentadas lo convenció, creará su propia versión de los hechos.

En mi experiencia, los hechos del caso y la forma en que éstos son presentados, son los que definen la decisión de un Tribunal Arbitral. Digamos que el 60% de su éxito dependerá de qué tan persuasivos fueron en la presentación de los hechos ante el Tribunal. El derecho aplicable es fundamental, sin duda. No obstante, los árbitros ya conocen el derecho. Para ellos, usualmente, es muy poco lo que los abogados podemos aportarles para su tarea de interpretación y aplicación de la ley al caso concreto. Pero en cuanto a los hechos del caso, el Tribunal sí que nos necesita. Depende de nosotros. Somos, en ese sentido, **colaboradores** del Tribunal en su proceso de reconstrucción de los hechos. Es a través nuestro, de los escritos que presentemos, de la evidencia que aportemos y finalmente, de nuestro informe oral, que el Tribunal se enterará de los hechos y al

final decidirá cuál, si alguna, es la historia que lo persuadió.

Entonces, en todo proceso arbitral habrá siempre dos historias que compiten entre sí por ser la que el Tribunal, finalmente, hará suya al momento de laudar.

La pregunta es, ¿cómo ganar esa competencia? ¿Cómo ser más efectivo para persuadir de que nuestra historia es la real? De eso justamente trata este trabajo. Puntualmente, en este trabajo nos referiremos a la prueba testimonial. ¿Cuáles son las ventajas que ofrece la prueba testimonial para probar de modo efectivo nuestra historia? ¿Por qué es importante la prueba testimonial para el objetivo de persuadir? ¿Cómo usar y aprovechar la prueba testimonial de modo más efectivo?

Las ideas, comentarios, reflexiones y sugerencias que contiene el presente trabajo son el resultado de algunas experiencias como abogado patrocinante en procedimientos arbitrales y de lo estudiado para enfrentarme mejor a dichas experiencias. Mucho se ha escrito sobre técnicas para interrogar testigos; este trabajo es simplemente uno que combinando algo de lo aprendido con algo de lo leído, busca aportar algunas reflexiones sobre cómo ser un mejor abogado litigante y divertirse mucho en el camino.

II. ¿CUÁLES SON LAS VENTAJAS DE LA PRUEBA TESTIMONIAL? ¿POR QUÉ ES IMPORTANTE PARA PROBAR UNA HISTORIA?

Nuestro poder para persuadir al Tribunal Arbitral que decidirá nuestro caso es uno cuando la historia la escribimos o la contamos los abogados, y es otro, completamente distinto, cuando la historia la cuentan o, mejor todavía, la **muestran**, los mismos protagonistas. La diferencia entre uno y otro caso es abismal. Es una diferencia similar a la que podría existir entre que alguien nos cuente lo bella que es una determinada pintura y, en lugar de eso, ver su belleza directamente, con nuestros propios ojos. En otro ejemplo, es una diferencia similar a la que existe entre leer en los periódicos sobre un accidente de tránsito, y escuchar a las víctimas del accidente explicando lo que vivieron, sintieron y sufrieron. La historia llega más y mejor cuando la vemos **directamente**. Es allí cuando realmente sentimos la historia y nos inclinamos emocionalmente por uno u otro de los involucrados.

Lo mismo le ocurre al Tribunal Arbitral que resolverá nuestro caso. Más claro todavía si se

considera que la decisión que tomará el Tribunal Arbitral suele ser el resultado de cómo el Tribunal se siente emocionalmente frente al caso. ¿Cuál es la posición más justa? ¿Quién abusó y quién es la víctima? Estas son algunas de las preguntas que según el caso podría hacerse el Tribunal Arbitral. La respuesta a éstas es, primero, pura-mente emocional. Una vez dada la respuesta, el caso está prácticamente decidido. Luego, habrá que simplemente darle el toque legal. En ese sentido, la historia que suele ganar es aquella que logró tocar emocionalmente al Tribunal Arbitral y tiene además una teoría legal que la respalde. Entender esto es fundamental para los abogados que patrocinamos casos y para la definición de la estrategia más efectiva para persuadir al Tribunal de nuestra historia.

Entonces, para persuadir al Tribunal de nuestra historia, será más efectivo **mostrársela** a través de los protagonistas, antes que escribir cientos de páginas con argumentos legales y citas a la doctrina más autorizada. Se dice que una foto vale más que mil palabras. Ello es tan cierto como que un testimonio bien logrado es más efectivo que un brillante argumento legal. No pretendo decir con lo anterior –no se me malentienda– que los argumentos legales no importan ni que la rigurosidad del planteamiento legal sea de poco valor. Por el contrario, doy por sentado que ustedes y sus competidores en la defensa de un caso serán rigurosos en sus planteamientos y fundamentos legales. Doy por sentado que los abogados del demandante, así como los abogados del demandado, presentarán defensas con una teoría legal sólida de respaldo a las pretensiones planteadas. Entonces, la profundidad y rigurosidad del análisis legal de su caso los pondrá en igualdad de condiciones ante el Tribunal. Mi punto es que, para hacer una diferencia en la competencia y ser exitosos en la defensa (esto es, para ganar) requerirán de mucho más que el argumento legal; requerirán de la fuerza que los hechos del caso presentados de forma persuasiva, le dan a la defensa (si logramos presentar los hechos del caso de forma persuasiva), mostrando el problema humano que está detrás de todo problema legal. Los árbitros, créanme, se interesarán más por las personas, por el problema humano, que por sus impecables argumentos legales.

Como explica Steven D. Stark, "(e)nfréntenlo: los jueces se consideran expertos en la ley. No importa lo que les digan acerca de la ley, ellos tomarán su interpretación como una que tiene mucha sal. En cambio, tus hechos son nuevos y mejor conocidos por ti; tu habilidad de ser persuasivo a través de ellos es entonces mucho mayor. Dale los hechos al Juez y podrás hacerlo cambiar de opinión. Dale la ley y ellos seguirán necesitando los hechos"¹.

Es fundamental, por tanto, diseñar estrategias de defensa orientadas a satisfacer su interés y a tocar ese lado emocional que, como se comentó más arriba, será determinante para la decisión final que tome el Tribunal.

Destacando la importancia de los hechos, Steven D. Stark ha dicho también, entre otras cosas, lo siguiente: "(...) son una forma de apelar a los sentimientos del Juez o del lector?" (el subrayado es nuestro). Si el tema es uno de persuasión, debemos entonces buscar tocar los sentimientos de la autoridad, tocar sus emociones. Sustentar nuestro caso en los hechos y en las personas involucradas, es clave para nuestro trabajo de persuasión.

III. EL VALOR DE LA PALABRA Y EL USO DE LA PRUEBA TESTIMONIAL EN EL ARBITRAJE

Sin embargo, es interesante observar que en la práctica arbitral doméstica (fundamentalmente me refiero al arbitraje comercial local), la prueba testimonial se utiliza muy poco. La pregunta obvia es, ¿por qué, si puede ser tan útil para la tarea de persuadir? Mi impresión es que ello tiene que ver, principalmente, con dos razones. La primera razón es que en nuestro país (y podría decirse que lo mismo aplica en la mayor parte de países latinoamericanos), la palabra está devaluada, desprestigiada. Simplemente, la palabra vale muy poco. Se cree que los testigos mentirán si es necesario. Nuestra cultura (latinoamericana) es una en la cual se asume que el testigo de cada parte dirá lo que la parte que lo ofreció le diga que tiene que decir. Mentirá si es necesario hacerlo. Y esto, por supuesto, no es sólo lo que creen los abogados patrocinantes, sino también lo creen quienes conforman los Tribunales Arbitrales.

¹ STARK, Steven D. "Writing to Win: The legal Writer". New York: Broadway Books. 1999. pp. 71- 72. Traducción libre del siguiente texto: "Face it: judges consider themselves experts in law. No matter what you tell them about it, they are going to take your interpretation with about fifteen grains of salt. In contrast, your facts are new and best known to you; your ability to be persuasive with them is far greater. Give judges the facts in a case and they can make up their minds. Give them the law and they still need to know the facts."

² Ibid. p. 71. Traducción libre del siguiente texto: "(...) They are a way to appeal to a judge's or reader's feelings."

Entonces, ¿para qué desgastarse escuchando a testigos que dirán lo mismo que los abogados?

La segunda razón es que considerando que la prueba testimonial tiene muy poco uso, los abogados tenemos muy poca, si alguna, experiencia en desarrollar interrogatorios efectivos para la tarea de persuadir. ¿Cómo hacerlo bien si nunca lo hemos hecho, o lo hacemos muy poco? Los abogados, entonces, tenemos una tendencia natural a preferir la prueba documental. Nos sentimos más cómodos “probando” con papeles y más papeles. Los papeles hablan por sí solos. ¿Para qué asumir el costo de probar nuestro caso con testigos –para lo cual no nos sentimos preparados– si nuestra cultura, como se explica arriba, sería una que asigna poco valor a la prueba testimonial?

Téngase en cuenta, además, que el uso de la prueba testimonial como medio de prueba –si uno pretende que la prueba sea efectiva para ganar el caso– demandará muchísima dedicación de los abogados a cargo de la defensa. En primer lugar, durante la definición de la estrategia, hay que dedicar el tiempo que sea necesario a determinar si es conveniente ofrecer testigos y determinar quiénes reúnen las condiciones para ser buenos testigos. Esta tarea, bien llevada a cabo, involucrará conocer a los potenciales testigos, entrevistarlos y evaluarlos para la tarea. Definido lo anterior, hay que dedicar muchas horas (y créanme, muchas realmente) a preparar a nuestros testigos para el día de su declaración, así como a prepararnos nosotros mismos para su interrogatorio (*Direct Examination*). Tenemos que dedicar, además, todas las horas que sean necesarias para practicar el contra-interrogatorio (*Cross Examination*) a los testigos que sean ofrecidos por la otra parte. Mi experiencia es que la preparación para las audiencias de interrogatorios y contra-interrogatorios, según el caso, pueden requerir cinco veces más tiempo que el tiempo que usualmente dedicamos a la preparación de la demanda o de la contestación, según el caso.

Entonces, utilizar la prueba de testigos para nuestra defensa impondrá un costo en horas/hombre muchísimo mayor que cuando la defensa gira solamente alrededor de la prueba documental. ¿Vale la pena asumir este costo si la cultura imperante es una según la cual la palabra no vale nada? Los abogados suelen llegar a la conclusión que la prueba testimonial simplemente no vale lo que cuesta, por eso no la usan, o la usan muy poco.

Mi impresión, sin embargo, es que están equivocados. Estoy convencido de que aquellos que introduzcan de modo efectivo la prueba testimonial como parte de su estrategia de defensa, mostrarán las razones por las cuales vale la pena el esfuerzo.

Hace dos años, tuve la suerte de participar con Alfredo Bullard y Juan Chang (dos abogados del estudio donde trabajo) en una audiencia de interrogatorios de testigos que duró más de veinte días. Fue un arbitraje internacional en el que asumimos la defensa de una empresa peruana frente a un contratista internacional. La defensa del contratista internacional estuvo a cargo de dos distinguidos abogados de una prestigiosa firma europea. Durante la audiencia de interrogatorios, desfilaron alrededor de veinte testigos (entre testigos de hechos y testigos expertos) para ser interrogados por los abogados que estábamos a cargo de la defensa de las dos partes en litigio. La experiencia fue muy interesante e instructiva. Entre otras cosas, fue interesante observar cómo dos paradigmas culturales se enfrentaban. Para nuestros oponentes, la prueba testimonial era fundamental para probar su caso (los hechos de su caso y el sustento técnico de su caso). En efecto, ofrecieron más de veinte testigos para ese fin. El paradigma europeo (o de países del *common law*) es que el testimonio constituye evidencia, a menos que se pruebe lo contrario. La palabra vale. Para nosotros, en cambio, la prueba de testigos era sólo de relativa importancia; presentamos cuatro testigos, y no nos preocupaba que ellos (nuestros distinguidos oponentes) tuvieran a más de una docena de miembros de la empresa desfilando con el mismo discurso ante el Tribunal. Asumimos que nadie les creería a los testigos que estaban bajo el control de la misma parte que los ofreció (me refiero puntualmente a los testigos de hechos), sobre todo si –como en efecto ocurrió– todos decían exactamente lo mismo. Nuestro paradigma, por supuesto (más propio de países del *Civil Law*), era uno según el cual la palabra no vale, a menos que se pruebe lo contrario. No les contaré si nuestra asunción fue equivocada o correcta. Menos les contaré quien ganó el caso y por qué. Ese podría ser material para otro trabajo.

Lo que sí puedo compartir con ustedes es que la mayor lección de las largas jornadas de interrogatorios (sí que fueron largas) fue que los testimonios, bien conducidos, podían ser sumamente efectivos para mostrar al Tribunal lo que realmente pasó (según la versión de cada parte). Descubrí que el uso y dominio de una buena técnica para interrogar es un arma muy poderosa para mostrar

la verdad de los hechos a través del testigo que ofreces (*Direct Examination*). Descubrí, también, que una buena técnica para contra-interrogar (*Cross Examination*) es sumamente poderosa para mostrar cuándo el testigo ofrecido por la otra parte no merece ninguna credibilidad. En suma, descubrí que muchas veces la mejor forma de probar tu historia y persuadir de tu caso al Tribunal es recurriendo a la prueba de testigos.

En buena parte, fue dicha experiencia en un arbitraje internacional la que me motivó a escribir este artículo. Dicha experiencia nos obligó a mis colegas y a mí a investigar y aprender sobre técnicas para interrogar o contra-interrogar testigos, técnicas para sacar de mejor forma la verdad de los hechos ante los ojos y en presencia del Tribunal.

Además, dicha experiencia viene marcando nuestra práctica arbitral local. En los arbitrajes que nos toca defender, la prueba testimonial se ha convertido en prueba privilegiada. Incluso en aquellos casos en los cuales la prueba documental contiene todo lo que en principio se necesitaría para probar nuestro caso, la prueba testimonial es un instrumento muy poderoso para la tarea de persuasión, pues permite que el Tribunal conozca a las personas que están detrás de los documentos. Permitir que el Tribunal conozca a las personas que negociaron el contrato, que discutieron el contenido de cada cláusula y que, luego, lo firmaron, le dará a nuestro caso **realidad**. Lograr que el Tribunal escuche a quienes escribieron las cartas que muestran la discrepancia, sirve para la tarea de mostrarle al Tribunal las personas de carne y hueso detrás del problema legal. Sirve para la tarea de mostrar el lado **humano** del problema. Además, los testimonios de quienes firmaron los documentos claves del caso (contratos, actas, correos, cartas, etcétera), sirven para que los abogados logremos que el Tribunal se entere de nuestro caso y los documentos claves para probarlo, utilizando como instrumento el interrogatorio y el contra-interrogatorio. Visto de esa forma, el interrogatorio y el contra-interrogatorio son oportunidades adicionales para que los abogados a cargo de la defensa **mostremos** oralmente al Tribunal nuestro caso y nuestra principal evidencia de sustento. El informe oral será la oportunidad final. ¿Para qué utilizar solamente una oportunidad de dirigirnos oralmente al Tribunal, si podemos utilizar **dos**?

Hasta ahora me he concentrado en darles lo que serían las razones por las que creo firmemente que la prueba testimonial es un instrumento poderosísimo para persuadir al Tribunal Arbitral

de nuestro caso y lograr ganar la competencia. En los puntos siguientes mostraré los aspectos que considero son centrales para llegar a manejar el instrumento (interrogatorios y contra-interrogatorios) con destreza suficiente como para lograr ser efectivos en la tarea de persuasión.

IV. EL *DIRECT EXAMINATION* DE NUESTRO TESTIGO

Por *Direct Examination* me refiero al interrogatorio que uno lleva adelante cuando interroga a sus propios testigos. Es decir, el interrogatorio del o los testigos que han sido ofrecidos por aquella parte a la que representamos. Se trata, en ese sentido, de un testigo que se encuentra, en principio, bajo el control de esta parte. Por ejemplo, son testigos bajo el control de nuestro patrocinado, los funcionarios o empleados de la empresa. Sin embargo, podría tratarse, igualmente, de un tercero completamente independiente que no esté bajo el control de nuestro patrocinado. Esto ocurre, por ejemplo, cuando ofrecemos como testigo a un contratista o a un cliente de nuestro patrocinado. No obstante, en ambos casos, ya sea que se trate de un testigo bajo el control de nuestro cliente o no, se trata de testigos ofrecidos por nosotros y, por lo tanto, sujetos a *Direct Examination*.

Una precisión adicional importante; por testigo me refiero tanto al testigo ofrecido por nosotros que informará sobre los **hechos** del caso (testigo de hechos) como al testigo ofrecido por nosotros que informará sobre aquellos aspectos **técnicos** del caso que podrían resultar centrales para nuestra defensa (testigo experto o perito).

Además, por declaración de testigo me refiero también, en sentido amplio, a la declaración del representante de la empresa.

Veamos en los puntos siguientes qué aspectos hay que considerar cuando decidimos ofrecer testigos para probar nuestro caso, y cómo debemos prepararnos y prepararlos para el interrogatorio.

A. Elijan bien a su testigo

Lo primero, es definir si realmente vale la pena ofrecer un testigo para probar nuestro caso y, lo segundo, es elegir bien quién o quiénes serán nuestros testigos.

Sobre lo primero, mi experiencia es que rara vez ocurre que **no** necesitamos de un testigo. Incluso si los hechos del caso no generan controversia (lo que es muy raro) y si el caso es uno que no

requiere de expertos que aclaren los aspectos técnicos de la disputa, mi opinión es que siempre es importante incluir como testigo, cuando menos, al representante de nuestro patrocinado (la llamada declaración del representante). Por las razones antes mencionadas, considero importante mostrarle al Tribunal Arbitral a las personas de carne y hueso que están detrás del problema legal.

Será por supuesto más clara la conveniencia de recurrir a la prueba testimonial cuando los hechos del caso se encuentren también en disputa. **Mostrar los hechos del caso a través de los testigos de hechos** que ofrezcamos es fundamental. Asimismo, si la discusión es una que requiere del entendimiento sobre temas técnicos que claramente escapan al *expertise* de los árbitros, es fundamental que ofrezcamos **testigos expertos** para ese objetivo.

Definido que ofreceremos testigos, queda pendiente la tarea de elegir bien a quienes serán nuestros testigos. ¿Qué criterios debemos tener en cuenta para elegirlos? Para constituirse en efectivos colaboradores de la tarea de persuasión, yo diría que los testigos deben ser ante todo creíbles. La **credibilidad** es, en ese sentido, el requisito fundamental a considerar.

¿Qué se requiere para lograr credibilidad? Ser creíble tiene que ver con **generar confianza**. Y generar confianza exige, en primer lugar, tener la **experiencia, los conocimientos, o las calificaciones** —según sea el caso— como para absolver con absoluta solvencia todas las preguntas que sean formuladas durante un interrogatorio o un contra-interrogatorio.

Por ejemplo, si se trata de generar confianza al respecto de la testimonial que se prestará sobre los aspectos centrales de la negociación de un contrato, —negociación introducida como parte de la argumentación del caso pues se ha sugerido que la negociación sería relevante para comprender lo que las partes quisieron contratar—, el **testigo de hechos** que elijamos debe ser uno que conozca el **detalle** dichas negociaciones y, obviamente, que haya participado en ellas. Si, por el contrario, ofrecemos como testigo al Presidente de Directorio de nuestro patrocinado para probar cuál fue la voluntad de las partes manifestada durante las negociaciones, sin duda tendrá un conocimiento general del tema, pero sin embargo no participó en dichas negociaciones, por lo que será muy difícil que dicho testigo sea creíble, sobre todo si eventualmente se enfrenta a un testigo (ofrecido por la contraparte) que sí estuvo en dichas negociaciones y que prestará testimonio muy

detallado de lo que se dijo y no se dijo en dichas reuniones de negociación. Nuestro testigo simplemente no será creíble, por la simple razón que estaría prestando testimonio sobre algo que **no** conoce, o que conoce **menos** que el testigo ofrecido por la contraparte. Entonces, es clave que elijamos a aquel testigo que conoce los hechos a la perfección, porque estuvo allí mismo viviendo, construyendo, sintiendo y participando de los hechos que relatará ante el Tribunal Arbitral.

Por otro lado, si se trata de elegir a un **testigo experto**, su credibilidad estará en relación directamente proporcional a su experiencia y calificaciones en la materia. El tema es muy simple, tenemos que ofrecer como testigo experto al **mejor** en la materia. Si nuestro testigo experto es el mejor en la materia, y su posición técnica favorece nuestro caso, su testimonio es clave, y quizá definitivo. Si el tema técnico es uno muy sofisticado y no existen expertos en el mercado local, sugiero que incluso evalúen la conveniencia de recurrir al mercado internacional de expertos.

Finalmente, además de tener los conocimientos y calificaciones mencionados, para ser creíble es fundamental que nuestro testigo sea **buen comunicador**. Entonces, si tenemos la suerte de tener a disposición, por ejemplo, varios testigos de hechos que cumplen con el requisito de tener conocimiento pleno y detallado de los hechos, descarten a aquellos potenciales testigos que, luego de evaluarlos, ustedes concluyan que no serán buenos comunicadores durante el interrogatorio. Quédense únicamente con los buenos comunicadores. Un potencial testigo que, por ejemplo, no hable claro, que no logre sostener contacto visual con el Tribunal, o que se ponga sumamente nervioso, o que difícilmente podría manejar las presiones a las que sin duda será sometido por el abogado de la otra parte durante el contra-interrogatorio (*Cross Examination*), debería ser descartado. Es más, podría que se enfrenten a un caso en el cual sus únicos potenciales testigos merecen (todos) ser descartados, pues ninguno reúne el requisito de ser buen comunicador (no obstante que inviertan, en su caso, largas horas preparándolos). En un caso así, presentar testigos podría generar riesgos que no vale la pena tomar. Evalúen la decisión de ofrecer testigos; quizá una buena estrategia sea no presentar testigos y concentrarse en trabajar para **destruir** la credibilidad de los testigos de su oponente.

Cuando buscamos un testigo experto, sus dotes de **buen comunicador** adquieren mayor relevancia todavía. Se trata aquí de identificar a la

persona idónea para la tarea de dictar una cátedra al Tribunal Arbitral en la materia técnica de que se trate. Y, como lo haría cualquier buen profesor universitario, ser buen comunicador implica tener la capacidad para lograr el adecuado balance entre ser técnico y profundo, pero muy didáctico, simple y claro al mismo tiempo. El mejor termómetro para identificar y elegir bien a su testigo experto, son ustedes. Es simple, si ustedes no lo entienden, tengan por seguro que el Tribunal Arbitral tampoco. Usualmente ocurre que quien más conoce sobre tal o cual tema técnico –el experto en la materia– es a su vez un buen comunicador. Sin embargo, **no** se fíen. Entrevisten a su potencial experto y elijan sobre la base de su propia evaluación.

En conclusión, para elegir un buen testigo, la palabra clave es **credibilidad**. Si mi testigo es creíble, será persuasivo. Y para ser creíble, mi testigo debe conocer y tener las calificaciones, y debe, asimismo, ser un buen comunicador.

B. Mantengan el interrogatorio simple, visual e interesante³

Para persuadir y diseñar una estrategia conveniente al objetivo de ganar la competencia, debemos partir de conocer a nuestra audiencia (el Tribunal Arbitral). Sólo si somos sensibles a nuestra audiencia (si sabemos “leerlos” y “escucharlos”) y consideramos sus intereses, motivaciones y limitaciones, estaremos en mejor aptitud de construir una estrategia de defensa que tenga el poder de persuadirlos.

Entonces, es clave que consideremos y asumamos que nuestro Tribunal Arbitral tendrá atención limitada para escucharnos o leernos; tiempo limitado; y quizá hasta un interés limitado para aprender los detalles de nuestro caso. Incluso, asuman que su capacidad de concentración efectiva estará limitada a espacios de entre **15 y 30 minutos**; después de eso, la atención y la concentración decaerán indefectiblemente.

Los factores descritos son **barreras** que dificultarán nuestra tarea de comunicación y persuasión, entonces, ¿qué hacemos?

Estamos obligados a llevar adelante interrogatorios que cumplan con los requisitos de ser **cortos, simples, visuales, e interesantes**. Tenemos que trabajar muy duro en organizar nuestros interrogatorios de tal forma que tengan una estructura muy clara que permita **facilitarle** al Tribunal la recepción de la información que le estamos transmitiendo.

Por ejemplo, el dominio del uso de la **voz activa** (en lugar de voz pasiva); el dominio en el uso del tiempo **presente** cuando sea posible y conveniente; el cuidado de mantener el **contacto visual** entre el testigo que presta su declaración y los árbitros, así como entre ustedes y los árbitros; el dominio del volumen, la velocidad, las pausas y el tono, durante las preguntas y las respuestas, son todos elementos importantísimos para la tarea de lograr ser simples, visuales, interesantes y, con todo ello, persuasivos. Tenemos que considerarlos, trabajarlos, aprenderlos, y tenemos que lograr que nuestros testigos los incorporen a su testimonio.

Vinculado a lo anterior, usar un **lenguaje vívido y visual**, es fundamental. El testigo que está siendo interrogado debe estar preparado para **darle vida** a la historia respecto de la cual presta testimonio. El uso del tiempo presente, ayuda a esa tarea. Dedicar tiempo a que el testigo describa el **detalle** de lo que vio, sintió, tocó, dijo, murmuró, pensó, ayuda justamente a darle realidad a lo que se está respondiendo. No debe entonces simplemente contar la historia. Debe **mostrarla** y, con ello, permitir que el Tribunal la vea directamente.

El detalle es fundamental si queremos mostrar una historia persuasiva. En palabras de Stefan H. Krieger y Richard K. Neumann, Jr., “(...) una historia que es rica en los detalles puede crear imágenes vivas en la mente de la audiencia. Puede con ello lograr hacer que los caracteres y los episodios de la historia adquieran vida propia”⁴.

En cuanto a la **estructura** del interrogatorio y las respuestas del testigo, sugiero que lo más importante vaya al inicio y al final. Los árbitros suelen recordar mejor lo que escucharon al inicio y lo que escucharon al final. Tengamos esto en cuenta

³ MAUET, Thomas A. “Trial Techniques”. Aspen Publishers. 2002. pp. 96, 106-108.

⁴ KRIEGER, Stefan H. Krieger y NEUMANN, Richard K. Jr. “Essential Lawyering Skills”. Segunda edición. Aspen Publishers. 2003. p. 168. Traducción libre del siguiente texto: “(...) a story that is rich in detail can create vivid images in the audience’s mind. It can make the characters and episodes come alive.”

cuando organicemos la estructura de nuestro interrogatorio.

Finalmente, para lograr interrogatorios visuales e interesantes —cuando sea posible y pertinente— usen instrumentos de apoyo⁵. Por ejemplo, el uso de **mapas** que reflejen la geografía del lugar en el que ocurrieron los hechos en disputa, para que el testigo haga las explicaciones necesarias durante sus respuestas a las preguntas que le formulemos, podría ser un instrumento muy poderoso para lograr que el Tribunal se sienta “transportado” al lugar de los hechos y logre una comprensión plena del problema. Nuevamente, “una foto vale más que mil palabras”. El uso de **fotos** como instrumento de apoyo es muy efectivo para que las respuestas del testigo sean claras, vívidas, simples e interesantes. Según el caso, el instrumento de apoyo podrá ser el uso de un video, o el uso de una proyección de *power point* que muestre los textos ampliados, cuadros de datos, gráficos o **curvas** que puedan ser relevantes para facilitar y simplificar la declaración del testigo.

C. Enfóquense en los hechos claves

Teniendo en cuenta las barreras a la comunicación que se mencionan arriba, es fundamental que no aspiren a que el interrogatorio sirva para que el Tribunal conozca la versión del testigo sobre **todos** los hechos del caso, o que conozca la versión del perito (o testigo experto) sobre **todos** los aspectos técnicos que sustentan su caso.

Si pretenden que su interrogatorio abarque todo, no lograrán abarcar nada. Concéntrense únicamente en los hechos claves, si se trata de un interrogatorio a testigos de hechos; así como en los temas técnicos claves, si se trata del interrogatorio de un testigo experto.

Si se focalizan en los temas clave, lograrán que, no obstante la complejidad del tema, el testimonio logre ser simple, claro e interesante. Y muy importante, lograrán que el testimonio sea escuchado y comprendido. En suma, que sea persuasivo.

D. El testigo es el protagonista⁶

Cuando interrogan un testigo ofrecido por su cliente, su rol es lograr que el testigo sea el **protagonista**. Ustedes dirigen. Deben simplemente

indicarle al testigo los temas que quieren que aborde, en qué orden, y con qué énfasis y, luego, él debe abordarlos con plena libertad. Ustedes disponen la estructura del interrogatorio. Eligen los temas clave. Los ordenan. Ponen un **zoom** cuando quieren que el testigo profundice un tema particular para beneficio de una mayor comprensión del Tribunal. Introducen *cámara lenta* cuando buscan que el Tribunal vea y sienta todo el detalle de lo que pasó. Ustedes son los directores. Ese es su rol como abogado a cargo del interrogatorio y, como tal, mucho mejor si pasan desapercibidos.

Para lograr el efecto de convertir al testigo en el claro protagonista, las preguntas que formulen, usualmente, deben ser **cortas** y nunca deben contener la respuesta (o una pista para ella). Se recomienda por tanto que hagan **preguntas abiertas**. Por ejemplo: *Señor Grimaldo, ¿podría usted explicar al Tribunal las condiciones que enfrentó la noche del 5 de diciembre de 1995 mientras excavaban en el Túnel 5?* Esta es una pregunta abierta en el sentido que le brinda al testigo (señor Grimaldo) la oportunidad de explicar, con total libertad, las circunstancias que enfrentó durante las excavaciones. Él protagoniza, ustedes simplemente indican el tema. Él responde con libertad lo que vivió, sintió y sufrió dicho 5 de diciembre de 1995 y, con ello, logra el efecto de “transportar” al Tribunal a la escena misma de los hechos. Eso determinará que su testimonio tenga verdad y credibilidad.

Si la pregunta en cambio fuera **cerrada**, el efecto sería completamente distinto: Pregunta: *Señor Grimaldo, ¿es cierto que la noche del 5 de diciembre de 1995 mientras excavaban en el Túnel 5 encontraron condiciones de roca muy desfavorables para excavar con la máquina Tunnel Boring Machine al punto que las cuchillas quedaron completamente atascadas? ¿Es cierto que incluso encontraron fuertes corrientes de agua muy fría que les llegaba hasta el tórax, lo que hizo prácticamente imposible (y muy riesgoso por cierto) continuar con los trabajos de excavación?* Respuesta: *Sí. Es cierto.* Aquí el abogado formuló una pregunta larga que contenía el detalle de la respuesta, y el testigo simplemente confirmó o negó; es decir que la respuesta del testigo simplemente confirmó la respuesta que en primera instancia dio el abo-

⁵ MAUET, Thomas A. Op. Cit. p. 112.

⁶ Ibid. pp. 109-111.

gado. Un testimonio sin credibilidad. Una pérdida del tiempo de todos los presentes.

E. La imagen importa

El protagonista tiene que estar listo y preparado para la ocasión en todo sentido. Entonces, así como hay que prepararlo para que aborde adecuadamente y con todo el detalle que sea necesario los temas claves que ustedes decidieron que serán parte de su testimonio, hay que prepararlo también para que el día del interrogatorio vista terno y corbata, si dicha vestimenta es la más adecuada para la imagen que queremos proyectar. No dejen que el testigo vista el día del interrogatorio como se le ocurra por la mañana. Ustedes deben haber abordado ese detalle también. Un testigo vestido inadecuadamente para la audiencia podría proyectar una imagen que tire por la borda todas las horas que invirtieron preparándose.

F. Prepárense a profundidad

Finalmente, sin un trabajo duro de respaldo, nada de lo anterior será efectivo para persuadir a la autoridad. Definir correctamente la estrategia, definir si realmente es conveniente ofrecer testigos como medio de prueba y qué tipo de testigos, son todos aspectos que requieren mucho de nuestro tiempo, del tiempo de nuestro cliente y tiempo del testigo. Debemos invertir muchísimo tiempo, primero, en conocer el problema, comprenderlo y, luego, en pensar reflexivamente sobre el problema y en las mejores alternativas de defensa para nuestro cliente. Demanda mucho tiempo (muchísimo) elegir bien al testigo, prepararlo para el interrogatorio y prepararse ustedes mismos. No obstante, deben hacerlo si buscan que el esfuerzo dé resultados. Cualquier trabajo a medias será una pérdida de tiempo. Sin descartar por supuesto que un trabajo a medias podrá significar que pierdan la competencia.

Como explican Stefan H. Krieger y Richard K. Neumann Jr., "(l)o que la audiencia observa (la punta del iceberg o la parte visible de la performance del abogado) es una fracción muy pequeña del soporte de su trabajo (aquella parte del iceberg que está sumergida o el trabajo de

preparación para la *performance*). El *ratio* de preparación-*performance* en la abogacía fácilmente es de 15 ó 20 a 1. Puede tomar 10 horas preparar media hora de una sesión de asesoría a un cliente, y puede tomar 15 horas preparar una reunión de negociación que dura 2 horas"⁷.

No obstante el esfuerzo y las horas que prepararse bien para una audiencia pueda demandar, tienen que hacerlo. Ese es su compromiso ético con el cliente. No existe nada más vergonzoso que un abogado que durante el interrogatorio a su propio testigo, muestra que no conoce su propio caso y que ni siquiera conoce realmente a su testigo. He visto abogados que ni siquiera fueron capaces de formular correctamente las preguntas pues no manejaban los hechos de su propio caso o no manejaban los aspectos técnicos en discusión. He visto abogados que no hicieron una sola pregunta al testigo ofrecido por la otra parte, simplemente porque no se prepararon para la ocasión. Preferieron dejarla pasar, no obstante tratarse de un testigo que prestó testimonio que perjudicaba el caso de su cliente. He visto abogados que durante la audiencia tuvieron que "soplar" varias respuestas a su patrocinado pues simplemente —daba la impresión— jamás se reunieron con él para explicarle de qué trataría la audiencia de interrogatorios y menos los prepararon para el interrogatorio. Todo lo anterior lo he visto varias veces. Lamentablemente no ha sido la excepción. Piensen en lo efectivos que podrán ser si están debidamente preparados para la ocasión y el abogado de la otra parte no. La competencia comenzará a definirse a su favor.

La capacidad de improvisación y creatividad en el momento importan, sin duda. Hay abogados con mayor capacidad de improvisación y más creativos que otros. Algunos simplemente nacen con el don. Sin embargo, es cierto también que el abogado más preparado para el caso tiene mayores y mejores opciones de ser creativo e improvisar mejor. En otras palabras, un abogado creativo lo puede hacer bien, pero un abogado creativo preparado lo puede hacer aún mejor. Como dicen Stefan H. Krieger y Richard K. Neumann, Jr., "(m)uy pocos problemas legales son resueltos por ideas brillantes en las que nadie había pensado con anterioridad. La mayor parte de los problemas

⁷ KRIEGER, Stefan H. Krieger y Richard K. Jr., NEUMANN. Op. Cit. pp. 8-9. Traducción libre del siguiente texto: "What the bystander sees (the tip of the iceberg or the visible part of the lawyers performance) is a tiny fraction of what supports it (the undersea part of the iceberg or the preparation for the performance). In lawyering, the ratio of preparation to performance can easily reach 15 or 20 to 1. It might take 10 hours to prepare for a half-hour counseling session with a client, and it might take 15 hours to prepare for a negotiating meeting that lasts 2 hours (...)."

legales son resueltos si es que diligentemente hemos aprendido todos los detalles que importan y los hemos organizado de tal forma de conseguir el resultado querido"⁸.

V. EL CROSS EXAMINATION AL TESTIGO PRESENTADO POR SU CONTRAPARTE

Me refiero aquí al caso en el cual su contraparte ofreció testigos como medio de prueba. El abogado de la contraparte decidió que la prueba testimonial ayudaría a probar el caso de su defendido, y preparó su interrogatorio (así como al testigo) para que la prueba sirva a dicha finalidad. Estoy utilizando el término de testigos, nuevamente, en sentido amplio, de tal forma de incluir en él, testigos de hechos, testigos expertos y la declaración de representantes.

Varias de las recomendaciones dadas arriba para la preparación de un interrogatorio aplican igualmente a la preparación de su contra-interrogatorio. En ese sentido, el contra-interrogatorio debe ser simple, visual e interesante; debe estar focalizado únicamente en los hechos claves, y con el riesgo de decir lo obvio, deben prepararse a profundidad para la ocasión.

Existen, sin embargo, algunos aspectos adicionales que deben considerar para estar mejor preparados para la tarea.

A. ¿Es aconsejable hacer un contra-interrogatorio?⁹

Luego de haber observado con detenimiento el interrogatorio llevado adelante por el abogado de la otra parte (*Direct Examination*), haber escuchado y tomado nota de las respuestas dadas por el testigo durante su testimonio, haber observado las reacciones del Tribunal (miradas, gestos, preguntas, silencios, etcétera) y, al mismo tiempo, haber pensado cómo todo ello impactará en su caso, lo primero que deben decidir es si verdaderamente vale la pena comenzar el contra-interrogatorio para el cual, por supuesto, ya están preparados. Me explico, ustedes deben estar listos para llevar adelante el contra-interrogatorio; deben haberse preparado a conciencia para ello. Sin embargo, antes de "jalar el gatillo y disparar",

durante la misma audiencia y mientras escuchan el testimonio del testigo, deben pensar y decidir si siempre vale la pena asumir el riesgo de contra-interrogar. Tengan en cuenta que aquí (a diferencia del interrogatorio –*Direct Examination*), ustedes no están en control. Todo lo contrario, deben asumir que si su oponente hizo bien su trabajo, el testigo ha sido preparado para dificultarles la tarea. ¿Vale la pena asumir el riesgo de contra-interrogar? Esa es la pregunta que deben hacerse.

Deben preguntarse, por ejemplo, si se trata de un testigo importante, y si el testimonio que ha prestado dañó su caso. Si su testimonio no fue creíble o, en todo caso, lo tratado en él no ocasiona daño alguno a su caso, quizá sea una buena idea no contra-interrogarlo. Es más, en ocasiones el testigo podría haber omitido prestar testimonio sobre algún tema clave; el testimonio prestado podría haber generado evidencia que lo dejó mal parado. Lo más conveniente podría ser no contra-interrogarlo, pues hacerlo podría darle una oportunidad para completar su testimonio o precisarlo. No le demos la oportunidad de corregir. Puede ser que decir "*Señores del Tribunal no tengo preguntas para el testigo*" sea su mejor jugada.

Hay que hacer un pronóstico acerca de qué podrán lograr y obtener del testigo en un contra-interrogatorio, ¿qué espero obtener en el contra-interrogatorio? ¿Qué riesgos estoy asumiendo si hago el contra-interrogatorio? ¿Qué gano y qué pierdo?

El caso podría, también, ser uno en el cual el testigo, por sus antecedentes, su preparación, su conocimiento del detalle de los hechos, y la forma impecable en que prestó su testimonio, es creíble (muy creíble). Puede que además no tengamos "municiones" para mellar su credibilidad o sembrar cuestionamientos sobre su testimonio. Entonces quizá un contra-interrogatorio sería una nueva oportunidad del testigo para poner énfasis en aquella evidencia que daña nuestro caso. Quizá sea mejor no tocarlo.

Dicho de otra forma: no tomen riesgos innecesarios. Únicamente hagan un contra-interrogatorio cuando tienen probabilidades de sacarle provecho para la defensa, y los riesgos, que siempre existen, bien valen la pena el beneficio que esperan obtener.

⁸ Ibid. p. 9. Traducción libre del siguiente texto: "*Few legal problems are solved by astute insights that no one has thought of before. Most legal problems are solved by diligently learning the details that matter and putting them together into a package that gets results.*"

⁹ MAUET, Thomas A. Op. Cit. pp. 247-249.

B. ¿Cuál es el objetivo de un contra-interrogatorio?¹⁰

Definan claramente cuál será el objetivo de su contra-interrogatorio. El objetivo podría ser doble. Hay ocasiones en las que el testigo podría confirmar información o hechos que son favorables a nuestra defensa. Si de obtener dicha confirmación se trata, nuestro contra-interrogatorio debe ser organizado de tal forma que el testigo se sienta cómodo como para darnos lo que buscamos. Sean amigables. Muéstranle que es más fácil de lo que le explicaron. Háganle sentir que no son los abogados agresivos que le dijeron que eran. Deben darle el tiempo suficientemente como para que se sienta cómodo, pase los nervios iniciales y confíe. Sí, que confíe en ustedes. Si logran generar dicho ambiente, estarán en mejor pie para obtener lo que buscan.

Habrán otras ocasiones, en cambio, en que el objetivo será llevar adelante un contra-interrogatorio destrutivo. Es probable, por ejemplo, que su trabajo deba orientarse a desacreditar el testigo de su contraparte. Su evidencia podría generar daño a su caso. Lo mejor, entonces, es mellar su credibilidad y lograr que su evidencia no tenga mérito como prueba. Por ejemplo, es muy efectivo para ese fin, mostrar que la opinión técnica del testigo experto que presentó su oponente, difiere (y hasta es contraria) con la posición técnica que él mismo sostuvo sobre un tema similar años atrás. Preguntarle primero si se ratifica en la opinión técnica presentada en el caso, lograr que la recon firme, una y otra vez, de mil formas; luego, sin que lo espere, mostrarle en una proyección multimedia, ampliando, el artículo que publicó años atrás en el que opinó exactamente lo contrario; simplemente, lo dejará mudo a él y a sus abogados. El Tribunal tendrá más claro cuál testigo es creíble y cuál no. Habrán cumplido el objetivo.

El contra-interrogatorio destructivo, por supuesto, es completamente distinto al contra-interrogatorio en el que buscan una confirmación.

Si su contra-interrogatorio es uno en el que buscan lograr los dos objetivos: obtener confirmación de hechos o información claves y desacreditar al testigo, sugiero que primero traten de lograr obtener las confirmaciones que requieren y, luego,

comiencen con el contra-interrogatorio destructivo. Si lo hacen al revés, el testigo estará, como es obvio, indispuesto con ustedes, estará a la defensiva. No le sacarán nada. Invertir el orden podría tener impacto sustantivo en el resultado.

C. Pregunten sólo si conocen la respuesta¹¹

Si no conocen cómo responderá el testigo, no pregunten. Recuerda que en el contra-interrogatorio no tienen control del testigo y se enfrentan a un testigo que ha sido preparado (o debió ser preparado) para enfrentarlos. Considerando dicho riesgo, una de las reglas de oro de un contra-interrogatorio es que uno solamente pregunta cuando sabe cuál será la respuesta y, por supuesto, cuando sabe que la respuesta es una que proporciona evidencia que sirve para su caso.

La pregunta obvia es ¿por qué el testigo que fue preparado para enfrentarnos, daría respuestas que favorecen nuestro caso? La respuesta es muy simple: no tiene otra alternativa pues si responde distinto, ustedes mostrarán que mintió. Ustedes preguntarán cuando tengan el documento, la carta, el memo, el correo electrónico que muestra cuál tiene que ser la respuesta del testigo pues él firmó el documento, él lo escribió, él envió el correo. El testigo tendrá que confirmar el contenido de lo que firmó y, si lo niega, los documentos acabarán con su credibilidad.

D. Ustedes mandan¹²

A diferencia de lo que explicamos más arriba para el interrogatorio (*Direct Examination*), en el contra-interrogatorio, ustedes son los protagonistas, y el testigo, simplemente, debe responder afirmativa o negativamente a sus preguntas. Ustedes mandan. Ustedes lideran. El testigo debe responder sus preguntas. Ni más, ni menos. Los límites de su participación son trazados por el abogado a cargo, y el testigo debe ser llevado y dirigido por el abogado de tal forma que el testigo se mantenga siempre dentro de dichos límites. En ese sentido, un contra-interrogatorio bien manejado debe tener como desenlace que el Tribunal quede favorablemente impactado con la *performance* del abogado. El abogado es el protagonista esta vez.

En este caso, por tanto, las preguntas deben ser cerradas¹³.

¹⁰ Ibid. p. 250.

¹¹ Ibid. p. 252.

¹² Ibid. p. 257.

¹³ Ibid. pp. 254-256.

Por ejemplo: Pregunta: *Estimado señor Gutiérrez, ¿usted firmó la carta del 10 de mayo de 2007 que aparece en el expediente como Anexo B-3 (y que está proyectada en la pantalla), dirigida al Gerente General de su empresa mediante la cual dio instrucciones expresas para que se resolviera el Contrato de Distribución, no obstante, cito textualmente "no existir ninguna causal de resolución válida"? ¿Es esa su firma señor Gutiérrez?* Respuesta: *Sí, yo firmé.*

La pregunta cerrada, entonces, es aquella que no deja espacios para que el testigo se escape. Estas preguntas usualmente contienen un recuento de los hechos o de la información que es materia de la pregunta y al final, exigen una confirmación (Pregunta: *¿Coincidirá usted conmigo en que esta comunicación señor Gutiérrez muestra que no existía ni existe sustento contractual ni legal para resolver el Contrato?* Respuesta: *Bueno...mmm...sí. Eso es lo que dice la carta*).

Cuando el testigo sometido a contra-interrogatorio se enfrenta a una serie de preguntas cerradas que lo van llevando, indefectiblemente, a confirmar todo lo que el abogado a cargo del interrogatorio pretende que se confirme, el testigo comenzará a sentirse incómodo; sentirá angustia; sentirá nervios quizá y frustración también. Todos estos sentimientos colaboran con que el abogado a cargo logre los objetivos que se trazó.

Es altamente probable que el testigo trate de escaparse; es altamente probable que trate de evadir dar una respuesta directa y prefiera, saliendo de la estructura de interrogatorio que ustedes plantearon, intentar dar explicaciones adicionales (que ustedes, por supuesto, no pidieron) o simplemente responder algo que no le preguntaron. Cuando ello ocurra, el abogado a cargo deberá mostrar quién está al mando. Debe insistir –con cordialidad y firmeza a la vez– en exigir al testigo que se limite a responder la pregunta. Y si el testigo insiste en evadir dar una respuesta, el trabajo del abogado consiste en hacer notar al Tribunal que el testigo se negó a responder. Y hacerlo notar una y otra vez, todas las veces que sea necesario. Corresponderá al Tribunal llamarle la atención e instruir al testigo para que responda. Incluso si no se logra que el testigo responda, ustedes ya habrán logrado el objetivo. Habrá quedado registrado en la grabación de la audiencia,

así como en la mente del Tribunal, que se trató de un testigo reticente a responder, un testigo que obstaculizó la prueba. Por tanto, un testigo cuyo testimonio, en todo lo que favorezca a la parte que lo ofreció, tendrá un mérito probatorio bastante discutible, si alguno.

Mantenerse al mando implica mantenerse por encima del testigo y las circunstancias. Si el testigo trata de sacarlos de sus casillas, se comporta de modo hostil o irrespetuoso; intenta argumentar con ustedes, o intenta asumir el control pretendiendo ser él quien efectúa las preguntas, ustedes deberán mantener su aplomo y, proyectando confianza, pedirle al Tribunal que lo llame al orden. Nunca argumenten con el testigo. Ustedes están por encima de él. En la audiencia, durante el contra-interrogatorio, ustedes son los jefes; y si el testigo se insubordina, y no atiende a las instrucciones, corresponderá que recurran al verdadero jefe (el Tribunal Arbitral) para que ponga fin a cualquier comportamiento inapropiado.

VI. REGLA DE ORO: HONESTIDAD

El objetivo es persuadir. Para persuadir, es imprescindible ser creíble. Finalmente, para ser creíble, no hay nada más efectivo y poderoso que decir la verdad. Si creen que lo explicado en este trabajo les ayudará a prepararse y preparar a sus testigos para que, sin decir la verdad, puedan no obstante ser persuasivos, están completamente equivocados. No han comprendido nada. El punto de partida es ser honestos. Su testigo de hechos debe decir la verdad de los hechos. Igualmente, su testigo experto debe ser honesto con su posición técnica. No hay testigo más convincente que aquél que dice la verdad, aun cuando eso dañe en parte su caso. Eso justamente lo hace creíble.

Puesto en perspectiva, antes de que su contraparte lo haga, es preferible que ustedes tomen la iniciativa, que reconozcan aquellos hechos y evidencias que no convienen a su cliente, y les den una explicación ante el Tribunal. Con seguridad, su explicación (si no es forzada ni exagerada, esto es, es honesta) será más conveniente que aquella que dé el abogado de su contraparte¹⁴. Como ha explicado a este respecto Steven D. Stara, "(...) (c)onfesamos pequeñas faltas con la finalidad de sugerir que no tenemos grandes faltas"¹⁵.

¹⁴ STARK, Steven D. Op. Cit. p. 101.

¹⁵ Ibid. p. 73. Traducción libre del siguiente texto: "We confess little faults in order to suggest that we have no big ones."

Finalmente, lo explicado arriba, si se preparan a profundidad, les ayudará a descubrir a los testigos que mienten, los testigos que opinan lo que conviene a la parte que los ofreció, no obstante no creer firmemente en ello. Es preferible tener un testigo que daña su caso en parte, siendo honesto consigo mismo y con los hechos del caso,

y que gana con ello la credibilidad del Tribunal y logra ser creíble en aquella otra parte de su testimonio que sí beneficia su caso. El testigo que miente, si se enfrenta a un abogado bien preparado, será descubierto. Presentar la verdad es una parte de su trabajo. Descubrir la mentira, la otra. Si hacen ambas cosas bien, ganarán la competencia.