



ANTONIO IRIBARREN CIC®-CEIC®
Socio Fundador de QDR

Copyright © 2015 Asesorías, Consultorías y Servicios QDR

PERITAJES EN CONSTRUCCION: EL INTERROGATORIO EN LA EXAMINACION CRUZADA DE LAS AUDIENCIAS

25 Septiembre 2022



Minería



Infraestructura



Energía



Oil & Gas

Este documento busca motivar la reflexión entre los actores de la Construcción, en términos de concordar y poner límites a ojos de una conveniente flexibilidad de los interrogadores, respecto la práctica y alcances de la Examinación Cruzada-*Cross Examination*: probablemente no haya consenso entre los pareceres, pero provocar la discusión nos llevará a sentar las bases de una definición común de la Examinación Cruzada, sus mitos y realidades.

El Contexto

Para ponernos en contexto, me permito transcribir algunos conceptos vertidos por connotados peritos y abogados del derecho de la construcción, respecto el interrogatorio en las Audiencias:

- *Desacreditar al perito o credibilidad de expertos.*
- *Encasillar al perito, no permitirle desarrollar.*
- *"Matar" al perito.*
- *Interrogar a los peritos respecto sus informes técnicos, para establecer certeza sobre las pretensiones del caso.*
- *Interrogar para demostrar/probar al Tribunal Arbitral que una versión (la de quien la esboza) es la más fiel a la realidad.*
- *Ratificar el informe pericial ante el Tribunal.*
- *Interrogar al perito de la parte contraria que ya ha declarado.*
- *Verificar o desacreditar el testimonio, el conocimiento o la credibilidad del perito.*
- *Desacreditar la credibilidad de un perito.*
- *Complementar la declaración del perito, con información que no ha sido proporcionada.*
- *Socavar la credibilidad de un perito adverso y facilitar la alteración de la percepción que tiene el tribunal de las pruebas del oponente.*

Propósito

Provocar y hacer reflexionar a los actores de las demandas arbitrales en Construcción, respecto del interrogatorio en la Examinación Cruzada de las audiencias en peritajes de construcción, para sentar las bases de una definición común, tendiente a eliminar las malas prácticas de interrogación.

Definiciones

Son seis palabras principales (y dos palabras secundarias) que examinar y reconocerles de forma previa, algunas características sine qua non, ad-hoc a los contratos de los proyectos de construcción: son Peritaje, Construcción, Interrogatorio, Examinación, Examinación Cruzada, Audiencia; Examinación Directa, Examinación Re-Directa. Las definiciones más certeras y razonables a mi manera de entender son:

- Peritaje, es un informe o un dictamen independiente que se construye sobre "hechos" -estructurado para facilitar la comprensión de cualquier persona ajena a la materia- que aporta valor y claridad al árbitro/juez/las partes, que se hace servir como prueba pericial ante un Tribunal. (Como establecen los lingüistas, nunca pericia: "aje" forma sustantivos que expresan acción).
- Construcción, es un conjunto de actividades organizadas que involucran el trabajo de construcción, es decir, ingeniería, procura, construcción, puesta en marcha, procedimientos constructivos y la misma operación del entregable del contrato.
- Interrogatorio, es un arte (escaso en nuestra Latinoamérica), una habilidad que exige conocimientos y ensayo, que se hace en la trinchera de la audiencia y a través de años de práctica, de ensayo y error. La forma ideal de aprender

a interrogar está inserta en los primeros tres pasos del Continuo Cognitivo¹.

- Examinación, es averiguar la verdad, demostrar/probar al tribunal arbitral que la versión de quien la esboza es la más fiel a la realidad: darle los elementos al árbitro para que se forme una opinión para resolver la disputa que le ha sido confiada (la verdad no es una: cada uno tiene su verdad y depende de la perspectiva de la parte).
- Examinación Cruzada (propósito), a) cuestionar al perito -en su persona-, para hacer ver que no merece ser creído, o b) cuestionar el contenido del testimonio, para hacer ver que lo que escribe en el informe pericial, no es cierto (en ese orden).
- Audiencia (propósito), permitir al tribunal decidir entre las dos versiones que le fueron presentadas, es conocer qué tienen que decir los peritos.
- Examinación Directa, es la que se realiza del perito ofrecido por la parte que realiza la examinación: es el interrogatorio de "su" perito y en arbitraje suele ser realizada primordialmente, mediante un testimonio por escrito presentado al momento de ofrecer los escritos sustantivos. La forma de realizar una Examinación Directa es mediante preguntas abiertas², para permitir que el perito se explaye: el foco de atención es el perito y el objetivo es explicar, dar detalles³.

- Examinación Re-Directa, "repreguntas" (propósito), remediar, corregir el daño que se pudo hacer en la Examinación Cruzada, si es que es posible, esclarecer algo que quedó pendiente. El alcance de la Examinación Re-Directa, es los temas tocados en la Examinación Cruzada.

Pensamiento estratégico

El provocar y hacer reflexionar a los actores en la industria de la Construcción respecto la Examinación Cruzada, descansa en una lógica de indagar, razonar, contextualizar y generar una hipótesis, basado en lo siguiente:

- "Una definición común del propósito del *Cross Examination*, cosa que no ocurre".
- "Está ocurriendo un desorden en cuanto al interrogatorio de los Abogados en los *Cross Examination*, qué esperaríamos que no ocurrieran".
- "No está ocurriendo la existencia de una definición común del Propósito de la Examinación Cruzada que defina la práctica y alcances del Interrogatorio y esperaríamos que existiera".
- "Los actores relevantes para que pase lo que deseo que pase, son los Peritos y Abogados en los peritajes de Construcción".

Premisas Básicas: Como Ingeniero Perito Internacional para demandas en Arbitrajes de Construcción, busco concordar objetivos respecto la práctica y alcances del Interrogatorio de la Examinación Cruzada, operando

¹ Continuo Cognoscitivo según categorías taxonómicas de A.S. BLOOM: 1) conocer el material informativo; 2) comprender lo aprendido; 3) aplicar, usando métodos para resolver problemas en situaciones diferentes; 4) analizar, identificando partes estructurales de un todo y relacionándolos; 5) sintetizar, reuniendo partes para formar un todo; y 6) evaluar, emitiendo juicios sobre el valor de un método o producto, poseer varias respuestas o razones para elegir o valorar.

² Cuando no contiene la respuesta; cuando invita a su destinatario a que la conteste en forma amplia.

³ Brindar la mayor cantidad posible de información. Así, se logra el propósito que la parte que lo ofrece cuente su historia de lo acontecido, en adición a la testimonial escrita, en la cual se le permita decir lo que percibió, en la forma que desee.

vía Procesos⁴, teniendo presente que podemos continuamente aprender y perfeccionarnos, a través del feedback y evaluación.

Aclaración de Expectativas: Este documento pretende una percepción compartida del problema por parte de los peritos y abogados protagonistas, un acuerdo acerca de los medios para resolverlo y sensibilización de los profesionales involucrados.

Examinación Cruzada⁵

La Examinación Cruzada es el interrogatorio del perito de la contraparte, y se basa en la premisa que la mejor manera de averiguar la verdad, es mediante una presentación del caso por las partes y su objetivo es demostrar por qué el testimonio no es digno de confianza: mientras que en la Examinación Directa la parte cuenta su historia, en la Examinación Cruzada se hace ver por qué dicha historia no es correcta o confiable.

La interrogación se realiza mediante preguntas cerradas⁶: es un diálogo complejo en el cual mucho está ocurriendo como subtexto, debajo de lo visible, entre líneas.

El motivo es control, es decir, permitir al examinador ejercer control sobre el perito, máxime que es su tiempo el que está siendo consumido y se circunscribe a lo indicado en la testimonial o las credenciales del perito, como resultado del propósito de hacer ver que algo que ha dicho merece ser matizado.

La respuesta sólo puede ser un "sí" o "no". Ello mantiene el control sobre el examinado, permitiendo al examinador seguir la ruta crítica que ha diseñado. Sin embargo, algunas pregun-

tas no pueden ser contestadas con un "sí" o un "no", por: a) mal diseño, o b) porque la realidad no puede ser encajonada en una respuesta estrecha y requiere explicación, pero para ello es la Examinación Re-Directa.

En la Examinación Cruzada el foco de atención es el abogado que pregunta: si hace bien el interrogatorio, podrá entender lo que quiere transmitir al evaluador, lo que puede incluir hacer ver por qué el perito no está siendo veraz, está omitiendo algo relevante para el caso, se está contradiciendo, o cualquier otra circunstancia que la parte en cuestión desee sembrar en la mente del evaluador.

El interrogatorio cruzado es una actividad altamente riesgosa, que debe hacerse sólo cuando queda claro qué se desea lograr y ser fruto de mucha preparación.

Algunos aspectos importantes

- Uno de los aspectos clave -y simple, pero no por eso comprendido por los peritos-, es que debe entender claramente que el Abogado no trabaja para el Tribunal, trabaja para el beneficio de su cliente y que el perito en conjunto con la parte y el abogado trabaja para hacer convicción al Tribunal.
- Otro aspecto, es la función del perito: a fin de evaluar una situación en disputa, proporcionar un análisis técnico y determinar consecuencias, el perito debe tener a su vista, la documentación suficiente que le permita conocer y comprender perfectamente el contrato y sus devianaciones, evaluar el encargo, definir y aplicar las técnicas, herramientas y metodologías

⁴ El conjunto de medidas y actividades interrelacionadas realizadas para obtener un conjunto específico de productos, resultados o servicios.

⁵ Cuestionar a) al perito -en su persona-, para hacer ver que no merece ser creído, y/o b) el contenido del testimonio, para hacer ver que lo que escribe en el informe pericial, no es cierto (en ese orden).

⁶ Cuando contienen la respuesta. Existen formas de aludirlas y en algunos sistemas este tipo de preguntas se prohíben, pues se parte de la premisa que su objetivo es lesionar (insidiosas) o no tanto lesionar como lo es controlar (leading questions).

pertinentes, para emitir un Informe Pericial que ayude al tribunal a entender el tema y a dictar una resolución: por ningún motivo dirimente.

- La práctica contemporánea del arbitraje internacional se basa primordialmente en la prueba escrita en la parte postulatoria, para luego usar la examinación en la audiencia del arbitraje: se supone que mediante esta confrontación -que incluye un enfrentamiento de intereses contradictorios-, se obtiene el insumo necesario para decidir quién merece ser creído.
- En mi opinión, una buena -y útil- Examinación Cruzada implica un esfuerzo intelectual importante que involucra no solo a los abogados de parte, sino que a los árbitros y muy particularmente a los peritos: es sorprendente la cantidad de peritos que no desempeñan bien su papel y de abogados que no saben hacer una Examinación Cruzada. Cuando un interrogatorio es bien hecho, puede ser el aspecto más estimulante de un caso, tanto para el interrogador como el evaluador, pues le ayuda a determinar cuál de las dos versiones que compiten es más probable que sea verdad.
- En el caso de los peritos, algunos de los motivos por los cuales no desempeñamos bien nuestro papel, entre otros son:
 - o porque el abogado no nos explicó nuestro papel (por ejemplo, decir la verdad, contestar sólo lo que se les pregunta),
 - o por nerviosismo,
 - o por suponer que nuestro papel es tratar de "echarle la mano a su parte",
 - o porque caemos en el juego de la

rivalidad que suele generarse entre el abogado que nos interroga y el perito: como resultado, se generan discusiones no sólo descorteses, sino ásperas.

Al respecto, resultan realmente preocupantes los niveles de descortesía y agresividad demostrada por algunos abogados interrogadores⁷: es una mala praxis que los actores arbitrales debiéramos repudiar. Un individuo dispuesto a realizar cualquier cosa para conseguir o cumplir un objetivo, raya la frontera de caer en prácticas contrarias a la ética y buenas costumbres. ¿El fin justifica los medios?

Desde luego, también es una mala praxis de los peritos, no responder o evadir lo requerido: muchas respuestas no se corresponden con lo que se nos pregunta.

- o constatar que los actores no conocen bien el expediente, pues obviamente lo que se está comunicando depende de conocer las premisas de la discusión, tanto en los escritos como en las testimoniales: carecer de dicho antecedente, suele tener por efecto, que el evaluador no entienda el porqué de una línea de preguntas.
- Muchos de los interrogadores exitosos utilizan la siguiente regla: por cada hora de interrogatorio, debe invertir a lo menos diez horas en preparación y aunque parezca exageración, no lo es.

Bibliografía

El presente post tomó referencias y datos sustanciales de "El Arte del Interrogatorio"-jun2017, del abogado mexicano Francisco González de Cossío.

⁷ Soy partidario de evitar la mala práctica habitual el uso de adjetivos excedidos en el celo, para descalificar y desacreditar el perito contradictorio en los interrogatorios de la Audiencia: siempre es posible interrogar técnicamente, siendo respetuoso y cortés, sin recurrir a adjetivos invalidantes.