



UNIVERSIDAD
ALBERTO HURTADO

RAFAEL BLANCO SUAREZ
MAURICIO DECAP FERNANDEZ
LEONARDO MORENO HOLMAN
HUGO ROJAS CORRAL

LITIGACIÓN ESTRATÉGICA



LexisNexis

PP80

generación de un proceso penal que fuera capaz de conceder a las partes los roles de acusación y defensa y, por tanto, la activación de las estrategias y adopción de conductas mucho más persuasivas ante los tribunales imparciales. Podría decirse, entonces, que el proceso penal y el juicio oral representan un escenario donde compiten relatos alternativos que intentan explicar, fundamentar y sostener una determinada pretensión de culpabilidad o inocencia. Esta competencia de relatos discute sobre el eje de la imputación, esto es, los relatos son realizados directamente ante quien tiene la atribución y función de dirimir el conflicto entre partes, o dicho de otra forma, el conflicto de relatos entre partes.

El juicio oral es por excelencia la sede, en la cual se despliegan los relatos en competencia, sobre la base de un conjunto de reglas que delimitan las atribuciones, derechos y deberes de las partes del juicio. Sin embargo, en cada audiencia de la fase de investigación se propende al mismo estilo de debate oral donde las partes —sobre la base de argumentaciones y antecedentes— intentan persuadir a un tercero imparcial sobre sus pretensiones, en pos de una decisión favorable.

Arribar al juicio oral supone por parte del órgano acusador contar con un relato acompañado de antecedentes que lo respaldan; tales como, declaraciones de testigos o peritos,¹⁰ documentos en los cuales se basa, funda y sostiene el relato de los hechos que alega el acusador, pruebas materiales, etc.

A su turno, la defensa desplegará un relato paralelo que, apoyado igualmente en los antecedentes recopilados durante su investigación o por el propio Ministerio Público, intentará desdibujar el relato de la fiscalía, explicando los hechos desde una óptica diferente. El defensor tendrá que optar por la construcción de un relato alternativo (defensa positiva) o basado en la concentración puntual sobre problemáticas, incertidumbres o contradicciones de las pruebas de la fiscalía (defensa negativa), o combinar ambas modalidades de un modo coherente y verosímil.

De lo que no cabe duda es que el abogado litigante es un narrador, que recurre ante el tribunal para contar de manera más persuasiva la historia de su cliente, de modo que se ofrezca una opción razonable al juez como para que la repita al momento de resolver la controversia.

Lo señalado en los párrafos precedentes importa para sostener que las pretensiones de las partes en un proceso penal deben ir premiadas

de un elemento fundamental: una idea central o teoría explicativa sobre lo que ocurrió. En definitiva, una idea transformada en relato, que intentará dar cuenta de un hecho, omnicompreensiva, autosuficiente, única y verosímilmente.

Esta teoría central ha sido denominada en la literatura comparada como "teoría del caso", (*theory of the case*)¹¹ expresión que representa la idea eje a partir de la cual son desplegadas las energías y estrategias a través de las cuales se diseñan los eslabones argumentativos a ser presentados en las distintas audiencias de la fase de investigación y en el juicio oral.

La teoría del caso intenta constituirse en una suerte de plantilla a través de la cual el litigante invita a los jueces a mirar la realidad, o más propiamente, los hechos del caso, proveyéndolos de un lente para dar una lectura intencionada que permita explicar lo sucedido. La teoría del caso corresponde a la idea central que adoptamos para explicar y dar sentido a los hechos que se presentarán como fundamentos de una historia, permitiendo dar cuenta de la existencia de una determinada teoría jurídica.

La preparación de las actuaciones de cada parte en las distintas audiencias de la fase de investigación y en el juicio oral debe ir precedida necesariamente de la determinación de una versión central sobre lo que ocurrió, lo cual se hace construyendo una teoría del caso que relate hechos a través de una determinada hipótesis jurídica (o teoría jurídica¹²). Lo que el litigante experto debe hacer es dejar a un lado la abstracción de lo normativo para asociar los elementos del tipo a los hechos

¹⁰ MAURY, Thomas A.; *Trial Techniques*, Aspen Law & Business, Aspen Publishers, Inc., Gaithersburg / New York, 5ª edición, 2000. "Una teoría del caso es una idea y amplia historia sobre lo que 'realmente sucedió' desde su propio punto de vista. Debe ser consistente con la evidencia no controvertida y con su propia versión de la evidencia controvertida y la aplicación del derecho sustantivo. No sólo debe mostrar qué ocurrió, sino que además debe explicar por qué las personas en la historia actuaron de la manera en que lo hicieron... Debe ser una historia persuasiva que será la base de su evidencia y argumentos durante el juicio. Si Ud. no se esfuerza de declarar su teoría del caso en uno o dos minutos, entonces se requiere más trabajo.", op. cit., p. 24. Complementos con MAURY, Thomas A.; *Verdict*, Aspen Law & Business, Aspen Publishers, Inc., 4ª edición, 1995, p. 93.

¹¹ Al hablar de teoría jurídica hacemos referencia a la figura legal que se inventará verbalizar. Por ejemplo, la teoría jurídica del fiscal o del querrelante será la conclusión de un delito de violación, o de un delito de robo con violencia, o un fraude, etc., dependiendo de los hechos respecto de los cuales ha tomado conocimiento. Para el defensor penal, la teoría jurídica puede estar constituida por una causal de exculpación, de justificación, por una afirmación incomplicada u otra. Lo importante es que el litigante debe transmitir la versión normativa de los hechos en una teoría del caso que le facilite la explicación y narración de las proposiciones fácticas para lograr vencer en el juicio.

ocurridos, para lo cual debe individualizar las afirmaciones de hecho (o proposiciones fácticas) que permitan satisfacer los elementos que componen la teoría jurídica de que se trata, sin descuidar el análisis de la evidencia que se utilizará para respaldar cada afirmación de hechos.

Este conjunto de acciones debe permitir expresar una idea o hipótesis central unívoca, sencilla de explicar y repenir; debe resultar autosuficiente y lo más omnicomprensiva posible, de manera de influir en el tribunal para que se forme una impresión de lo que aconteció y arriba a las mismas conclusiones que el litigante le sugiere.

6. CARACTERÍSTICAS DE LA TEORÍA DEL CASO

La teoría del caso posee algunas notas discriminativas que pueden ser presentadas como rasgos a ponderar al momento de construir y optar por una teoría del caso definitiva. Nuestra visión es que toda teoría del caso debe caracterizarse por ser: a) única; b) autosuficiente; c) verosímil, y d) asociada a un valor y/o bien jurídicamente relevante.

a) Única

Esta idea responde a que en el nuevo sistema, y por una cuestión de simple lógica, el litigante debe presentar una versión determinada de los hechos a objeto de explicarlos y dotarlos de consistencia argumentativa. En otras palabras, el litigante no puede presentar varias alternativas o versiones acerca de los hechos, más bien debe presentar una versión única por lo que deben ser desestimadas las peticiones subsidiarias.

La idea de una versión única que logre dotar de coherencia al conjunto de los hechos viene exigida por diversas razones, entre las que podemos listar las siguientes:

1. No resulta creíble una historia que es presentada con versiones alternativas. No es confiable que un litigante postule que su representado no estuvo en el lugar donde se cometió el crimen y al mismo tiempo señale que, en subsidio, debe entenderse que actuó en legítima defensa.
2. No es posible que un mismo litigante presente determinadas testigos que acrediten una historia, para luego incorporar las declaraciones de otros testigos que narren otra versión de los hechos.

A la luz del procedimiento penal chileno, estas aseveraciones requieren ser matizadas. En el evento que los miembros del tribunal oral en lo

penal soliciten a los litigantes que debatan sobre una eventual recalificación de los hechos del juicio, cuestión que podría ocurrir antes de los alegatos de clausura, quienes deben definir la estrategia que asumirán frente al llamado del tribunal, pudiendo: 1) insistir con su posición inicial, o 2) intentar acomodar su versión a la propuesta del tribunal. Nuestra sugerencia es insistir con la versión planteada desde el inicio del juicio, y sólo si fuera posible intentar subsistir la recalificación enunciada por el tribunal dentro de la teoría del caso inicialmente defendida. Esta es una recomendación que tiene especial sentido para el Ministerio Público, pues parece coherente y persuasivo que frente a un llamado a recalificar, el litigante se esfuerce aún más por destacar las fortalezas de la versión y calificación jurídica planteada al inicio del juicio, focalizándose en aquellos elementos que marcan la diferencia entre la insinuación del tribunal y su propia teoría.

A modo de ejemplo, si el fiscal del Ministerio Público ha planteado como teoría jurídica el robo con violencia, y el tribunal invita a una recalificación jurídica por estimar que podría haber robo por sorpresa, resulta coherente intentar señalar que los hechos de todas formas dan cuenta de una acción furtiva y sorpresiva por parte del acusado, pero que ello sería aceptable únicamente si no se tomaran en cuenta otros elementos que son los que marcan la diferencia, focalizándose desde ese momento, en los otros hechos que a juicio del fiscal permiten estimar que el robo es con violencia, utilizando la mayor parte del tiempo para relevar aquellos dichos de los testigos y la víctima que dan cuenta precisamente de la violencia que se intenta acreditar.

En el caso de la defensa, los problemas de la teoría del caso única tienen relación con la existencia de una audiencia eventual de determinación de la pena (345 C.P.P.)¹². Ello obliga al defensor a estar atento a la intensidad de los argumentos que dará a conocer sobre el fondo del asunto durante el juicio, pues podría incurrir en el error de omitir información relevante a la hora de tener que discutir la pena; razón por la cual en la práctica muchos defensores presentan todos los argumentos en la misma audiencia del juicio oral, y más específicamente en el discurso de clausura. Lo señalado anteriormente supone entonces que

¹² La redacción actual del art. 345 C.P.P. ha generado problemas prácticos de litigación, y en particular desde el punto de vista de la defensa, por lo cual resulta recomendable su discusión y revisión, aunque manteniendo su carácter excepcional.

frente a una estrategia de defensa positiva donde se sostenga la inocencia del acusado, deberá presentarse en forma subsidiaria el conjunto de eximentes incompletas o atenuantes que concurren para el eventual caso que se dicte sentencia condenatoria.

La única forma de obviar este dilema es conversar al inicio del juicio con el juez para definir con anterioridad si existirá un audiencia de determinación de pena y según eso decidir si se alegarán en la clausura las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal, aun cuando ellas resulten poco coherentes con la petición principal del defensor presentada en el juicio.

Debe recordarse que el defensor que piensa valerse de una determinada circunstancia atenuante debe presentar durante el desarrollo del juicio los hechos en que basa, como presupuesto material, la existencia de la atenuante que se invoca, dejando para el discurso de clausura o para la audiencia de determinación de pena la argumentación jurídica sobre la misma circunstancia. Asimismo, debe recordarse que de conformidad a una modificación legal reciente, es posible acompañar directamente a la audiencia de determinación de pena el informe presentencial que ayuda al tribunal a definir la pena en caso de condena¹⁹.

b) *Autosuficiencia*

Esa característica de la teoría del caso apunta a que la versión o idea central que el litigante entregue en las distintas audiencias de la fase de investigación debe ser capaz de dar cuenta del conjunto de hechos que ocurrieron, sin dejar cabos sueltos o circunstancias relevantes que no puedan ser explicadas por esa versión o teoría central.

Resultado necesario que la teoría del caso tenga la capacidad de dotar de lógica y sentido al conjunto de los hechos que rodean un caso, permitiendo presentar la idea central con alto nivel de consistencia y evitando que la contraparte dañe esa coherencia interna con hechos que no somos capaces de explicar a partir de la teoría del caso seleccionada. Debe el litigante esforzarse por conocer exhaustivamente los hechos y analizar el conjunto de las pruebas para reforzar todos los ángulos y explicaciones del caso, trabajando aún los detalles que parecen marginales, a objeto de evitar la existencia de los denominados cabos sueltos

¹⁹ Ver modificación introducida al art. 15, letra g, de la ley N° 18.216 por la ley N° 19.805.

o hebras de una historia que parecen no guardar relación con la tesis central asumida.

A modo de ejemplo podemos señalar que si la víctima de una violación decide posteriormente salir de viaje con el supuesto violador, es evidente que el fiscal tendrá que designar tiempo y esfuerzo para encontrar una razón que haya justificado el comportamiento de la víctima, e integrar ese hecho en el conjunto del relato para que posea sentido, de cara a la imputación criminal y al nivel de verosimilitud del hecho mismo.

c) *Verosimilitud*

Otro aspecto que debe ser tenido en consideración al momento de formular la teoría del caso es que ésta debe ser planteada en términos simples, utilizando en su configuración reglas elementales de la lógica, conocimientos científicamente avanzados y/o máximas de la experiencia adquirida por cualquier ciudadano. De lo que se trata, en definitiva, es que los jueces sean capaces de entender, retener y asimilar la idea central que da sentido al conjunto de los hechos, razón por la cual el proceso de aceptación debe estar rodeado de elementos de convicción que faciliten la asimilación y toma de posición del juzgador. Falso se verá facilitado en la medida que los hechos narrados sean palabras de reconducir a la experiencia cotidiana y general de la gente, a argumentaciones que tengan un desarrollo causal y que incluso estén avalados por conocimientos científicos generales, todo lo cual contribuirá a dotar de plausibilidad y razonabilidad al relato que se intenta acreditar.

e) *Asociación a un valor y/o bien jurídico*

Cada vez que elaboramos el relato constitutivo de nuestra versión de los hechos, debemos realizar esfuerzos por vincular nuestro caso con algún valor o un bien jurídico involucrado en la resolución del caso. Pensamos en una hipótesis de violación; podremos incorporar a nuestros discursos de apertura y clausura una alusión a la indemnidad sexual o a la autodeterminación sexual, dependiendo de la edad de la víctima. Lo mismo podremos hacer ahora desde la perspectiva de la defensa cuando extremos, por ejemplo, frente a un claro tema de discriminación racial, social o de otra naturaleza; de nuevo incorporaremos en nuestros alegatos una referencia a este elemento, que nos permite en definitiva entregar al juzgador otro punto de vista o razón para favorecer nuestra

teoría del caso al dictar su resolución. En efecto, de lo que se trata es de entregar al juzgador otros elementos, valores o bienes jurídicos reconocidos por la sociedad en su conjunto, que se encuentran en juego en el caso que ellos deben resolver, entregándoles con ello una razón adicional fundada en nuestras creencias y convicciones como sociedad para fallar en nuestro favor.

7. CONSTRUCCIÓN DE LA TEORÍA DEL CASO.

USO DE PROPOSICIONES FÁCTICAS

Para respaldar la teoría del caso, se recurre a lo que se denominan "proposiciones fácticas", esto es, afirmaciones de hecho que satisfacen un elemento legal de la teoría jurídica que se intentará acreditar.¹⁴

En el caso de la fiscalía, lo anterior se traduce en la obligación de acreditar un ilícito determinado, dando cuenta de todos y cada uno de los elementos que conforman el tipo penal. Desde la perspectiva del órgano acusador, podrá sostenerse que se tiene un caso cuando las evidencias disponibles permitan afirmar cada uno de los elementos del tipo. En este caso se requerirá, a lo menos, una proposición fáctica por cada elemento del tipo penal¹⁵.

La defensa, en cambio, acreditará su teoría jurídica dando cuenta de los elementos que conforman una legítima defensa, v. gr., una fuerza irresistible, o cualquier otra causal de exculpación, o bien acreditará elementos que permitan configurar una eximente incompleta de responsabilidad, que sumada a otras circunstancias atenuantes permita disminuir el monto de la pena.

Otra alternativa de la defensa es simplemente acreditar la inocencia a través de una defensa negativa. Desde la óptica de la defensa se podrá sostener razonablemente esta postura en un juicio cuando se tenga a lo menos antecedentes y evidencias que permitan destruir una de las

¹⁴ Al utilizar la expresión "proposiciones fácticas" lo hacemos a partir de las explicaciones de Paul Bergman. Véase BERGMAN, Paul. *La Defensa en Juicio. La Defensa Penal y la Oralidad*. Abadado-Paron, 2ª edición, Buenos Aires, 1995 (versión original en inglés *Trial Advocacy in a Nutshell*, West Publishing Co., 2ª edición, 1989), en especial pp. 21-24. Según Bergman, "las proposiciones fácticas eliminan la distancia entre la historia y la teoría legal... las proposiciones fácticas nos dicen cuáles son las pruebas que debemos aportar...", op. cit., p. 24.

¹⁵ La fiscalía debe acreditar los elementos del tipo penal y el conjunto de circunstancias modificativas de responsabilidad, todo lo cual en conjunto forma parte de la teoría jurídica.

proposiciones fácticas que acreditan uno o más de los elementos del tipo. En otras palabras, para ganar un juicio a la defensa le basta desactivar las proposiciones fácticas de un elemento del tipo penal, desplegando para ello toda la energía que permita desvirtuar la prueba que sustenta la respectiva proposición fáctica. La otra alternativa de la defensa es acreditar los elementos de una teoría jurídica con lógica de defensa positiva, para lo cual deberá contar con evidencia que permita sostener cada una de las afirmaciones de hecho que en su conjunto dan cuenta de la estrategia planteada.

Por último, debe considerarse que existiendo evidencia disponible por parte de la defensa, ésta debe privilegiar una defensa de carácter positiva. Ello resulta una ventaja estratégica, puesto que un relato alternativo que logre sustentarse a través de medios probatorios aspira no sólo a transferirse en la versión acogida por el tribunal sino que, asimismo, tiende a introducir dudas sustantivas respecto de la teoría del caso del fiscal.

Para fijar la teoría del caso que se formulará en el juicio se debe previamente verificar: 1) a qué teoría jurídica se reconducirán los hechos, los que se presentan normalmente desprovistos de una referencia normativa; 2) cuáles proposiciones fácticas son las que sustentan la teoría del caso, y 3) qué evidencias permiten sostener cada una de las referidas proposiciones fácticas.

Las recomendaciones precedentes resultan importantes de atender puestas ilícitos penales o las causales de exculpación responden a formulaciones complejas, abstractas, de carácter general, sin referencia a un caso concreto; de allí la urgencia de traducir dichas formulaciones en hechos concretos, referidos a un caso particular. Para realizar en forma exitosa y sencilla tal ejercicio de transformación, esto es, de traducir las abstracciones en hechos concretos, se recurre a las proposiciones fácticas.

Resulta importante destacar la utilidad que prestan a los litigantes las proposiciones fácticas, entre las que destacan las siguientes:

1. Las proposiciones fácticas constituyen una forma de resolver la distancia entre una teoría jurídica por naturaleza abstracta y un mero relato de hechos.
2. Las proposiciones fácticas permiten dirigir una investigación, relevando o evidenciando los aspectos faltantes para contar con una teoría del caso terminada y afinada para ser acreditada en juicio.
3. Las proposiciones fácticas contribuyen a esquematizar las presentaciones que las partes realizarán en el juicio oral.

4. Las proposiciones facticias permiten ordenar la presentación de la evidencia, según un correlato temático o cronológico de los hechos que deben ser probados para dar por acreditado cada elemento del tipo.

5. La utilización de proposiciones facticias es una ayuda para medir el posible resultado de un juicio, toda vez que el litigante podrá levantar frente a cada afirmación de hecho las posibles evidencias que permitirán probar cada uno de los elementos del tipo de un ilícito criminal.

Ejemplo de planilla de teoría del caso (a ser llenada por el litigante).

Versiones de los Hechos	Teoría Jurídica	Proposiciones Facticias	Evidencia o Antecedentes	Características Evidenciales	Orden de Presentación	Debilidades

8. DIFERENCIAS EN EL USO DE PROPOSICIONES FACTICAS ENTRE FISCALIA Y DEFENSA

Si bien la dinámica del juicio oral se produce entre adversarios que sostienen posiciones antagónicas y que, por ende, poseen un relato de los hechos distintos en todo o parte, no es menos cierto que dicho enfrentamiento se produce sobre la base de un conjunto de reglas que forman parte de los principios básicos del sistema procesal penal, y que toman diferente la posición de la fiscalía y de la defensa en el uso de las proposiciones facticias.

El órgano de persecución penal debe probar los cargos que formula en contra de la persona acusada, la que se presume inocente hasta que la fiscalía no demuestre lo contrario y un tribunal no pronuncie condena definitiva base a las evidencias que la fiscalía presenta. La carga de la prueba corresponde al órgano acusador y no a la defensa, pudiendo esta última, en atención a los principios probatorios enunciados, limitarse a realizar una defensa negativa, esto es, rechazando la acusación de la fiscalía.¹⁶

¹⁶ Buenos ejemplos sobre las diferencias entre las estrategias de la fiscalía y la defensa pueden encontrarse en KIMLAWIC, Michael: *How to Try a Murder Case, The Handbook for Arraignment Lawyers*, MacMillan, Nueva York, 1997.

Lo señalado precedentemente, desde el punto de vista del uso de proposiciones facticias, supone que a la defensa podría llegar a fastidiar el hecho de concentrar sus fuerzas y atacar una sola de las proposiciones facticias de la fiscalía para ganar un caso, si ella fuere la única que sostiene el elemento del tipo; en circunstancias que tratándose de la fiscalía, ésta debe probar cada proposición facticia que corresponde a cada uno de los elementos del tipo que constituyen el ilícito criminal, debiendo siempre que ello fuere posible, tener más de una evidencia de respaldo para dar por acreditado ese elemento del tipo penal.

En la eventualidad de una competencia abierta de relatos antagónicos entre fiscalía y defensa, por ejemplo, cuando la defensa plantea una defensa positiva, si bien cada parte se esforzará en dar por acreditados los relatos a través de las proposiciones facticias y el uso consecuencial de la evidencia para respaldar cada proposición, no es menos cierto que en el marco de tal competencia la fiscalía debe superar el estándar que la ley exige al tribunal para condenar a una persona, cual es que el tribunal adquiere una convicción más allá de toda duda razonable de que el acusado merece ser condenado.

La defensa podría ganar el juicio aun sin lograr acreditar su teoría del caso, pues es la fiscalía la llamada a probar su versión de los hechos. Por otra parte, si la defensa plantea una teoría del caso alternativa y no logra acreditarla, pueden producirse puntos a favor de la fiscalía, aunque ello no la releva de tener que acreditar su propia teoría.

9. SUGERENCIAS EN LA GENERACION DE LA TEORIA DEL CASO

En base a lo señalado en los apartados precedentes y más allá de las herramientas metodológicas que auxillarán los pluriargumentos de las partes, podemos afirmar que el trabajo del abogado en el juicio consiste en narrar y persuadir. Narrar como método y persuadir como objetivo.¹⁷ Para desempeñarse como un pensativo narrador en un juicio, la teoría del caso se constituye en los pilares o ejes del trabajo a desarrollar. Una mala teoría del caso afecta las posibilidades persuasivas del litigante.

¹⁷ Para un fortalecimiento de las técnicas de persuasión ante los tribunales, se recomienda la revisión de MARRER, Sir David: *The Techniques of Persuasion*, Sweet & Maxwell, 4^a edición, Londres, 1991.

Dado que el trabajo de preparación de la teoría del caso es un ejercicio diacrónico que se actualiza a medida que se va recopilando la información¹⁸, se requiere de la realización de las siguientes acciones previas a la participación en el juicio mismo¹⁹:

- a) Análisis detallado de los hechos: conocer en forma completa las diversas aristas de los hechos que motivan el juicio.
- b) Análisis de la forma en que los hechos caizan o no en una determinada hipótesis jurídica, esto es, análisis acerca de la forma en que pueden enmarcarse los hechos en un tipo penal.
- c) Desglosar el tipo penal en los elementos que lo configuran, para luego traducirlos en proposiciones fácticas.
- d) Definir la evidencia que se posee para respaldar cada una de las proposiciones fácticas.
- e) Debemos identificar el valor y/o bien jurídico central involucrado en el caso. Es lo que en la doctrina comparada se denomina "el tema" del caso.
- f) Debemos elaborar el "lema" de nuestro caso, esto es, una frase breve que identifique de manera clara la cuestión central debatida en este caso. Se trata, por decirlo en palabras sencillas, de elaborar un suerite de título periodístico o cufia que resuma en pocas palabras el caso que presentaremos al tribunal. Este lema debe ser utilizado por el litigante cada vez que pueda en sus intervenciones verbales ante el tribunal, particularmente al inicio y al término de sus alegatos de apertura y clausura.
- g) Análisis pormenorizado de los relatos que los testigos de tales hechos realizan (tanto los testigos propios como los de la contraparte).
- h) Análisis detallado de los relatos que los peritos del caso realizan (tanto los peritos propios como los de la contraparte).
- i) Análisis de otras evidencias que sirvan de fundamento a las posiciones propias y a la de la parte contraria.
- j) Revisión sobre la licitud de la prueba que se desea disponer en el juicio.

¹⁸ El lema para la formulación definitiva de la teoría del caso de la fiscalía es el dado por la formulación de la acusación. En el caso de la defensa, la formulación definitiva de su teoría puede tener lugar hasta la Audiencia de Preparación del Juicio Oral, sin perjuicio de la posibilidad de renunciar a su prueba y plantear una mera defensa negativa en el juicio.

¹⁹ A medida que se van enunciando, se recomendará respetar el siguiente orden: a), e), f), g) (h), d), c), b), j), i), y k).

k) Determinación de las peticiones que se realizarán en el juicio y los antecedentes con que se cuenta para respaldar tales planteamientos.

l) Determinación de las peticiones que se realizarán en el juicio por la parte contraria y los antecedentes con que dicha parte cuenta para respaldar sus planteamientos.

m) Posición que se adoptará frente a los argumentos de la parte contraria y elementos o antecedentes que se utilizarán para rebatir tales argumentaciones.

Del análisis que se realice de los elementos precedentes es que se podrá fijar la teoría del caso que la parte sostendrá en el juicio y construir la estrategia a seguir (no sólo en tribunales, sino que también en el trabajo interno y eventualmente a través de los medios de comunicación)²⁰. Una vez definida tal teoría se deberá identificar lo que cada elemento de esa construcción aportará, por ejemplo, lo que cada testigo deberá relevar, lo que cada perito deberá presentar, lo que cada objeto o documento podrá aportar, todo lo cual deberá presentarse en una determinada secuencia (v. gr., cronológica, lógica, temática, etc.), cómoda para el receptor de los mensajes.

10. RECOMENDACIONES PARA EL JUICIO ORAL

Habiéndose fijado la fecha para la audiencia del juicio oral, se propone que cada una de las partes revise con detención:

- a) Las declaraciones previas de los testigos propios que se presentarán en el juicio, para relevar los puntos de tales declaraciones que contribuyan a la teoría del caso.
- b) Las conclusiones de los informes de peritos que se presentarán, para que los peritos efectivamente releven los aspectos y conclusiones de sus informes que resultan importantes para la teoría del caso de la parte que los presenta.
- c) Los aportes de los objetos, materiales y otros documentos que se quieren enseñar en el juicio, para respaldar la teoría del caso de la parte que los presenta.

²⁰ En la adopción de una estrategia, adaptar al ámbito jurídico las lecciones de Mintzberg, Henry, Quinn, James Britton: *El Proceso Estratégico. Conceptos, Contextos y Casos*. Prentice Hall, 2ª edición, México, 1993.

Asimismo, puede resultar necesaria la utilización de elementos visuales de apoyo, que aun cuando no constituyen prueba, tienden a facilitar la comprensión de lo declarado (v. gr. diagramas, animaciones computacionales, objetos, etc.)²¹.

d) El orden en el que se irán presentando las evidencias en el juicio oral, para asegurar que dicho orden sea coherente y ayude a la presentación de la teoría del caso. Por ejemplo, puede ser útil que un testigo informe al tribunal sobre el sitio del suceso, para que después otro testigo relate los hechos ocurridos.

e) El cumplimiento de los elementos fundamentales de la teoría del caso, analizando si su exposición se logra a través de un relato sencillo, autosuficiente, autodescriptivo, creíble, lógico, coherente y repetible, entre otros aspectos, pues de ello depende el éxito que se tendrá en el desarrollo del juicio.

Un aspecto central que siempre es objeto de análisis y comentarios dice relación con la veracidad y buena fe en la presentación de las evidencias y, por tanto, en la fijación de posiciones de la parte en el juicio.

A este respecto cabe señalar que la verdad y la buena fe no sólo son reclamadas como un imperativo ético, sino que también como una consideración estratégica del litigante. En el marco de un sistema contradictorio, adversarial, donde las evidencias van acrecentadas a un test de prueba-cruz, en el cual cada declaración va a ser analizada por parte de quien la presenta como también por parte del adversario, el prestigio y la credibilidad de los litigantes se encuentran mucho más expuestos ante la comunidad (judicial) que en el anterior sistema.

En atención a consideraciones estratégicas, éticas y eventuales responsabilidades penales, es inaceptable que el litigante falsee, manipule o tergiverse los hechos —y los antecedentes que los sustentan— a ser presentados en un juicio oral.

Como complemento de lo anterior, y desde una perspectiva estratégica, existe una alta probabilidad que la contradicción e inconsistencia entre las declaraciones o explicaciones de testigos o peritos en el juicio queden de manifiesto, todo ello en razón de las reglas de la litigación adversarial, y en especial de la modalidad de contraxaminación,

²¹ Por no tratarse de prueba, los elementos utilizados como apoyo gráfico no requieren ser ofrecidos en la Audiencia de Preparación del Juicio Oral. Sin perjuicio de lo cual su pertinencia y oportunidad debe ser objeto de discusión en la Audiencia de Juicio Oral, antes de su utilización.

refrescamiento y confrontación de declaraciones en el juicio. En definitiva, se generará en los jueces una mala impresión que será atenuada al momento de resolver.

Por tanto, en el nuevo sistema se produce un cizco decaído entre exigencias éticas y estratégicas.

11. UTILIDAD DE LA TEORÍA DEL CASO DURANTE EL DESARROLLO DEL JUICIO ORAL

Durante el juicio oral, la teoría del caso es una guía práctica para: a) formular el alegato de apertura; b) desarrollar los exámenes directos de testigos; c) preparar los contraxámenes; d) formular objeciones; e) anticipar los argumentos de la clausura.

a) Utilidad de cara al alegato de apertura: Dado que la formulación de la teoría del caso precede a la realización del juicio oral, los litigantes tienen la posibilidad de preparar y ensayar un relato persuasivo y creíble, el que tendrá que ser dado a conocer al momento en que los jueces invitan a las partes a exponer sus alegatos de apertura. Estos alegatos constituyen la primera y mejor oportunidad para los intervinientes de mostrar al tribunal oral sus teorías del caso, los pilares que la sustentan, y las evidencias claves que invitan al tribunal a mirar los acontecimientos desde una perspectiva particular y única.

Como se verá con más detalle en el Capítulo III, en la apertura se formulan las promesas sobre lo que se demostrará ante el tribunal, a través de un relato o hipótesis central que intenta presentar los hechos desde una mirada unívoca, creíble, verosímil, y que logra englobar el conjunto de los hechos que serán acreditados en el juicio.

b) Guía para desarrollar los exámenes directos: Transcurrido el momento del alegato de apertura, el tribunal oral invita a las partes para que le informen sobre los medios de prueba en los que basan la acusación y la defensa del acusado. El nuevo sistema ha sido más flexible en la presentación de estos medios de prueba, y no habiendo un sistema de tachas, los exámenes directos y los contraxámenes de los testigos y peritos deben ser debidamente preparados.

En el interrogatorio directo las partes que presentan a los testigos y peritos deben esforzarse por dejar en claro cómo el testigo o perito aporta con su relato a la fundamentación de la teoría del caso que la parte

esgrime, relevando aquellos aspectos centrales que representan el aporte más sustancial. En este sentido, lo que guía las preguntas a los testigos son precisamente aquellas proposiciones fácticas que el testigo puede sostener o acreditar con su declaración.

Podemos afirmar, entonces, que los testigos son seleccionados en conformidad a las proposiciones fácticas que se intenta demostrar, razón por la cual las preguntas que se formulan a cada testigo están confeccionadas precisamente para que el testigo responda algo que permita servir de base para probar la teoría del caso de que se trata.

c) Los contraexámenes son los espacios de acción en los que mejor se puede dañar la teoría del caso de la contraparte, identificando previamente los puntos concretos de ataque, según la planilla de la teoría del caso. Como se verá en el Capítulo III, el contraexaminador nunca debe caer en la tentación de intentar averiguar información que hasta ese momento no posee, más bien debe sacar a relucir los antecedentes que conoce y que el testigo de la contraparte debe reconocer públicamente en la audiencia, afectando a la parte que lo ha presentado en el juicio. Para lograr fortalecer la teoría propia y afectar la credibilidad o el testimonio del testigo de la contraparte, no sólo se requiere experiencia —por cierto importante—, sino que es recomendable que en la planilla de la teoría del caso estén individualizadas las inconsistencias que se saldrá a ratificar en el contraexamen a través de preguntas sugestivas y cerradas.

d) Guía práctica para definir, fundar y formular objeciones durante el juicio.

e) Guía práctica para identificar los elementos centrales que deberán ser relevados en el discurso de clausura, y siempre conforme a la evidencia rendida en el juicio.

12. CLASIFICACIÓN ESTRATÉGICA DE LAS EVIDENCIAS²²

La clasificación que se presenta a continuación ha sido concebida en términos estratégicos. Lo que se busca es ofrecer una guía práctica que

²² Al referirse a las dilatadas evidencias, esta sección ha sido elaborada tomando como base las explicaciones de Paul Darschman, *op. cit.*, pp. 23-34, pero debidamente adaptadas por los autores a los requerimientos de los litigantes en el nuevo sistema procesal penal chileno.

permita sacar mayor provecho a la prueba que se tendrá en el juicio. Esta aproximación permite verificar el modo en que nuestra versión de los hechos puede ser efectivamente respaldada por la evidencia recopilada y, al mismo tiempo, facilitar la correcta organización de la presentación en juicio de cada una de las evidencias, incluyendo los puntos específicos sobre los cuales se consultará a testigos o peritos, y las contribuciones concretas de la evidencia material, etc.

Esta clasificación no pretende sustituir las reglas de regulación de la prueba contenidas en el C.P.P., la que responde más bien a consideraciones de admisibilidad y de recepción, mas no a la forma estratégica que debe adoptar el litigante para aprovechar su contenido y utilidad en la formulación de la versión definitiva de la teoría del caso.

En la calidad de complemento útil, y siguiendo el patrón estratégico buscado, diremos que la evidencia puede ser clasificada en las siguientes categorías:

a) Evidencia afirmativa

La evidencia afirmativa es aquella que permite acreditar una determinada proposición fáctica; es la prueba que acredita que un hecho o acción ha tenido lugar en un determinado momento, guardando estricta relación con un elemento del tipo penal. Por ejemplo, si en un caso se cuenta con la declaración de un testigo que afirma haber visto al acusado cuando disparó a la víctima.

Esta afirmación constituye evidencia afirmativa de la siguiente proposición fáctica "el testigo... vio al acusado disparar a la víctima".

b) Evidencia de refutación

La evidencia de refutación es aquella que intenta destruir, desnaturalizar o debilitar las evidencias afirmativas de la contraparte. Este tipo de evidencia es presentada con el objeto de desartar las proposiciones fácticas que están asentadas en la evidencia afirmativa que las soporta. Las evidencias de refutación pueden ser negativas o conclusivas:

1. Evidencia de refutación que tiene por objeto negar la veracidad o exactitud de una determinada proposición fáctica o en general de una declaración. Por ejemplo, un testigo de la defensa señala que la supuesta

víctima de violación estaba enamorada del acusado, refutando la declaración previa de la víctima en la que afirmaba nunca antes haber visto al acusado.

2. Evidencia de refutación que acepta el presupuesto material en el que se basa la proposición fáctica del contrario, o una afirmación del contrario, pero se le indica al tribunal que la conclusión a la que debe arribar es diferente a la que intenta llegar la contraparte. Por ejemplo, un testigo de la defensa ratifica que el acusado era el dueño del arma de fuego, que la tenía en su poder el día de los hechos, que la disparó, que tal disparo lo dirigió a la víctima, pero que tal disparo fue efectuado en legítima defensa, pues la víctima había disparado en primer lugar contra el acusado.

c) Evidencia explicativa

Es aquel tipo de evidencia presentada con el objeto de proveer al tribunal de antecedentes que permitan entender los hechos y acciones del caso de que se trate. Puede consistir en declaraciones de testigos o de peritos, o incluso en documentos u otras pruebas que aportan información, para comprender las motivaciones de una persona, el carácter o las reacciones de un sujeto, las consecuencias de ciertos hechos, etc.

Este tipo de evidencias está destinado a proveer de argumentos al tribunal que pueden ser usados para establecer relaciones lógicas entre las distintas evidencias, dotar de coherencia a una determinada conclusión, y/o consolidar la verosimilitud de un determinado testigo. Por ejemplo, un testigo de la fiscalía que explica al tribunal que entre la víctima del homicidio y el victimario existía una profunda enemistad, dado que el victimario sospechaba que la víctima mantenía una relación amorosa con su mujer. En este caso se requiere de evidencia explicativa para dar a conocer al tribunal las razones por las cuales se habría cometido el homicidio, permitiendo entender la secuencia y el sentido de los hechos, acciones y reacciones de las partes. El testigo que aporta esta información sobre las relaciones entre víctima y victimario, introduce antecedentes que tornan verosímil el hecho que el victimario haya dado muerte a la víctima, fortaleciendo las declaraciones de otros testigos (v. gr., si un testigo de la fiscalía sostiene haber escuchado una discusión entre la víctima y el victimario momentos antes de que se escucharan los disparos).

d) Evidencia de credibilidad

La evidencia de credibilidad es aquella que intenta dar sustento a otra prueba, con el específico propósito de presentarla como verosímil frente al tribunal y por tanto de protegerla en su valoración, resaltando su relevancia al momento de valorar y tasar el conjunto de las pruebas presentadas.

Normalmente se piensa en la necesidad de una evidencia de credibilidad para reforzar una prueba que es relevante para efectos de tener por acreditada una o más proposiciones fácticas.

La evidencia de credibilidad aparece como el soporte de otra prueba, que dada su importancia debe ser sustentada o apoyada para recrear su aceptación por parte del ente juzgador. Por ejemplo, una testigo de la defensa señala haber visto en una plaza la forma en la que el acusado se defendía de las agresiones que la víctima le propinaba, alegando que pudo percibirse que la víctima portaba un cuchillo con el que intentaba lesionar al acusado. Si la defensa desea dotar de mayor credibilidad a la declaración de esta testigo, para sustentar su tesis de legítima defensa, podría llevar a declarar a un vecino de la testigo, que señalar que la testigo es una respetada residente del barrio, que vive a unas pocas cuadras de la plaza donde ocurrió la riña, y que siempre concurre a la plaza para dar de comer a las palomas. Una declaración de este tipo dota de credibilidad la declaración de la testigo, en el sentido que ella estaba realmente en la plaza el día de los hechos y que por tanto está diciendo la verdad.

Una cuestión distinta, aunque ciertamente complementaria de lo señalado, es el esfuerzo que los litigantes realizan en todo juicio por dotar de credibilidad y verosimilitud a la declaración de un determinado testigo o perito. Este punto se verá en el *Capítulo III*, ocaído en la que se explicará la relevancia de iniciar el examen directo de un testigo propio con preguntas que legítimamente dicho testigo, v. gr., con preguntas sobre sus estudios, su vida familiar, sus aportes a la comunidad, relevando aquellos aspectos que pueden predispone favorablemente al tribunal en relación a su nivel de credibilidad.

e) Evidencia persuasivo-emotiva

Otro tipo de evidencia que es presentada al tribunal se denomina evidencia emocional y se entiende por tal a aquella que tiene por objeto

aprovechar aspectos que, en forma consciente o inconsciente, se asocian a niveles de verosimilitud o credibilidad.

Este tipo de evidencia reposa en gestos o manifestaciones externas del carácter o emotividad de una persona. Tiene la virtud de captar la atención del tribunal al dar cuenta de la espontaneidad de un sentimiento que puede relacionarse con una máxima de la experiencia o incluso con reglas de la lógica. Por ejemplo, cuando se presenta a declarar la víctima de una violación y frente a una pregunta de la fiscalía en la que se inquiren mayores detalles sobre la penetración, la víctima rompe en llanto y pierde el control. En ese momento el litigante podrá maximizar la atención del juzgador, pudiendo solicitar un vaso de agua o un receso, o bien dirigir unas palabras en tono afable a la víctima señalándole que entiende su pena y dolor, pero que debe solicitarle que realice un último esfuerzo ante el tribunal y explicar los detalles de la penetración.

f) Evidencia directa

Es aquella evidencia que demuestra una proposición fáctica por sí sola, con prescindencia de razonamientos que partan de indicios o inferencias derivadas de otras pruebas. En otras palabras, la evidencia directa se apoya en una declaración que resulta ser autosuficiente para arribar a una determinada conclusión.

Este modo de entender la evidencia directa traslada el esfuerzo del litigante a la tarea de dotar de credibilidad la versión del testigo o perito de que se trate. En efecto, si la versión del testigo o perito constituye evidencia directa, esto es, resulta comprensible por sí misma siendo, por ende, el soporte que una determinada proposición fáctica requiere, la tarea del litigante consistirá en presentar al tribunal a ese testigo o perito como una persona creíble.

La tarea del litigante ante la evidencia directa consiste en desplegar acciones para acreditar y dotar de credibilidad a la persona que transmite la información. Por ejemplo, una testigo señala lo siguiente: "puede observar al acusado sacar un arma de fuego y disparar a la víctima, pues yo me encontraba a dos metros de distancia de los hechos".

Esta afirmación es directamente aceptable, pues no se requiere desarrollar ningún ejercicio de inferencias a partir de la información proporcionada por el testigo; siendo entonces relevante determinar si la

testigo en sí misma resulta creíble o si requiere de evidencias complementarias para reforzar su credibilidad.

g) Evidencia indiciaria

Como su nombre lo indica, es aquella evidencia que provee de elementos de análisis que, unidos a otras evidencias o razonamientos lógicos, permite arribar a una determinada conclusión. Es la evidencia que intenta acreditar una proposición fáctica utilizando la información que la evidencia aporta en sí misma, sumada a inferencias o procesos de razonamiento que llevan al tribunal a concluir conforme a la teoría del caso planteada por la parte respectiva.

Por ejemplo, si lo que se intenta acreditar es que una persona fue violada, las ropas rasgadas y los hematomas de la víctima constituirán evidencia indiciaria de la proposición fáctica. "Ana fue penetrada por Juan mediante golpes y actos de fuerza" (la evidencia directa estará constituida por la declaración de la víctima en la que indica haber sido penetrada contra su voluntad por el acusado; la evidencia indiciaria será utilizada para mostrar que las secuelas de la fuerza empleada por el acusado están asociadas con el acto de penetración).

Al determinar que estamos frente a un conjunto de evidencias indiciarias que acreditan alguna de nuestras proposiciones fácticas debemos adoptar ciertos resguardos estratégicos para presentar la referida evidencia en juicio: en primer lugar debemos tratar de agrupar los distintos indicios en un mismo "bloque de prueba". Entendemos por bloque de prueba aquel espacio de tiempo en el cual mediante la presentación de diversas evidencias pretendemos acreditar una misma proposición fáctica o dos o más de ellas que se encuentran estrechamente ligadas por la evidencia que las acredita. Tratamos de presentar dentro de un mismo momento probatorio todos los indicios de que disponemos para acreditar una proposición fáctica. Nuestra intención será facilitar la comprensión por parte del tribunal de cada uno de esos indicios, por ello nos parece que no es razonable presentar cada uno de los indicios por separado o en bloques de prueba que no sean continuos. Pensamos en un litigante que en el curso de la presentación de su evidencia, que ocupará más de un día de atención del tribunal, acompañe sus evidencias indiciarias en distintos momentos, unas al inicio de su prueba, otras en el medio de su actividad probatoria y otras

al final, la verdad es que lo más probable es que esta forma de presentación de su evidencia no sea estratégicamente efectiva, las posibilidades que el tribunal haya percibido con claridad cada uno de los indicios y que, además, a partir de ellos extraiga la conclusión probatoria buscada por el litigante es muy baja. Distinto será si ese mismo litigante presenta esa evidencia en un mismo bloque probatorio.

Hecho esto, debemos en segundo lugar abocarnos a la tarea de explicar ante el tribunal cuál es la conclusión que fluye nítida e indubitadamente de esos indicios. Esto lo haremos en el alegato de clausura, en el cual debemos referirnos a cada una de las evidencias indicatorias rendidas y cómo, unidas todas ellas, nos llevan a una conclusión unívoca que acredita cada una de nuestras proposiciones fácticas integrantes de nuestra teoría del caso. Retenemos aquí algo que nos parece esencial en el manejo estratégico que debe tener un abogado al presentar su evidencia en el juicio: no basta a veces tener evidencia suficiente para sustentar nuestra teoría del caso, muchas veces será esencial la forma en que dicha evidencia se presente al tribunal. No podemos arriesgarnos a que nuestro mensaje no sea comprendido por los jueces. De allí el acento en combinar fondo y forma en la construcción de la teoría del caso.

ple-
Roy-
: de
ros
ría
ión
s de
del
fue
rán
por
ará
ido
erá
r el
tas
cas
fe-
los
por
: la
ma
en-
tro
ne-
ará
sos
de
os.
su
al,
al
ras