

Colección Litigación y  
enjuiciamiento penal adversarial  
Director  
Dr. Alberto Binder

# Teoría del caso

LEONARDO MORENO HOLMAN



  
edicionesDidot

  
EDITORIAL  
UBIUS

# Teoría del Caso

Leonardo Moreno Holman

Colección

*Litigación y enjuiciamiento penal adversarial*

Director

Dr. Alberto Binder

Coordinadora general

Leticia Lorenzo

  
edicionesDidot

  
EDITORIAL  
UBIJUIS

Moreno Holman, Leonardo  
Teoría del caso. - 2a ed. - Buenos Aires : Ediciones Didot; Ubijus, 2012.  
145 p. ; 22x15 cm. - (Litigación y enjuiciamiento penal adversarial /  
Alberto M. Binder)

ISBN 978-987-26936-7-1

1. Derecho Procesal Penal. 2. Derecho Penal. I. Título  
CDD 347.05

Fecha de catalogación: 08/05/2012

© ediciones **Didot**  
© Leonardo Moreno Holman

2° ed. 2012  
Hecho el depósito en ley 11.726  
Libro de edición argentina  
ISBN: 978-987-26936-7-1

edita: Ediciones **Didot**  
Arévalo 1830, CABA, Argentina  
Te. +5411 4771 9821  
www.edicionesdidot.com  
didot@edicionesdidot.com

en coedición con: Ubijus, Editorial S.A de C.V.  
Begonias 6-A, Col. Clavería, C.P. 02080  
www.ubijus.comubijus@gmail.com  
(55) 4430 4427

Diseño de tapa: Hernán Matías Rosa González

Impreso en mayo de 2012  
Nuevo Offset  
Viel 1444, CABA, Argentina

## Índice de contenido

Prólogo	13
Introducción	17
PRIMERA PARTE	
EL JUICIO ORAL, LA ESTRATEGIA Y LA VERDAD	21
1. Concepto de teoría del caso	27
2. ¿Desde qué momento empieza a elaborarse la teoría del caso?	29
3. ¿Hasta qué momento se puede seguir modificando?	30
4. Características de la teoría del caso	31
4.a. Debe ser formulada respecto de todo caso que asuma un litigante	31
4.b. Debe estar orientada a un hipotético o efectivo juicio oral	31
4.c. Debe ser permanentemente revisada	32
4.d. Debe ser única	32
4.e. Debe ser autosuficiente	33
4.f. Deber ser coherente	34
4.g. Simple y clara	35
4.h. Debe ser verosímil	35
4.i. Debe ser breve	36
4.j. Debe ser flexible	36

Moreno Holman, Leonardo  
Teoría del caso. - 2a ed. - Buenos Aires : Ediciones Didot; Ubijus, 2012.  
145 p. ; 22x15 cm. - (Litigación y enjuiciamiento penal adversarial /  
Alberto M. Binder)

ISBN 978-987-26936-7-1

1. Derecho Procesal Penal. 2. Derecho Penal. I. Título  
CDD 347.05

Fecha de catalogación: 08/05/2012

© ediciones**Didot**  
© Leonardo Moreno Holman

2° ed. 2012  
Hecho el depósito en ley 11.726  
Libro de edición argentina  
ISBN: 978-987-26936-7-1

edita: Ediciones **Didot**  
Arévalo 1830, CABA, Argentina  
Te. +5411 4771 9821  
www.edicionesdidot.com  
didot@edicionesdidot.com

en coedición con: Ubijus, Editorial S.A de C.V.  
Begonias 6-A, Col. Clavería, C.P. 02080  
www.ubijus.comubijus@gmail.com  
(55) 4430 4427

Diseño de tapa: Hernán Matías Rosa González

Impreso en mayo de 2012  
Nuevo Offset  
Viel 1444, CABA, Argentina

## Índice de contenido

Prólogo	13
Introducción	17
PRIMERA PARTE	
EL JUICIO ORAL, LA ESTRATEGIA Y LA VERDAD	21
1. Concepto de teoría del caso	27
2. ¿Desde qué momento empieza a elaborarse la teoría del caso?	29
3. ¿Hasta qué momento se puede seguir modificando?	30
4. Características de la teoría del caso	31
4.a. Debe ser formulada respecto de todo caso que asuma un litigante	31
4.b. Debe estar orientada a un hipotético o efectivo juicio oral	31
4.c. Debe ser permanentemente revisada	32
4.d. Debe ser única	32
4.e. Debe ser autosuficiente	33
4.f. Deber ser coherente	34
4.g. Simple y clara	35
4.h. Debe ser verosímil	35
4.i. Debe ser breve	36
4.j. Debe ser flexible	36

4.k. Debe permitir adoptar decisiones antes del juicio oral y justificarlas	37
4.l. Debe permitir un análisis estratégico de todas las evidencias (propias y de la contraria) con miras al juicio oral	38
4.m. Debe permitir ordenar la presentación de la evidencia en el juicio	38
4.n. Debe tener suficiencia jurídica	39

## SEGUNDA PARTE

## LAS ETAPAS DE CONSTRUCCIÓN DE LA TEORÍA DEL CASO

1. La postura clásica	41
2. Nuestra propuesta	43
3. Algunas consideraciones previas	44
3.1. Una advertencia	44
3.2. Un presupuesto básico	45
3.3. El deber de investigar de la defensa	46
3.4. ¿Tienen la misma libertad los fiscales y defensores en la generación de su teoría del caso?	48
4. La generación de un relato de hechos	54
4.1. Información que debe contener el relato de hechos	55
4.2. ¿Qué tipos de defensa se pueden adoptar frente a un caso concreto?	56
4.2.1. Criterios para clasificar las estrategias de defensa	57
4.2.1.1. Según si ella impone o no la obligación de generar una versión de hechos distinta a la sostenida por la fiscalía en su imputación	57
4.2.2. Según si las estrategias se utilizarán antes del juicio o durante éste	59
4.2.2. ¿La estrategia defensiva adoptada determina si se debe o no aportar prueba al juicio?	60
4.2.3. ¿Cuál es la mejor estrategia de defensa?	61

4.2.4. El rol de las entrevistas del defensor y los interrogatorios del órgano de persecución y sus agentes operativos	62
4.2.4.1. Conceptos	62
4.2.4.2. La primera entrevista entre el defensor y su imputado	64
4.2.5. Trabajando estratégicamente con los hechos del caso	68
4.2.5.1. Identificación del o los temas del caso	68
4.2.5.2. Identificar el denominado punto de inclinación o focal del caso	70
4.2.5.3. Asignación de etiquetas	73
4.2.5.4. Identificando la naturaleza de los hechos jurídicamente relevantes: positivos, negativos, neutros e inamovibles	75
4.2.5.5. Decidir desde qué momento o instante en el tiempo se presentará la historia	81
4.2.5.6. Determinar en torno a qué evidencia se presentará el relato	81
4.2.6. Recomendación final sobre cómo trabajar los hechos del caso	82
5. Determinación de la teoría jurídica aplicable	83
5.1. Características de la teoría jurídica	87
6. Elaboración de las proposiciones fácticas	88
6.1. Concepto de proposición fáctica	90
6.1.1. Una advertencia básica	93
6.1.2. ¿Todas las proposiciones fácticas valen lo mismo?	94
6.1.2.1. La existencia de proposiciones basales del relato o de contexto	94
6.1.2.2. Proposiciones fácticas fuertes o débiles en relación a los elementos de la teoría jurídica con las que se vinculan	95
6.1.2.3. La capacidad que tenga una proposición fáctica de pasar el test de superposición de proposiciones fácticas	96
7. La selección de la evidencia a utilizar	98
7.1. Una recomendación estratégica	100

7.2. Evidencias débiles y evidencias fuertes	101
7.3. Otros aspectos a considerar respecto de la evidencia	101
7.3.1. La cadena de custodia	102
7.3.2. El control de admisibilidad de la evidencia acumulada en la etapa de investigación	103
8. Detección de las debilidades del caso	108
9. Clasificación de la evidencia	115
9.1 Según el contenido o naturaleza de la evidencia	115
9.1.1. Evidencia afirmativa	116
9.1.2. Evidencia de refutación	116
9.1.3. Evidencia explicativa	118
9.1.4. Evidencia emocional o persuasiva	118
9.1.5. Evidencia de credibilidad	120
9.2. Según su relación con los hechos a acreditar	122
9.2.1. La evidencia directa	122
9.2.2. Evidencia indiciaria o circunstancial	124
9.3. Utilizando las generalizaciones (máximas de la experiencia)	126
10. La forma de presentación de la evidencia	127
10.1. El orden o secuencia en la producción de la evidencia en juicio	128
10.1.1. Determinar cuál será la evidencia eje en torno a la cual se presentará nuestro relato	129
10.1.2. Determinar cuál evidencia se presentará primero y el orden consecutivo de las demás	129
10.1.3. ¿Qué evidencias materiales serán presentadas, y en torno al testimonio de qué o de cuáles declarantes se las introducirá al juicio?	130
10.1.4. ¿Qué documentos se acompañarán, y si ellos serán leídos de forma autónoma para su introducción o ésta se llevará a efecto a través del testimonio de un declarante, quien deberá	

previamente reconocerlo indicando su origen?	131
10.2. La determinación de los bloques de información que se utilizarán para presentar la evidencia	132
10.2.1. Los principios de primacía y lo más reciente (o novedad)	133
10.2.2. ¿Qué ocurre cuando las intervenciones del litigante en el juicio exceden del lapso de tiempo razonable para mantener la concentración del tribunal?	134
10.2.3. Generando bloques de información	135
10.3. Selección de los tipos de relato a utilizar	137
10.4. Tratamiento de la evidencia indiciaria	138
10.5. Herramientas de apoyo a las evidencias presentadas	138
<b>Bibliografía</b>	<b>141</b>

## Prólogo

Tengo una doble satisfacción a la hora de presentar este segundo volumen de la colección dedicada a temas de litigación en los sistemas adversariales. Por una parte, por la calidad profesional y humana de su autor, Leonardo Moreno, quien suma su actuación como defensor, su calidad docente y su compromiso con la reforma de la justicia penal en su país, Chile, con un equilibrio que no siempre se consigue con facilidad. Por otra parte, porque la "teoría del caso", posiblemente el núcleo de la litigación en los sistemas adversariales, necesita todavía esclarecimiento, divulgación y hasta adaptación terminológica a nuestras nuevas realidades procesales.

En primer lugar, este tema toca el problema de la verdad, un tema caro al derecho procesal, aunque no siempre haya sido analizado con claridad. Sabemos ya, desde la recreación hecha por Ferrajoli del pensamiento de los clásicos del derecho penal, que una judicatura aferrada a la idea de verdad es una opción política central de un poder judicial republicano y una garantía de los ciudadanos o, mejor dicho, la base de todo el sistema de garantías. Destacar este valor político de la verdad es, en mi concepción, mucho más relevante que la discusión sobre la teoría de la verdad, en particular porque traslados superficiales del tema en la literatura procesal desnaturalizan la discusión. Sí debemos tener claro que lo que en definitiva sea la verdad es algo *externo* al juicio mismo, no en tanto se pueda construir por fuera del proceso –lo que es claramente imposible– sino porque como *exigencia a los acusadores*, se nutre de la tensión entre las posibilidades externas y la construcción interna de los acusadores.

Creo que el valor político de la verdad se descompone en dos dimensiones claras: por un lado, dado que el juez debe hacer una afirmación verdadera (sobre los hechos del caso y sobre la pertinencia del derecho) nace, de esa obligación la exigencia del principio acusatorio, es decir, el juez debe exigir a los acusadores que lo convenzan (más allá de toda duda razonable, de un modo tal que el juez pueda decir que tiene certeza) de la verdad de su acusación. Esa es tarea de los acusadores y una de las grandes garantías de los nuevos sistemas. Esta exigencia es irrenunciable, porque la clave del proceso penal reside en la carga de la prueba de los acusadores y el principio *in dubio pro reo*. No obstante, ser proclamado por todos este principio, la práctica lo deje de lado permanentemente dado que *la mala presentación del caso por parte de los acusadores* es suplida por jueces que no quieren pagar el costo social de las absoluciones. Como vemos, un problema político, no de teoría de la verdad. Un problema político que se agrava por la falta de capacidad técnica, por la costumbre plañidera de los acusadores, acostumbrados a que los jueces cubran todos los agujeros de información y de argumentación, con grave perjuicio para el imputado. Por ello, litigar en un contexto de "verdad" implica, en primer lugar, sostener a rajatablas el principio acusatorio.

Pero existe otra dimensión del valor político de la verdad. Todavía hay quienes confunden el compromiso del juez con la verdad, de darle facultades para "saltar el cerco" del litigio; esa visión, producto dilecto de la tradición inquisitorial de la superioridad moral del juez, pareciera creer que él tiene una relación directa con los hechos y el derecho, que le permite adquirirlos por intuición o por un "trabajo profesional" que los otros sujetos no pueden hacer. Lo más grave es que generalmente esta supuesta mayor capacidad del juez se utiliza no para levantar el nivel de exigencia a los acusadores sino para construir el caso con independencia de ellos. No hay mayor enemigo del principio acusatorio que esta creencia en la superioridad moral del juez. La visión correcta es totalmente contraria: la posición del juez, quien no puede gestionar intereses –ese es el núcleo de la imparcialidad– necesita que la verdad sea construida *desde la gestión de los intereses*. De allí nace la dinámica adversarial, que es la única que fortalece verdaderamente el principio acusatorio. El binomio principio acusatorio y dinámica adversarial es el que funda la especial forma de trabajo de los nuevos

sistemas, que todavía necesita mucho esfuerzo para pasar del diseño normativo –de por sí imperfecto, aunque ello no es el principal problema– al universo de prácticas que constituye la justicia penal,

Desde la dinámica adversarial se contribuye a la construcción de la verdad, se presenta el caso de un modo tal que no oculte la gestión de los intereses en juego. Esta presentación *estratégica de la verdad* –en la que tanto insiste este libro– no es un menoscabo, sino una condición de fortalecimiento del principio acusatorio y la existencia del principio acusatorio es lo que nos permite que exista verdadera imparcialidad; vemos pues, que se trata de las bases del sistema de garantías.

Queda claro lo dicho en la definición de la teoría del caso que nos da el propio autor y que reproduzco aquí para que el lector se entusiasme con lo que le será enseñado. Se trata, nos dice Moreno: **"del conjunto de actividades estratégicas que debe desarrollar un litigante frente a un caso, que le permitirán determinar la versión de hechos que sostendrá en juicio, y la manera más eficiente y eficaz de presentar persuasivamente, las argumentaciones y evidencias que la acreditan en un juicio oral"**.

En un juicio siempre litigamos sobre tres dimensiones. Los hechos, el derecho aplicable y los valores que, formal o informalmente, se utilizarán para considerar el caso. La conjunción de estas dimensiones reclama una clave ordenadora y una narrativa adecuada, tanto descriptiva como argumentativa. Eso no se logra sin trabajo previo, sin análisis de la información y sin capacidad técnica. Un trabajo que sin tener la carga de la prueba, suelen esquivar muchos defensores que apuestan al mal trabajo del acusador o a la suerte o a la mera apelación de un tecnicismo aislado: jugar a la lotería con la cabeza ajena. Si bien la defensa –en particular la defensa pública– ha levantado mucho su estándar de actuación en muchos países con nuevos sistemas, todavía no existe suficiente preparación de los casos en muchos defensores. El defensor necesita –y muchas veces más porque los acusadores han realizado su tarea– esa estrategia que le permite dar verdadera pelea en los tribunales por la libertad de su defendido.

Este manual busca acompañar el proceso de adquisición de esa clave ordenadora y de construcción de las narrativas a lo largo de toda la vida del caso, teniendo como eje ordenador el punto central del



juzgamiento. Los abogados ya en ejercicio y los estudiantes encontrarán aquí una guía segura, no dogmática, práctica y precisa de cómo ejercer el litigio penal. Creo que con esta obra damos un paso más en los objetivos de esta colección, que buscan orientar la práctica en los nuevos sistemas acusatorio/adversariales, pero esperamos también que sirva a la renovación de la enseñanza del derecho penal y procesal penal, hoy atrapada en un conceptualismo, supuestamente profundo cuando es simplemente oscuro, que termina confundiendo a los alumnos tanto en el plano técnico, como en la preparación de la sensibilidad, base para la adecuada comprensión de los aspectos humanos y trágicos que siempre están en juego en la justicia penal.

*Alberto M. Binder*  
INECIP

## Introducción

La denominada "teoría del caso" constituye, probablemente, junto con la de "técnicas de litigación en audiencias orales", una de las ideas más novedosas que surgen al hablar de un sistema procesal de marcado carácter adversarial<sup>1</sup>. En particular al abandonar en materia penal nuestros procedimientos inquisitivos hacia los acusatorios<sup>2</sup>, se nos aparece una nueva forma de enfrentar un caso penal, una manera distinta de trasladar a un tribunal el conflicto que queremos que éste resuelva. Se trata ahora de generar una historia, un relato que dé cuenta de lo acontecido en un momento del pasado y que consideramos es constitutivo o no de un ilícito penal y de acreditarlo ante un tribunal a través de cualquier medio de prueba; ya no basta, como antes, la sola argumentación dogmática penal o normativa en abstracto dirigida a un tribunal que ya conoce los hechos, o se ha impuesto de los mismos a través de las actuaciones de las partes, muchas de ellas escritas, o del resultado de diligencias decretadas e incluso efectuadas por el propio tribunal, como en el caso de la inspección personal del tribunal.

---

<sup>1</sup> En efecto, la teoría del caso y las técnicas de litigación oral son aplicables a todos aquellos procedimientos que han ido avanzando desde la escrituración hacia la oralidad y a una mayor adversarialidad. La teoría del caso como herramienta de preparación de un caso para su debate en juicio, es plenamente aplicable incluso en los procedimientos escritos.

<sup>2</sup> Una completa comparación entre los sistemas inquisitivos y los acusatorios, la encontramos en *Técnicas del Juicio Oral, en el Sistema Penal Colombiano, lecturas complementarias*, Comisión interinstitucional para el impulso de la Oralidad en el Proceso Penal, Comité Técnico y Asesor USAID, Quebecor World Bogotá, 2003, ps. 11-16.

Ahora, el litigante debe presentar su caso para que sea conocido por un tribunal (unipersonal, colegiado o jurado) que desconoce absolutamente sus componentes fácticos y probatorios, y debe hacerlo además de la mejor forma posible, pues toda su actividad en el juicio estará destinada a obtener de ese tribunal un fallo favorable a sus intereses. Ello significa que el litigante debe transformarse en un narrador de la historia que da cuenta de su caso, pero no un narrador cualquiera sino uno que sea persuasivo<sup>3</sup>, pues se le impone hacerlo en el entorno de un juicio oral para convencer a los jueces que deben conocer y resolver el caso<sup>4</sup>.

El litigante debe proporcionar al tribunal un sitio desde el cual pueda apreciar y comprender todos los hechos que se le presentarán durante el juicio; un lugar tan cómodo que no sólo le permitirá asumir esa versión como verdadera sino que además, desde esa misma posición, podrá comprender y justificar las eventuales debilidades de ella, como también apreciar con toda claridad las inconsistencias y deficiencias de los relatos alternativos que le sean presentados por los otros litigantes<sup>5</sup>.

Cuando las partes presentan un caso ante un tribunal de juicio oral lo que hacen es reproducir ante él su versión acerca de cómo ocurrieron los hechos<sup>6</sup>, la que podrá ser confrontada por la parte contraria, sea oponiendo una versión antagónica de los hechos, controvirtiendo sus supuestos, lógica y/o coherencia; o sosteniendo que las consecuencias jurídicas de lo sucedido, en lo cual no hay discrepancias, son diferentes<sup>7</sup>.

<sup>3</sup> Ya lo señalábamos así en Blanco Suárez, Rafael y otros, *Litigación estratégica en el nuevo proceso penal*, Lexis Nexis, 1ª edición, Santiago, 2005, p. 17.

<sup>4</sup> En igual sentido, Bergman, Paul, *La Defensa en Juicio, defensa penal y la oralidad*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2ª edición, 1989, ps. 20-21.

<sup>5</sup> En definitiva la garantía del debido proceso constituida por la imparcialidad del tribunal que va a conocer del juicio me es relevante como litigante sólo hasta que se inicia el juicio, luego mi tarea es acercar a los miembros del tribunal a mi punto de vista de cómo entender ocurrieron los hechos. En la medida que lo logre, mis posibilidades de éxito en el juicio se incrementan.

<sup>6</sup> Vicente Fernández, Alberto, *Arte de la persuasión oral, teoría y práctica de la comunicación por la palabra*, Astrea, Buenos Aires, 7ª reimpresión, 2006, p. 29, a propósito de la actividad de los logógrafos en Atenas resalta la importancia del manejo de los hechos, al manifestar que el logógrafo, mediante una defensa clara y sencilla que parecía compuesta por el cliente, dejaba hablar solamente a los hechos.

<sup>7</sup> En igual sentido ver, Bergman, Paul, *La defensa en juicio, defensa penal y la oralidad*, op. cit., p. 17.

De ese ejercicio de contradicción, estructurado en torno a los relatos de las partes, los cuales compiten entre sí para ganar el favor del tribunal o, en que, al menos, uno de ellos es puesto a prueba o testeado por la otra a través del ejercicio de técnicas de litigación, argumentaciones o la rendición de evidencia propia, al culminar el juicio, el tribunal obtendrá la información que requiere para resolver.

Lo señalado es efectivo desde la mirada estratégica de las partes, sin embargo no debemos olvidar que para el tribunal, en materia penal, hay una sola hipótesis que se está sometiendo a su control, que es la del Ministerio Público. Es decir, para el juez de juicio no se trata de una competencia de relatos o versiones en la cuál como en materia civil debe optar por una de ellas bajo el criterio de preponderancia de prueba, no, en sede penal, a través de su libre valoración de la prueba por la sana crítica, el juez debe verificar si la acusación fiscal es capaz de imponerse ante el juzgador en el estándar de más allá de toda duda razonable. Cualquier otra hipótesis debe llevar necesariamente a la absolución por aplicación del estado de inocencia con que el acusado se enfrenta al juicio, no siendo necesario para ello que el acusado haya sostenido y acreditado ante el tribunal una versión alternativa a la fiscal, sino que será suficiente el que la acusación fiscal en sus extremos de acreditación del hecho punible y de la participación del acusado, no haya superado el estándar de convicción del tribunal, generándose la duda razonable que por aplicación del indubio pro reo favorece al acusado<sup>8</sup>.

<sup>8</sup> En igual sentido y con mayor detalle ver Maier Julio B, J., *Derecho Procesal Penal*, Tomo I, Fundamentos, Del Puerto srl, 2ª edición, Buenos Aires, 2002, ps. 870 a 881.

## PRIMERA PARTE

# EL JUICIO ORAL, LA ESTRATEGIA Y LA VERDAD

El modelo acusatorio de corte adversarial propone un verdadero modelo de construcción de la verdad al interior del proceso penal, particularmente al interior del juicio oral, que se estructura en torno a la lógica del debate o a la competencia entre versiones<sup>9</sup> o teorías frente a un tercero imparcial que es el tribunal, es decir, se establece como supuesto del modelo que, para aproximarse de la mejor manera posible a conocer realmente como ocurrieron los hechos que hoy se están juzgando en un juicio oral, se debe proceder estableciendo como base de ese acercamiento el control de la información que ingresará al juicio por la actividad de las partes involucradas. En la medida que la información que cada litigante ingresa al juicio es objeto de un control horizontal, radicado en su contraparte; los datos fácticos que surgen de ese ejercicio de contradicción son de una calidad muy superior a lo que se obtiene cuando ella ingresa de forma unilateral al juicio, sin que la contraparte pueda en el momento del ingreso filtrarla o controlarla<sup>10</sup>.

---

<sup>9</sup> Bergman, Paul, *op. cit.*, p. 18., señala que solo excepcionalmente las partes no tiene versiones antagónicas sobre los hechos, ello ocurriría por ejemplo cuando las partes coincidan en lo que sucedió, pero discrepen acerca de las consecuencias legales pertinentes.

<sup>10</sup> Cerda San Martín, Rodrigo, *La valoración de la Prueba. Sana Crítica*, Librotecnia, 2008, Santiago, ps. 17-19, señala que en el modelo acusatorio, para alcanzar la verdad, se recurre al método falsacionista, donde las partes discuten un conflicto en un contexto adversarial o contradictorio, ante un tercero imparcial, el juez, que forma una tríada en cuya base se sitúan las partes en posición de igualdad y el juzgador en el vértice superior, simbolizando su condición de autoridad. Corresponde a las partes aportar el tema a discutir, dar el contenido del litigio, y a ellos incumbe producir las pruebas para esclarecer la verdad. Los contendientes luchan por la construcción de la verdad que servirá de fundamento a la decisión del caso. El tribunal se limita a escuchar a los

Se trata entonces, al decir de Reyna Alfaro, de una verdad construida al interior del proceso por el debate contradictorio de las partes y no de una verdad histórica la cuál es inalcanzable<sup>11</sup>. Lograr esa cercanía con la verdad histórica es lo máximo que humanamente podemos hacer y aspirar, pues no es posible que en un juicio se reproduzca la verdad íntegra de lo ocurrido, como veremos más adelante<sup>12</sup>.

Cabe consignar que si bien la información que surge del debate entre las partes puede llevar al tribunal a considerar que la versión o teoría de uno de ellos se ha impuesto sobre la otra, ello no significa todavía que se haya alcanzado una sentencia favorable en el juicio, particularmente una condenatoria. En efecto, no debemos olvidar que el estándar de convicción más allá de toda duda razonable no se satisface, como ocurre en materia civil, por una preponderancia de la prueba presentada por uno de los litigantes respecto de la evidencia producida por el otro, sino que además requiere que la evidencia producida impida la formulación en la mente del juzgador de una duda razonable respecto de la acusación enjuiciada<sup>13</sup>.

Una vez consensuado que la mejor forma de acercarnos a la verdad es el debate entre las partes, es decir la promoción de un ejercicio intenso del principio contradictorio, se deben establecer las condiciones en que debe tener lugar ese debate, para lo cual recurriremos fundamentalmente al auxilio de los principios de oralidad, publicidad, concentración, continuidad e inmediación. De oralidad como la herramienta más idónea para promover un debate de partes y, como señala Roxin, pues sólo el material procesal presentado y discutido oralmente puede constituir la base de la sentencia<sup>14</sup>; de publicidad, para darle transparencia a la

---

contendientes y no participa en la actividad que pretende formular una interpretación determinada de la verdad jurídica aplicable al caso.

<sup>11</sup> Reyna Alfaro, Luis Miguel, *Litigación estratégica y técnicas de persuasión aplicadas al nuevo proceso penal*, Grijley, Lima, 2009, ps. 13-15.

<sup>12</sup> Sánchez Lugo, Carlos Felipe, Defensoría del Pueblo, *La teoría del caso*, Imprenta Nacional de Colombia, p. 46, se habla de aproximación razonable al conocimiento de la verdad.

<sup>13</sup> Cerda San Martín, Rodrigo, *La valoración de la prueba*, op. cit., p. 98, señala, el juicio penal no es una contienda en la que el tribunal se pronuncia sobre cuál de las dos versiones ante él presentada es mejor, sino que es un método (cognoscitivo) para determinar con certeza la existencia del delito y la participación del acusado.

<sup>14</sup> Roxin, Claus, *Derecho procesal penal*, traducción de la 25ª edición alemana de Gabriela E. Córdoba y Daniel R. Pastor, revisada por Julio Maier, Del Puerto srl., Buenos Aires, 2001, ps. 393 y 394.

audiencia, permitiendo el control ciudadano del ejercicio de la jurisdicción; de continuidad, para no afectar la capacidad de concentración y memoria del tribunal, ni incentivar la lectura de actas y, de inmediación, en virtud de la cual el tribunal debe percibir por sí mismo la prueba y extraer, por regla general, la información desde la fuente de prueba y no a través de un equivalente probatorio<sup>15</sup>.

Los litigantes deberán asumir que en ese proceso de construcción de la verdad al interior del juicio les cabe un rol relevante, pues ellos deben, en un contexto de un juicio breve y concentrado, construir la versión de hechos que se planteará al tribunal, investigando, reuniendo, seleccionando y desechando evidencia, para determinar cuál será, en definitiva, ofrecida y luego producida en juicio; además, de decidir la manera de presentar aquella información y la evidencia que la sustenta ante el tribunal para lograr la convicción deseada.

En esta tarea de acreditar su versión sobre cómo ocurrieron los hechos que derivan en el juicio penal, los litigantes se encontrarán con una serie de limitantes o problemas, entre ellos cuatro que interesa destacar.

El primero, que la reproducción que se hace en juicio de lo ocurrido en un momento del pasado es parcial, esto es, el litigante no reproduce ante el juez de juicio oral toda la realidad existente en el momento en que ocurrieron los hechos que pueden configurar un ilícito penal, sino sólo aquellos que son jurídicamente relevantes para que el tribunal adopte una decisión y aquellos referidos a cuestiones fácticas que permitan al tribunal forjarse un juicio sobre la credibilidad de la evidencia producida durante el probatorio del juicio.

El segundo problema o limitante, desde una perspectiva probatoria, es que algunas de las evidencias que hayan escogido para acreditar su caso presentan la particularidad de que por sí solas no cumplen una finalidad probatoria.

Analicemos para esclarecer lo señalado las evidencias constituidas por objetos materiales, si ellos fueran presentados de manera autónoma e independiente al tribunal de juicio oral, sin que ningún testigos se refiriera a ellas, la verdad es que no serían capaces de aportar al tribunal información alguna o no en el estándar de convicción del juicio.

---

<sup>15</sup> *Ibidem*, p. 394.

Así, un cuchillo ensangrentado sólo es eso, en principio, nada más; esa información que se desprende naturalmente del objeto no es suficiente para vincularlo, de manera natural o evidente, a ningún relato de las partes. Pero, si en cambio la presentación de esa evidencia se hace luego de que la parte en su alegato de apertura ha dado luces sobre su relevancia para el caso; si en los exámenes a sus testigos, éstos se han referido a ella al singularizarla, señalando dónde fue encontrada, qué se hizo con ella luego de recogerla, qué acciones se desplegaron con esas evidencias o qué papel juega dentro del caso; qué otras evidencias se encontraron en ellas, por ejemplo sangre, huellas u otras; qué pericias se ejecutaron en ellas y cuál fue su resultado, etcétera. Una vez que el litigante ha puesto toda esta información a disposición del tribunal, sí será posible dotar de carga probatoria a ese objeto, en nuestro ejemplo ya no será sólo un cuchillo ensangrentado, sino el cuchillo encontrado en el jardín de la casa de una víctima de homicidio por herida corto punzante, el cual presentaba en su hoja muestras de sangre que coincidían con el grupo de sangre de la víctima y con huellas dactilares que se corresponden a las del acusado del delito. Lo dicho nos demuestra que la evidencia de un caso no habla por sí sola<sup>16</sup>, sino que requerimos hacer que esa evidencia “hable” durante el juicio.

El tercero está constituido por los límites que tienen las descripciones verbales de los hechos. Al decir de Bergman, “aunque parezca irónico, si bien uno puede coincidir instintivamente en que el juicio es una ‘búsqueda de la verdad’, rara vez uno podrá demostrar ‘lo que sucedió realmente’. Por una parte, las recreaciones verbales provienen de seres humanos cuyos poderes falibles de observación y memoria han sido bien documentados. En segundo lugar, incluso las descripciones verbales exactas intrínsecamente deforman la realidad. Las palabras poseen un poder limitado para reflejar los hechos reales”<sup>17/18</sup>.

<sup>16</sup> Baytelman A, Andrés y Duce J., Mauricio, *Litigación penal, juicio oral y prueba*, colección de Derecho, Ediciones Universidad Diego Portales, 1º edición, 2004, p. 37.

<sup>17</sup> Bergman, Paul, *op. cit.*, p. 18.

<sup>18</sup> Sobre el tema de la verdad y la mentira ver Aldert Vrij, *Detecting Lies and Deceit: Pitfalls and Opportunities*, 2º edition, Wiley Press, 2008; Ekman Paul, *Telling Lies*, W.W. Norton and Company, New York, 2009, o Jaime Masip, Hernan Alonso y Carmen Herrero, “Verdades Mentiras y su detección a partir del comportamiento no verbal”, en *Psicología Jurídica Pearson*, Madrid, 2007. Todas lecturas recomendadas en VII Programa Interamericano de Formación de Capacitadores para la

Finalmente, un cuarto factor vinculado al juicio oral mismo, es que aún cuando el litigante contara con toda la evidencia necesaria para acreditar su teoría del caso, ello todavía es insuficiente para asegurar un fallo acorde a sus intereses. En efecto, el carácter concentrado de los juicios, la eventual existencia de otra versión, el ejercicio de la contradictoriedad entre otros factores, impiden afirmar que basta tener la razón sobre cómo ocurrieron los hechos y evidencia suficiente para ganar un juicio. La realidad es otra, pues si tiene la suerte de contar con evidencia admisible, pertinente y suficiente, es indispensable trabajar con ella para determinar la mejor forma de producirla ante el tribunal.

En ese trabajo cabe un rol fundamental al abogado litigante en la búsqueda, selección, preparación y producción de las porciones de información que fluye de cada una de las evidencias producidas en juicio, que deberá conjugar con el uso adecuado de cada una de las técnicas de litigación; con las intervenciones descriptivas y argumentativas tendientes a probar su versión, coherente, simple y persuasiva de los hechos.

Algunos autores critican esta forma de entender la obtención de la información en el modelo adversarial, al alegar que la verdad debe florecer por sí sola en un juicio, que la información que proviene de una fuente de prueba debe generarse naturalmente de ella, y que por consiguiente lo que se denomina aquí aproximación estratégica del litigante al juicio oral, no es sino una forma de enmascarar una actitud de manejar o esconder la verdad a través de las intervenciones del litigante en juicio<sup>19</sup>, en definitiva a juicio de algunos lo estratégico es contrario a la verdad<sup>20</sup>.

La afirmación anterior parte de un supuesto que consideramos del todo cuestionable, cual es que la verdad es una sola y que ella debe surgir de manera auto evidente en la audiencia de juicio a través de la información proporcionada o contenida en las diversas evidencias.

Reforma Procesal Penal 2010, Curso Avanzado: “Destrezas de Litigación en un Sistema Acusatorio Oral”, organizado por el CEJA en Santiago de Chile entre el 22 y 26 de Noviembre de 2010.

<sup>19</sup> Bergman, Paul, *op. cit.*, p. 18, donde señala que se ha dicho que las técnicas adversativas oscurecen todavía más la realidad.

<sup>20</sup> Sobre el punto, en Baytelman A, Andrés y Duce J., Mauricio, *op. cit.*, p. 36, se señala...: “La verdad no es estratégica –dirían nuestras ideas culturales– la verdad es la verdad, y los avances estratégicos no son sino un intento por distorsionarla (...) la verdad ‘verdadera’ lo único que requiere es ser revelada, tal cual ella es (...) así, completa y simplemente, sin estrategias de por medio”.

Nosotros estamos con aquellos que sostienen que la verdad del juicio no se genera espontáneamente, sino que está constituida por las distintas versiones que las partes sostienen en juicio<sup>21</sup>, y las evidencias que las confirman; las cuales, por decirlo de algún modo, compiten entre sí para lograr la convicción del tribunal, y que en definitiva, la versión final sobre los hechos es la que acepta o construye el tribunal en su fallo a partir de las pruebas rendidas por las partes. Sentencia que todos como miembros de la sociedad aceptamos como la verdad, aunque efectivamente no lo sea<sup>22</sup>.

Creemos como indica Ferrajoli<sup>23</sup> que, particularmente en materia penal, lo el tribunal de juicio verifica como verdadero (verdad procesal), es una proposición que puede ser descompuesta, a su vez, en dos proposiciones o juicios, una de carácter fáctico y otra de carácter jurídico. La proposición o juicio fáctico, genera una verdad fáctica verificable o comprobable a través de la prueba del acaecimiento del hecho y de su imputación al sujeto inculcado; la proposición jurídica, genera una verdad jurídica en cuanto que es comprobable a través de la interpretación del significado de los enunciados normativos que califican el hecho imputado como delito<sup>24</sup>. Continúa Ferrajoli, concluyendo que la comprobación de una de las proposiciones es una *quaestio facti*, resoluble por vía inductiva conforme a los datos probatorios, mientras que la de la otra es una *quaestio iuris* resoluble por la vía deductiva conforme al significado de las palabras empleadas por la ley.

En este proceso de construcción de la verdad durante el juicio la utilización de técnicas de litigación por parte de los litigantes para persuadir

<sup>21</sup> *Ibidem*, p. 78, señala, lo cierto es que respecto del delito y sus circunstancias lo mejor que tenemos es un conjunto de versiones acerca de los que "realmente ocurrió", cuando se trata de averiguar qué fue lo que ocurrió, lo máximo que tenemos es un conjunto de versiones en competencia, heterogéneas, fragmentadas, parciales y disímiles.

<sup>22</sup> *Ibidem*, p. 78, se indica que cuando los jueces fallan hacen ésto: construyen una versión acerca de lo que verdaderamente ocurrió y aceptamos esa versión como la versión oficial, pero, desde luego, nadie puede pretender, que cuando un juez dicta una sentencia ella ha descubierto necesariamente la verdad: los no pocos casos en que hemos condenado a un inocente o liberado a culpables parecen hablar alto en contra de esa idea.

<sup>23</sup> Sobre la verdad procesal o formal, ver Ferrajoli Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 5ª edición, Trotta, 2001, p. 48.

<sup>24</sup> En igual sentido Reyna Alfaro, Luis Miguel, *op. cit.*, p. 14, donde distingue a propósito de la verdad forense, dos juicios, uno fáctico y otro jurídico.

al tribunal que acepte su versión acerca de cómo acaecieron los hechos que se juzgan, no son un entorpecimiento para alcanzar "la verdad", sino que son la forma en que cada litigante contribuye a que el tribunal tenga una mejor y cabal comprensión sobre las versiones de las partes, y sobre las cuestiones controvertidas o debatidas entre ellas. Bergman señala que tales técnicas permiten que un juzgador relacione la taquigrafía verbal con los hechos del mundo real. Así, si bien nadie puede afirmar que los juicios inevitablemente aportan exactitud, no hay conflicto entre el uso que uno hace de las técnicas persuasivas y el juicio como búsqueda de la verdad<sup>25</sup>.

Las técnicas de litigación, son el mejor instrumento mediante el cual el litigante puede transmitir un mensaje al juzgador de una manera eficiente y eficaz a fin de lograr en él la formación de su convicción. Obviamente, el uso de estas técnicas por sí solo no garantiza éxito alguno, ni sustituye la necesidad del litigante de contar con sólidos conocimientos dogmáticos penales y procesales, ni del necesario y acabado estudio del caso que debe litigar, pero si el litigante ha preparado su caso con seriedad y cuenta con los conocimientos técnicos necesarios, sus posibilidades de tener un desempeño destacado en el juicio se verán maximizadas<sup>26</sup>.

## 1. CONCEPTO DE TEORÍA DEL CASO

La teoría del caso no es sólo una definición conceptual o, exclusivamente la generación de un relato fáctico como de ordinario señalan los textos sobre la materia. Para entenderla en su debida dimensión, habremos de pensar en un conjunto de actividades que debe desarrollar un litigante frente a un caso, que le permitirán decidir la manera más eficiente y eficaz de presentarlo ante un tribunal<sup>27</sup> para ser conocido en un real o hipotético juicio oral. Se trata de una metodología de trabajo,

<sup>25</sup> Bergman, Paul, *op. cit.*, p. 18.

<sup>26</sup> En igual sentido Reyna Alfaro, Luis Miguel, *op. cit.*, ps. 16-17.

<sup>27</sup> Podrá ser un tribunal con cualquier competencia y no exclusivamente penal. En efecto, la teoría del caso proporciona una herramienta para trabajar los casos de cualquier materia jurídica con miras a litigarlo en un juicio oral adversarial. Incluso creemos firmemente que como herramienta de trabajo metodológico en la preparación de un caso para llevarlo a juicio es útil incluso para aquellos ámbitos del mundo jurídico donde todavía prima la escrituración y no la oralidad, siempre y cuando tengan un importante contenido dispositivo. Evidentemente, todas sus potencialidades como herramienta se aprecian si en los sistemas orales y adversariales.

terativa e incremental<sup>20</sup>, que se retroalimenta en el tiempo hasta llegar a una versión definitiva con miras a enfrentar un juicio oral que como ya se dijo puede o no realizarse.

Desde una óptica más simple, se alude a la teoría del caso en la literatura para referirse a la versión de los hechos que será sostenida por el litigante ante el tribunal de juicio, en definitiva, lo que a su juicio aconteció en un lugar, día, hora y personas determinadas, que configuran o no la comisión de un ilícito penal<sup>29</sup>.

Una de las más conocidas definiciones es aquella que señala que es una simple, lógica y persuasiva historia sobre lo que realmente sucedió, desde nuestro propio punto de vista. Debe ser consistente con la evidencia no controvertida y con nuestra propia versión de la evidencia controvertida y la aplicación del derecho sustantivo<sup>30</sup>.

Baytelman y Duce señalan que es la idea básica y subyacente a toda nuestra presentación en juicio, que no sólo explica la teoría legal y los hechos de la causa, sino que vincula la evidencia tanto cómo es posible dentro de un todo coherente y creíble<sup>31</sup>.

En un libro anterior, la definimos como "la idea central que adoptamos para explicar y dar sentido a los hechos que se presentarán como fundantes de una historia, permitiendo dar cuenta de la existencia de una determinada teoría jurídica"<sup>32</sup>.

La teoría del caso, será para nosotros "el conjunto de actividades estratégicas que debe desarrollar un litigante frente a un caso, que le permitirán determinar la versión de hechos que sostendrá ante el tribunal,

<sup>20</sup> Decimos iterativa pues la generación definitiva de la teoría del caso supone el repetir la metodología utilizada para elaborarla hasta alcanzar el resultado buscado, e incremental, en cuanto a que cada vez que se va ajustando al nuevo estado del caso la teoría va adquiriendo mayor valor agregado, sea por su mayor certeza, menores debilidades, por contar con nuevas proposiciones fácticas, o evidencias, etcétera.

<sup>29</sup> Vial Campos, Pelayo, *Técnicas y fundamentos del contraexamen en el proceso penal chileno*, Litobrotecna, 2006, p. 53, la define como la narración lógica de los hechos, en un solo párrafo que, enmarcado en el contexto que la ley fija, nos lleva a la conclusión legal buscada.

<sup>30</sup> Mauet, Thomas A., *Trial Techniques*, Wolters Kluwer Law & Business, Aspen Publishers, New York, 7ª edición, 2007, p. 491.

<sup>31</sup> Baytelman A, Andrés y Duce J., Mauricio, *op. cit.*, p. 93.

<sup>32</sup> Blanco Suárez, Rafael y otros, *op. cit.*, p. 18.

y la manera más eficiente y eficaz de presentar persuasivamente, las argumentaciones y evidencias que la acreditan en un juicio oral".

Cuando aludimos al término estratégica, lo que queremos señalar es que no siempre basta exclusivamente tener la razón cuando un litigante enfrenta el desafío de llevar una causa a un eventual juicio oral, esperando un resultado favorable. El cúmulo y/o complejidad de la información a presentar, puede ser de tal magnitud que si no se hace de una manera eficaz arriesgamos terminar confundiendo al tribunal o poniendo los acentos en aquello que no es indispensable para lograr la convicción del juzgador, arriesgando con ello perder el caso.

En un sistema adversarial, tiene relevancia la forma en que se presenta la información al juzgador. En efecto, no basta que la información exista o que en concepto de la parte sea suficiente para acreditar su caso, lo que de verdad interesa es que el juzgador tenga, luego de percibirla, esa apreciación. No debemos olvidar que en definitiva se está frente a un proceso de comunicación en el cual se transfiere al tribunal una versión sobre lo ocurrido y esa comunicación tiene mejores y peores maneras de efectuarse.

## 2. ¿DESDE QUÉ MOMENTO EMPIEZA A ELABORARSE LA TEORÍA DEL CASO?

La tarea de elaborar una teoría del caso comienza, aunque de manera preliminar, desde el primer contacto que el fiscal o abogado defensor tengan con una causa penal<sup>33</sup>, con los hechos del caso<sup>34</sup>. Luego se irá complementando con la información que proporcione el progreso de la investigación criminal<sup>35</sup> o particular, y el concienzudo estudio de todos los antecedentes del caso que haga el litigante<sup>36</sup>.

<sup>33</sup> Sea que ese contacto provenga del parte policial, la declaración de la víctima, antecedentes de una detención, declaraciones de testigos, la entrevista con el imputado, etcétera.

<sup>34</sup> El abogado defensor puertorriqueño, *Litigación: vivencias, casos y comentarios*, volumen I, Ediciones Situm, 2ª edición, 2002, p. 77.

<sup>35</sup> En talleres de capacitación "Nuevo proceso penal acusatorio", módulo 1, *Teoría del caso y mecanismos de investigación criminal*, Ministerio Público, Fiscalía de la Nación de Perú y la oficina contra la Droga y el Delito de Naciones Unidas, Lima, 2008, p. 12; se define la investigación criminal como aquella actividad científica, técnica y legal que se orienta a determinar la verdad de un hecho que amerita una investigación y que se presume delito.

<sup>36</sup> Mauet, Thomas A., *Trial Techniques*, *op. cit.*, p. 491.

Es posible que el trabajo de investigación, tanto de fiscales o defensores, pero particularmente el de la policía como brazo operativo de la fiscalía, se inicie teniendo a la vista más de una hipótesis de trabajo que explique lo ocurrido. Estas formulaciones irán con el tiempo y el avance de la investigación sometándose a verdaderos test de verificación y consistencia con la evidencia acumulada, hasta decantar en una sola hipótesis. Ésta se asentará formalmente al momento de acusar en el caso de los fiscales y querellantes o al momento de comparecer a la audiencia de preparación en el caso de los defensores<sup>37</sup>.

### 3. ¿HASTA QUÉ MOMENTO SE PUEDE SEGUIR MODIFICANDO?

Esta tarea de permanente reingeniería de la versión sobre los hechos y la evidencia que la sustenta, se hace inamovible para el Ministerio Público al momento en que la fiscalía decide acusar y llevar a juicio a un determinado imputado. A esa altura del procedimiento, el fiscal debe tener afinada con precisión su imputación y contar con todos los elementos probatorios que le permitan sostenerla en un hipotético o real juicio oral<sup>38</sup>.

Respecto de la defensa, su teoría del caso debe estar necesariamente definida a la altura de celebrarse la audiencia de preparación de juicio oral, pues en ella debe anunciar la evidencia que ofrece para ser producida en juicio oral; la cual, indefectiblemente, debe estar vinculada a la versión de cómo acontecieron los hechos que sustentara la defensa.

Lo manifestado previamente no significa necesariamente que al decidir acusar un fiscal o al encontrarnos en una audiencia de preparación de juicio oral<sup>39</sup> se agoten las posibilidades de que una causa termine de una manera distinta a la sentencia, sólo significa que de allí en adelante ya se cuenta con una versión definitiva de los hechos y con la evidencia necesaria para sustentarla, pero nada impide que, dado el pronóstico de

<sup>37</sup> Lo mismo se señala en talleres de capacitación "Nuevo proceso penal acusatorio", módulo 1, Teoría del caso y mecanismos de investigación criminal, *op. cit.*, p. 2.

<sup>38</sup> En aquellos países donde existe la figura del querellante, éste deberá tener decidida su posición frente al acusado al momento de deducir su acusación particular o de adherir a la acusación fiscal.

<sup>39</sup> En otras legislaciones denominada audiencia intermedia, preliminar o preparatoria.

éxito de la causa, se realicen por los litigantes gestiones o negociaciones tendientes a acordar una forma de término diferente al juicio oral<sup>40</sup>.

## 4. CARACTERÍSTICAS DE LA TEORÍA DEL CASO

### 4.a. Debe ser formulada respecto de todo caso que asuma un litigante

La generación de una visión estratégica acerca de cómo abordar la preparación de un caso para su tramitación en un proceso oral es un imperativo que el litigante debe cumplir respecto de todos los casos en que le toque intervenir. Se trata de una mínima exigencia de seriedad y profesionalismo con el que se debe abordar el encargo de un cliente o el cumplimiento de una función pública.

No se trata, en materia penal, de una actividad reservada sólo para aquellos casos que por su penalidad, gravedad o características aparezcan como posibles de ser resueltos en un juicio oral. Será, precisamente, la teoría del caso la que indicará al litigante qué causas son las que debiera llevar a juicio y en cuáles, por el contrario, debiera privilegiar una terminación anticipada, ilustrándolo sobre los términos de una eventual negociación.

### 4.b. Debe estar orientada a un hipotético o efectivo juicio oral

El diseño y elaboración de la estrategia para abordar un caso penal se hace teniendo a la vista un juicio oral, que en muchos casos jamás llegará a realizarse. Ello porque son precisamente sus estándares de admisibilidad, producción y valoración de la prueba y de fundamentación de la sentencia los que determinarán el accionar de los litigantes, tanto en la etapa de investigación de la causa como en el juicio mismo<sup>41</sup>.

<sup>40</sup> En el caso chileno, por ejemplo, es posible acordar una salida alternativa o un procedimiento abreviado en la misma audiencia de preparación de juicio, permitiéndose en este último caso incluso la modificación de la acusación ya presentada para los efectos de hacer posible el abreviado. Incluso en otros países la causa podría culminar al inicio de la misma audiencia de juicio, como ocurre en Perú, con la denominada conclusión anticipada del juicio del artículo 372 del CPP peruano.

<sup>41</sup> En igual sentido, Oré Cuardía Arsenio y Loza Avalos, Ciulliana, en su artículo "Teoría del Caso", <http://sts.col.gob.mx/sts/archivos/teoriadelcasoperu.pdf>, señalan que el juicio oral es el eje central del proceso; no porque toda investigación deba terminar en juicio oral, sino



#### 4.c. Debe ser permanentemente revisada

La generación por el litigante de una primera aproximación o versión sobre cómo se desarrollaron los hechos y qué evidencia los sustenta, cuestión que ordinariamente ocurre a pocas horas de haber acaecido el presunto ilícito, puede eventualmente sufrir variaciones durante el curso de la investigación.

Los litigantes deben chequear, permanentemente, esta primitiva versión con los nuevos antecedentes que vayan apareciendo durante la etapa de investigación, sea que ellos provengan de la actividad investigativa de la fiscalía y la policía o de la propia defensa.

Es de regular ocurrencia que fiscales o defensores deban modificar e incluso, a veces, abandonar una determinada versión de hechos ante la imposibilidad de obtener evidencia para sostenerla en juicio, por no tener la evidencia recopilada fuerza probatoria suficiente para superar los estándares de valoración de juicio oral o, por ser inadmisibles y haber sido excluidas en la audiencia de preparación de juicio oral<sup>42</sup>.

#### 4.d. Debe ser única

El relato de hechos que se pretende presentar al tribunal y que se acreditará con la evidencia recopilada en la etapa de investigación debe ser uno solo, sin que sea admisible, por regla general, formular y sostener planteamientos subsidiarios a uno principal, particularmente cuando esos planteamientos sean incompatibles entre sí<sup>43</sup>.

Excepcionalmente, sería posible formular planteamientos subsidiarios el uno del otro, cuando nos encontremos frente a posiciones jurídicas que fuesen compatibles y coherentes con el relato de hechos que el litigante sostendrá en juicio. Es decir, cuando los elementos centrales

---

porque las decisiones más importantes del proceso deben ser asumidas en función de lo que se conseguiría en el juicio oral.

<sup>42</sup> Citemos como ejemplo el de un fiscal que formaliza a un imputado por la figura calificada de un ilícito y luego, durante la investigación no logra reunir evidencia que le permita acreditar bajo los estándares del juicio oral esa primitiva imputación; en tal evento, el fiscal acusará por la figura simple o base del mismo ilícito si logra al menos reunir evidencia que satisfaga esta segunda imputación.

<sup>43</sup> En igual sentido, Neyra Flores, José Antonio, *Manual del nuevo proceso penal & de litigación oral*, Lima, Idemsa, 2010, p. 734.

del relato fáctico, permiten formular distintos planteamientos jurídicos que puedan fundarse en esos antecedentes de hecho, sin resultar contradictorios o incoherentes.

Sin perjuicio de lo dicho, durante la etapa de la investigación, y sin duda al momento de tomar un primer contacto con el caso, el litigante puede legítimamente establecer más de una hipótesis explicativa sobre la que trabajar el caso<sup>44</sup>, siempre que ellas se correspondan con los antecedentes fácticos recopilados y conocidos por el litigante a esa fecha. Una vez formuladas estas hipótesis múltiples, lo que corresponde es que el litigante descarte algunas hasta que opte por una sola<sup>45</sup>.

#### 4.e. Debe ser autosuficiente<sup>46</sup>

La teoría del caso asumida por el litigante debe ser capaz de abarcar y explicar al tribunal la mayor parte de los hechos comprendidos en el caso, de una manera satisfactoria para el tribunal. Debe integrar no sólo los hechos fuertes de la historia del litigante, sino que además aquellos que expresan sus debilidades, para reducirlas al mínimo o entregar una explicación o justificación razonable de ellas, e incluso, si fuera posible, debiera incorporar hechos que forman parte de la historia sostenida por su contraparte<sup>47</sup>.

El sentido de autosuficiencia del relato es proveer al tribunal de juicio de un punto de vista tan cómodo, que le permita comprender y aceptar con un nivel de detalle razonable todo lo que va a acontecer y ser probado en el juicio. El juez posicionándose en la óptica del litigante podrá resolver

---

<sup>44</sup> Estas hipótesis de trabajo para elaborar una teoría del caso definitiva, normalmente, comprenden dos aspectos a saber: una hipótesis de carácter descriptiva, en la que debemos responder la pregunta qué es lo que pasó, y una hipótesis explicativa, en la que daremos respuesta a la interrogante por qué sucedió el hecho.

<sup>45</sup> En igual sentido, Ramos Conzález, Carlos y Vélez Rodríguez, Enrique, *Teoría y práctica de la litigación en Puerto Rico*, editado por Michie of Puerto Rico, inc., 1996, p. 3, donde se señala a propósito de tener múltiples teorías preliminares, que el proceso investigativo nos ayudará a reafirmar unas y rechazar otras. Es posible que posteriormente obtengamos información que nos ayude a perfilar unas teorías más coherentes y creíbles, descartando otras.

<sup>46</sup> Neyra Flores, José, *op. cit.*, p. 734, se refiere a esta característica al indicar que la teoría del caso debe ser omnicompreensiva.

<sup>47</sup> En igual sentido Blanco Suarez, Rafael y otros, *op. cit.*, ps. 21 y 22.

el caso al acoger su versión de los hechos y al encontrar en esa óptica además los antecedentes para rechazar la tesis de su contraparte<sup>48</sup>.

#### 4.f. Deber ser coherente

La historia o relato planteado por el litigante, a ojos y oídos de quien lo presencia, no debe presentar fisuras internas o externas, es decir, cada una de las evidencias que lo justifican y todas ellas analizadas en su conjunto deben llevar inequívocamente al tribunal a la conclusión de que los hechos ocurrieron de la manera esbozada por el litigante. Las distintas evidencias producidas en la etapa de juicio por una misma parte no deben ser contradictorias entre sí.

**El litigante no deberá pasar por alto que la coherencia de su teoría del caso supone el examen de toda la evidencia que la sustenta analizada conjuntamente, como también la consideración de aquellos hechos sostenidos y acreditados por la contraria que no son posibles de modificar<sup>49</sup>.**

No es suficiente para garantizar la coherencia de una teoría del caso que cada evidencia que la sustente, analizada separadamente y en forma individual, lo sea. Así, entonces, un declarante debe presentar con su testimonio, en primer lugar, una coherencia interna, es decir, no puede haber conflicto entre los distintos capítulos o temas abordados en su declaración<sup>50</sup>; pero, además y en segundo lugar, su deposición debe presentar una coherencia externa, es decir, el contenido del testimonio debe guardar correspondencia con el resto de las evidencias rendidas por la parte para probar su relato y, finalmente, ese testimonio debe reconocer o explicar aquellos hechos inamovibles que presenta el caso<sup>51</sup>.

<sup>48</sup> Rosas Yataco, Jorge, *Manual de derecho procesal penal*, Jurista Editores, Lima, 2009, p. 615, señala que la autosuficiencia es la capacidad de dar cuenta del conjunto de hechos que ocurrieron, sin dejar cabos sueltos o circunstancias relevantes.

<sup>49</sup> Un ejemplo de esto sería que a nuestro cliente se le haya encontrado entre sus ropas una evidencia inculpatória, un arma de fuego. Nada se saca con establecer una versión de hechos, si ella no considera estos hechos que no son posibles de modificar, ellos necesariamente deben formar parte de la versión a sostener ante el tribunal, al menos para justificarlos o darles una explicación razonable.

<sup>50</sup> No podrá, por ejemplo, señalar por un testigo que estuvo en dos sitios distintos a la vez, o que se trasladó de un lugar a otro en un tiempo que no satisface los estándares de la lógica o el sentido común.

<sup>51</sup> Ello no ocurriría si, por ejemplo, un testigo presentado por la defensa señalarle en su declaración que el acusado no estaba en el lugar en que ocurrieron los hechos y otro testigo, también de la defensa, sí situara al acusado en el lugar de los hechos, pero entregare antecedentes que los exculpan del hecho,

#### 4.g. Simple<sup>52</sup> y clara

Lo que se debe generar es una historia fácil de aceptar y creer, que contenga la información relevante del caso, de manera que permita al juzgador aceptar y comprender la versión de uno de los litigantes sin tener que realizar complejos y difíciles razonamientos jurídicos<sup>53</sup>.

La simpleza del relato le provee de una cualidad adicional, la claridad del mismo<sup>54</sup>.

Para lograr el objetivo descrito el litigante se remitirá, al construir su teoría del caso, fundamentalmente, a las máximas de la experiencia, el sentido común, las reglas de la lógica, los conocimientos científicamente afianzados, y si fuera posible, a parte de la evidencia que aportará al juicio su contraparte. Construir un relato a partir de las bases antes señaladas permitirá al litigante no padecer de grandes o complejas exigencias probatorias y dotará a su historia, desde un inicio, de un alto grado de verosimilitud<sup>55</sup>.

Lo dicho, no significa que no se pueda sostener en juicio un relato más complejo o alambicado, lo que ocurrirá en tal evento es que el despliegue probatorio será de mayor exigencia para el litigante, pues, los jueces amparados fundamentalmente en su sentido común y las máximas de la experiencia, no estarán fácilmente dispuestos a creer una historia que se aparta de sus conocimientos y experiencia personal sin que ello se les demuestre a través de evidencias de gran certeza y credibilidad.

#### 4.h. Debe ser verosímil<sup>56</sup>

Se trata de presentar al tribunal una historia creíble, presentándole los hechos más importantes de una forma convincente. La idea es pre-

<sup>52</sup> Neyra Flores, José Antonio, *op. cit.*, p. 734, se refiere a lo mismo al señalar que la teoría del caso debe ser sencilla.

<sup>53</sup> En igual sentido, Rosas Yataco, Jorge, *op. cit.*, p. 615.

<sup>54</sup> Se hace igual exigencia de claridad, En Defensoría del Pueblo, "Habilidades comunicativas del defensor en el juicio oral", módulo III, Colombia, p. 59.

<sup>55</sup> En igual sentido, Blanco Suárez, Rafael y otros, *op. cit.*, p. 22.

<sup>56</sup> En "Habilidades comunicativas del defensor en el juicio oral", *op. cit.*, p. 58, se indica que la defensa no siempre se encuentra en condiciones de afirmar que los hechos invocados son ciertos o verdaderos y le basta con presentar un relato verosímil.

sentar una versión fáctica que aún sin haber producido la prueba o evidencia que la sostenga sea creíble, aceptable para el tribunal<sup>57</sup>.

Se ha indicado que la teoría del caso es verosímil cuando los hechos son probables, por haber correspondencia entre las circunstancias de personas, tiempos y lugares narrados; y si aunque fueren falsos, cuando contienen algunas circunstancias probadas o que se pueden probar<sup>58</sup>.

La credibilidad de la teoría del caso se relaciona necesariamente con una versión de hechos lógica<sup>59</sup>, que consulta reglas de experiencia y que guarda concordancia con el encadenamiento sucesivo y temporal de los hechos<sup>60</sup>.

#### 4.i. Debe ser breve<sup>61</sup>

La narración a ser presentada ante los jueces debe elaborarse teniendo a la vista las limitaciones y restricciones de un juicio, como son su extensión, la capacidad de concentración de quienes intervienen en él, entre otras, todas las cuales nos llevan a recomendar a que ella, obviamente considerando las particularidades del caso concreto a litigar, sea lo más breve posible<sup>62</sup>, que se eliminen de ella todas las cuestiones que no sean jurídicamente relevantes o que no aporten información de credibilidad relevante.

A partir de un relato breve y simple es más fácil aspirar a que el tribunal rápidamente lo considere verosímil.

#### 4.j. Debe ser flexible<sup>63</sup>

La teoría del caso debe ser lo suficientemente flexible para adaptarse o comprender los posibles desarrollos del proceso sin cambiar radical-

<sup>57</sup> Vicente Fernandez, Alberto, *op. cit.*, p. 153.

<sup>58</sup> Reyna Alfaro, Luis Miguel, *op. cit.*, p. 119, señala que si la teoría del caso y la estrategia implementada contradicen los criterios elementales de la lógica, se tornan inverosímiles y pierden su capacidad persuasiva.

<sup>59</sup> Sánchez Lugo, Carlos Felipe, *op. cit.*, ps. 81-82.

<sup>60</sup> En "Habilidades comunicativas del defensor en el juicio oral", *op. cit.*, p. 59, se hace igual exigencia.

<sup>61</sup> Igual recomendación en Vicente Fernandez, Alberto, *op. cit.*, p. 157.

<sup>62</sup> Lo mismo se exige en Rosas Yataco, *op. cit.*, p. 615.

<sup>63</sup> En talleres de capacitación "Nuevo proceso penal acusatorio", módulo 1, *op. cit.*, p. 3.

mente, porque el cambio de teoría del caso minimiza la credibilidad del litigante que la formuló<sup>64</sup>.

Particularmente en el caso de las defensas, la teoría del caso que se adopte si bien debe ser en principio única como ya ha sido señalado, debe ser además flexible, es decir el defensor debe adoptar en conjunto con su defendido una estrategia de defensa que le permita abordar de la mejor manera posible el asunto que lo afecta. A veces no por falta de preparación del caso, que sería del todo cuestionable, durante el desarrollo de la audiencia de preparación o en el devenir del juicio oral ocurre algún suceso inesperado, fuera de nuestra planificación, que obliga al litigante a reaccionar<sup>65</sup>. Este debe reaccionar prontamente adaptándose a la nueva realidad, lo que puede significar hacer ciertos cambios en la forma en que está implementando su teoría del caso en el juicio, para así abordar de manera más efectiva estos nuevos acontecimientos.

#### 4.k. Debe permitir adoptar decisiones antes del juicio oral y justificarlas

La teoría del caso permite anticipar a etapas anteriores al juicio oral la toma de decisiones relevantes sobre el destino de una causa, al proporcionar al litigante una prognosis bastante certera de cuál será el destino de ese caso concreto en un hipotético juicio oral.

Toda decisión que se adopta respecto de una causa por un fiscal o defensor obedece a un exhaustivo análisis del caso, que en el ámbito de la litigación se reconduce a haber desarrollado de manera concienzuda su teoría del caso y hacer una proyección sobre la que sostendrá la contraria, con sus fortalezas y debilidades. Ella actuará como una certera guía o brújula que orientará todas las decisiones que el litigante adopte respecto del caso durante la etapa de investigación, para culminarlo por la vía de una negociación o derechamente por la vía de un juicio oral<sup>66</sup>.

<sup>64</sup> Pensemos en un fiscal que había deducido acusación por una determinada figura típica y en la audiencia de preparación se excluye una evidencia indispensable para acreditar ese tipo penal; o en una defensa que se ve sorprendida por la incorporación de una prueba nueva durante el juicio oral.

<sup>65</sup> Tzu, Sun, *El arte de la guerra*, traducción y comentarios grupo Demma, EDAF, 2004, p. 79, expresa: "El que conoce al otro y se conoce a sí mismo, no pondrá la victoria en peligro. El que conoce la tierra y conoce el cielo, tendrá la victoria completa".

<sup>66</sup> *Ibidem.*, p. 73, señala "...si uno no planifica y no presta consideración al enemigo, con seguridad será vencido por él".

La teoría del caso permite, adicionalmente, que las decisiones de los operadores puedan ser controladas, pues deberá existir una consistencia entre ella y las actividades o decisiones adoptadas por el abogado durante el curso de la investigación, sea para consolidarla, cambiarla por otra, decidir el término anticipado de la causa o para optar por ir a juicio oral.

#### **4.1. Debe permitir un análisis estratégico de todas las evidencias (propias y de la contraria) con miras al juicio oral<sup>67</sup>**

Conocer adecuadamente y con detalle el caso y haber elaborado con prolijidad cada uno de los pasos que proponemos para construir la teoría del caso, indicará al litigante qué decisiones tomar y cómo poder justificarlas a la hora de determinar cuáles de las evidencias reunidas en la investigación fiscal o particular serán ofrecidas para ser producidas en el juicio oral por ser útiles, pertinentes, admisibles y creíbles a efectos de acreditar aquéllas proposiciones fácticas que constituyen la versión que sostendrá ante el tribunal o para controvertir la versión de la contraria.

La teoría del caso indicará al litigante, además, los temas, énfasis y ritmos que han de tener los distintos interrogatorios y contrainterrogatorios a realizar en juicio; cuándo deberá deducir objeciones y cuál será el contenido de sus alegatos de apertura y clausura<sup>68</sup>.

#### **4.m. Debe permitir ordenar la presentación de la evidencia en el juicio**

Junto con tener la evidencia suficiente para acreditar el relato, o más bien las proposiciones fácticas que lo sustentan, es indispensable para el litigante determinar estratégicamente el orden, la forma en que presentará esa evidencia ante el tribunal del juicio<sup>69</sup>.

<sup>67</sup> Así Baytelman y Duce, *op. cit.* p. 98, señalan que cada decisión, cada pregunta, cada objeción, cada argumento, están determinados por nuestra teoría del caso.

<sup>68</sup> No se trata de desperdigar durante la audiencia del juicio un cúmulo de información desorganizada e inconexa; por el contrario, la labor del abogado es facilitar la comprensión de la historia por el tribunal, para cuyo efecto deberá buscar la manera más eficiente de presentar sus evidencias, en particular, aquéllas que introducen indicios o premisas básicas para arribar a una conclusión fáctica relevante o principal.

<sup>69</sup> Volveremos en detalle sobre esto, baste con señalar en esta oportunidad que se deben considerar cuestiones tales como: el orden de presentación de las evidencias, materias o temas a abordar

Recordemos, una vez más, que la labor del litigante no se agota en exponer la versión de hechos, resultante de la construcción de su teoría del caso, ante el tribunal. Debe realizarlo de una manera persuasiva, a fin de lograr la convicción del tribunal que su versión es la que debe ser acogida en la sentencia; ello impone al litigante no sólo preocuparse de las cuestiones de fondo del caso, sino también abordar la forma de presentación del caso ante el tribunal, con un sentido estratégico. Debe determinar, a partir de su profundo conocimiento de las evidencias con las que cuenta, cuál es la manera de producirlas en juicio que más coadyuva a su tarea de lograr la convicción de los juzgadores<sup>70</sup>.

#### **4.n. Debe tener suficiencia jurídica**

Desde la perspectiva del ente acusador su teoría del caso debe respetar el principio de legalidad, al dar cuenta de cada uno de los elementos de la teoría del delito aplicables a la pretensión fiscal<sup>71</sup>.

Se ha dicho que desde la perspectiva de la defensa significa que debe determinar la falta de un elemento de la conducta o de la responsabilidad, o de los precedentes jurisprudenciales que determinan el ámbito de aplicación de una norma o la vulneración de la cadena de custodia.

con cada evidencia, tratamiento de los tiempos a utilizar, uso de los indicios, vinculación entre las evidencias, como ocurre con las evidencias materiales o los documentos y los testigos, etcétera.

<sup>70</sup> Sánchez Lugo, Carlos Felipe, *op. cit.*, p. 82, señala que debe llenar todos los elementos de la conducta punible y de la culpabilidad.

<sup>71</sup> Algunos autores, sin hablar de teoría del caso, señalan que se debe elaborar una estrategia para abordar los casos y que ella comprende diversos pasos, tales como i. conocimiento de los hechos; ii. examen jurídico del problema; iii. fijación de objetivos; iv. selección de material probatorio; v. manejo de los tiempos. Así lo propone, por ejemplo, Ríos, Carlos Ignacio, *El Juicio Oral*, Nova Tesis, Argentina, 2007, ps. 42-44.

## SEGUNDA PARTE

# LAS ETAPAS DE CONSTRUCCIÓN DE LA TEORÍA DEL CASO

Al haber señalado que la elaboración de la teoría del caso supone la realización de varias actividades relacionadas entre sí, indicaremos ahora cuales son ellas, a nuestro juicio, y posteriormente las analizaremos en detalle sin perder de vista que sólo el conjunto de las mismas es el que permitirá al litigante tener una visión estratégica completa del caso<sup>72</sup>.

## I. LA POSTURA CLÁSICA

Previo a dar nuestra posición, no podemos dejar de mencionar, por su popularidad en América Latina, el modelo propuesto por los materiales de capacitación y formación elaborados con el patrocinio del USAID, en Colombia. Allí se señala que son elementos estructurales de la teoría del caso, los siguientes<sup>73</sup>:

---

<sup>72</sup> Algunos autores, sin hablar de teoría del caso, señalan que se debe elaborar una estrategia para abordar los casos y que ella comprende diversos pasos, tales como i. conocimiento de los hechos; ii. examen jurídico del problema; iii. fijación de objetivos; iv. selección de material probatorio; v. manejo de los tiempos. Así lo propone, por ejemplo, Ríos, Carlos Ignacio, *El juicio Oral*, Nova Tesis, Argentina, 2007, ps. 42-44.

<sup>73</sup> Por ejemplo en Sánchez Lugo, Carlos Felipe, *op. cit.*, ps. 49 a 74.

a. *Lo fáctico*<sup>74</sup>:

Se refiere a los hechos que dan cuenta del caso a plantear. Permite establecer las distintas circunstancias de tiempo, espacio y modo que concurren en el caso particular. En esta tarea se debe hacer hincapié en la necesidad de identificar aquellos hechos que son jurídicamente relevantes y susceptibles de ser verificados y comprobados en juicio<sup>75</sup>.

No es posible llevar adelante el proceso de subsunción de los hechos en la normativa jurídica aplicable si la determinación y acreditación de ellos no se ha efectuado adecuadamente. Así se ha expresado que la importancia de los hechos en la aplicación del derecho es evidente<sup>76</sup>.

b. *Lo jurídico*:

Alude a todo el derecho aplicable a los hechos del caso en particular, lo cual incluye la normativa legal, sea ésta de rango constitucional, sustantivo penal, procesal, contenida en tratados internacionales aplicables en el país o en otros cuerpos normativos de rango inferior cuando ello sea procedente, leyes especiales, la jurisprudencia y la dogmática aplicables al caso.

En este ámbito, habremos de preocuparnos como litigantes de todas aquellas cuestiones vinculadas con la acción, la tipicidad, la anti juridicidad y la culpabilidad, como también de las circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal.

Dentro del aspecto jurídico se debe tener en especial consideración algunos principios básicos del ordenamiento procesal penal, muchos de ellos con base constitucional. Nos referimos, entre otros, a la presunción de inocencia que ampara al imputado; al principio *in dubio pro reo* y la carga de la prueba que recae en el ente persecutor<sup>77</sup>.

<sup>74</sup> Se refiere a lo perteneciente o relativo a hechos, según Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española*, 22<sup>o</sup> edición, 2001.

<sup>75</sup> Sánchez Lugo, Carlos Felipe, *op. cit.*, p. 52.

<sup>76</sup> "Habilidades comunicativas del defensor en el juicio oral", *op. cit.*, p. 56, donde además se alude a la recomendación entregada por los jueces romanos a los ciudadanos que concurrían ante ellos "Dadme los hechos y yo os daré el derecho".

<sup>77</sup> A ellos se alude en Sánchez Lugo, Carlos Felipe, *op. cit.*, p. 60.

c. *Lo probatorio*:

Se refiere al conjunto de elementos personales<sup>78</sup>, documentales<sup>79</sup> o materiales<sup>80</sup> que demuestran un hecho que hemos tenido por cierto en nuestra teoría fáctica<sup>81</sup>.

Aquí encontramos todas las cuestiones relativas a la reglamentación de ciertos medios probatorios en los códigos procesales, sin perjuicio de la libertad de prueba; su conjugación con las reglas de litigación aplicables para extraer de las fuentes de prueba toda la información relevante para resolver, permitiendo que la contraparte ejerza a través fundamentalmente de las objeciones y los contraexámenes el control de parte de dicha información; y por supuesto, todas las normas referentes a la libre valoración de la prueba<sup>82</sup>, muchas de las cuales entregan al litigante herramientas para adaptar sus actuaciones, en particular las argumentaciones contenidas en sus alegatos de clausura, a los elementos que ilustran o constituyen límites para los jueces a la hora de valorar la evidencia, como son los principios de la lógica, las máximas de la experiencia o los conocimientos científicamente asentados.

## 2. NUESTRA PROPUESTA

Nosotros consideraremos los siguientes pasos que permitirán al litigante adoptar una teoría del caso<sup>83</sup>:

<sup>78</sup> Cabe destacar que los testimonios, por aplicación de los principios de inmediatez, oralidad, publicidad y contradictoriedad, resurgen en los sistemas acusatorios como un mecanismo útil al esclarecimiento de la verdad.

<sup>79</sup> En *Técnicas del Juicio Oral en el sistema Penal Colombiano*, *op. cit.*, p. 108, se señala que se refiere a cualquiera superficie que soporta un mensaje comunicante: fotografías, planos, pictografías, fórmulas comerciales (cheques, facturas, letras), fórmulas legales (escrituras públicas, testimonios de escrituras públicas).

<sup>80</sup> En *ibidem*, p. 109, serán evidencias materiales o reales las evidencias compuestas por cosas, o sea, por objetos: cuchillos, armas, etcétera.

<sup>81</sup> Definición entregada por Araya Matarrita, Saúl, citado por Sánchez Lugo, Carlos Felipe, *op. cit.*, p. 68.

<sup>82</sup> Sana crítica.

<sup>83</sup> Seguiremos en adelante la propuesta formulada por Paul Bergman, *op. cit.*, con algunas modificaciones.

1. Generación de un relato de hechos;
2. determinación de la teoría jurídica aplicable;
3. elaboración de las proposiciones fácticas;
4. selección de la evidencia;
5. detección de las debilidades del caso;
6. clasificación de las evidencias; y
7. determinación de la forma de presentar la evidencia.

### Cuadro Sinóptico de la Teoría del Caso

Relato de hechos	
Teoría jurídica	
Proposiciones fácticas	
Evidencias	
Debilidades	
Clasificación de las evidencias	
Forma de presentar la evidencia	

## 3. ALGUNAS CONSIDERACIONES PREVIAS

### 3.1. Una advertencia

Gran parte de las cosas que se analizarán y comentarán a lo largo de este texto no son más que reglas de sentido común, organizadas en torno a un objetivo, a saber, la presentación de un caso ante un tribunal para obtener de él una resolución favorable a esos planteamientos. Hablamos de un conjunto de herramientas nemotécnicas, sobre cómo desempeñarse de la manera más eficiente y eficaz en un proceso penal, y en particular en un juicio oral.

Nunca el lector llegará a entender, adecuadamente, la trascendencia de la teoría del caso si no se aboca a tomar distintos casos y comienza a trabajar con ellos paso a paso, conforme a la secuencia de trabajo que

se propone en el texto. Si lo hace, rápidamente, ese ejercicio sistemático y reiterado le develará cómo aquellos casos que a simple vista parecían como ganados, tenían serios problemas de coherencia interna o de sustentabilidad en la evidencia aportada; o cómo en otras ocasiones, casos que a primera vista le parecían imposibles de abordar por ser demasiado demoledores en contra de su cliente, van mostrando aspectos en los que el litigante puede focalizar sus contra exámenes o prueba propia para enfrentarlos de manera eficaz<sup>84</sup>.

### 3.2. Un presupuesto básico

Existe un supuesto básico elemental para poder aproximarse a la tarea de elaborar una teoría del caso, cual es el conocimiento acabado y en detalle que debe poseer el litigante del caso particular, tanto desde la perspectiva fáctica, esto es, los hechos que comprende<sup>85</sup>, como también de la normativa sustantiva y adjetiva aplicable al mismo. Adicionalmente, conocerá la jurisprudencia y posiciones dogmáticas que pudieren ser aplicables al caso.

Cuando hablamos de conocer el caso nos referimos a éste en su integridad, con las fortalezas y debilidades de nuestra versión, como también de la posible versión que frente al caso adoptará la parte contraria. Sólo el conocimiento profundo y acabado del caso permitirá al letrado abordarlo con probabilidades reales de obtener una sentencia favorable a sus intereses.

<sup>84</sup> Las afirmaciones de este párrafo son tan ciertas que, la verdad sea dicha, el modelo puede aplicarse a un caso de cualquier naturaleza, y no sólo a los de carácter penal. El tema no es la materia del caso, sino el mecanismo o herramienta que nos enseña cómo prepararlo y presentarlo estratégicamente ante un tribunal. Sin perjuicio de ello, también debemos señalar que esta metodología muestra todo su potencial y bondades, preferentemente, en la preparación de casos para ser litigados en un sistema de marcado corte adversarial.

<sup>85</sup> Ríos, Carlos Ignacio, *op. cit.*, ps. 39-40, indica que se supone que los jueces saben derecho, salvo cuestiones muy complejas o novedosas, por ello no ven con agrado que el letrado use su tribuna para dictarle cátedra. Pero sí requieren de una versión razonable y creíble de los hechos objeto del proceso. Los hechos constituyen el objeto mismo del proceso penal. Son ellos los que deben ser probados y presentados al tribunal de manera que aparezcan favorables a nuestros intereses.

### 3.3. El deber de investigar de la defensa<sup>86</sup>

Se ha dicho que como expresión de la igualdad de facultades procesales en el sistema acusatorio, tanto la fiscalía como la defensa tienen el derecho de adelantar su propia investigación, con la finalidad de hacer una reconstrucción histórica de los hechos materia del presunto delito y llevársela bajo la perspectiva de verdad al juez imparcial<sup>87</sup>.

El derecho a investigar de la defensa surge precisamente como un componente del derecho a defensa del imputado, como una herramienta de averiguación de los medios de prueba necesarios y pertinentes para acreditar la versión sostenida por la defensa en juicio, o como una forma de verificación y control de la evidencia planteada por la fiscalía<sup>88</sup>. Como señala Carocca, lo que puede hacer el imputado en la etapa de investigación es recopilar por su cuenta todos los antecedentes que crea necesarios para proponerlos como pruebas en la contestación a la acusación<sup>89</sup>.

Por tanto, la defensa siempre tiene derecho a investigar y a recopilar evidencia, ya sea para acreditar un relato propio, ya sea para controvertir la evidencia fiscal, la que podrá –en virtud del mismo derecho de defensa– ofrecer en la audiencia de preparación de juicio oral, luego producir aquélla declarada admisible en el juicio oral, y finalmente, obtener su valoración por el tribunal en la sentencia que se dicte en el juicio oral correspondiente<sup>90</sup>.

<sup>86</sup> Lee, Bailey F., *Cómo se ganan los juicios. El abogado litigante*, Limusa, México, 2008, p. 98, señala que “los cimientos de una buena preparación consisten en una buena investigación.”

<sup>87</sup> Sánchez Lugo, Carlos Felipe, *op. cit.*, p. 18.

<sup>88</sup> Ver artículos 14 n° 3 letra E del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 8 n° 2 letra F de la Convención Americana de Derechos Humanos.

<sup>89</sup> Carocca Perez, Álex, *La defensa penal pública*, Lexis Nexis, 2002, p. 83.

<sup>90</sup> Horvitz Lennon, María Inés y López Masle, Julián, *Derecho procesal penal chileno*, tomo II, Jurídica de Chile, Santiago 2004, p. 73, expresan que en un sistema adversarial, parece un presupuesto de funcionamiento del sistema la posibilidad de que se realicen actos de este tipo por parte de la defensa, ya que ésta es la idea que inspira muchos de los principios que lo rigen. Más adelante indican que la defensa realiza propiamente investigación privada cada vez que interroga a un testigo de los hechos o contrata un perito para confeccionar un informe y, por lo tanto, nada hay en ello de extraño ni de ilícito, sino que, por el contrario, constituye para el defensor parte esencial de las tareas que le impone su responsabilidad profesional.

El derecho a investigar de la defensa debiera garantizarse con la posibilidad de contar con investigadores de la defensa<sup>91</sup> y el acceso de la defensa a la prueba de cargo, como por ejemplo entrevistar a los testigos de cargo o a la víctima.

Una cuestión distinta ocurre cuando en la labor de investigación la defensa se enfrenta al hecho de que no puede adquirir ciertas evidencias por carecer de facultades para actuar directamente. Nos referimos por ejemplo al caso en que lo que se desea es realizar una medida intrusiva, o sea de aquéllas que requieren de autorización judicial por afectar derechos garantizados en la Constitución; en tal evento el defensor deberá recurrir al fiscal para que éste las califique y si las acepta, solicite la autorización judicial pertinente para poder llevarla a cabo<sup>92</sup>. De no prosperar la solicitud por negativa del fiscal, entonces el abogado tendrá un sólido argumento para plantear al juez de garantía en la oportunidad procesal pertinente la reapertura de la investigación, precisamente para que se practique la diligencia solicitada y negada antes de que se cierre definitivamente la investigación<sup>93/94</sup>.

La investigación de la defensa debe abarcar distintos tópicos, todos ellos asociados a la lógica de construir y reforzar su teoría del caso. Así, en primer lugar deberá abocarse al análisis de los hechos, para lo

<sup>91</sup> Así ocurre por ejemplo en Colombia o en Costa Rica, en que la Defensoría Pública cuenta con un grupo de investigadores que son funcionarios de la Defensoría. En Chile la investigación puede ser realizada por la vía de la contratación de un investigador externo al servicio de defensa.

<sup>92</sup> Podría incluso recurrirse al fiscal cuando ello no sea indispensable por ley, como una forma de dar mayor fuerza o credibilidad a nuestros planteamientos ante el fiscal. Esto ocurre en muy contadas ocasiones en la práctica.

<sup>93</sup> Ver artículo 257 del CPP chileno.

<sup>94</sup> En otras legislaciones se permite que la defensa pueda recurrir directamente al juez cuando no pueda por sí misma obtener una evidencia. Por ejemplo el Código Procesal Penal del Estado de Chihuahua, México, en su artículo 151, Auxilio a la defensa, expresa: “En los casos en que existan documentos, objetos o informes en poder de un tercero que se niega a entregarlos, que resulten necesarios para la defensa del imputado, el Juez de Garantía, en vista de lo que aleguen el tenedor y la defensa, resolverá en audiencia si debe hacerse la exhibición o rendirse el informe. Si a pesar de haberse ordenado al tenedor exhibir el documento, objeto o informe, éste se negara a entregarlo o retardara la entrega, el Juez podrá aplicar medidas de apremio o decretar el cateo. Asimismo, el Juez de Garantía, a petición del defensor, podrá ordenar el cateo de lugares, a fin de buscar determinados objetos o documentos que puedan favorecer la defensa del imputado. La orden de cateo y la práctica de éste deberán reunir los requisitos previstos en este Código”.



cual será indispensable conocer el contenido de la investigación fiscal, entrevistar al cliente, examinar o hacer examinar la evidencia material y documental, visitar y estudiar el sitio del suceso, entrevistarse con los testigos propios y los del ministerio público; en segundo lugar deberá efectuar el análisis jurídico, identificando la imputación, sus elementos y la determinación de los puntos jurídicamente relevantes, entre otras cosas que veremos en detalle al tratar la Teoría jurídica; y, en tercer lugar, la averiguación de la evidencia pertinente y admisible que se llevará a juicio<sup>95</sup>.

### 3.4. ¿Tienen la misma libertad los fiscales y defensores en la generación de su teoría del caso?<sup>96/97</sup>

Dejemos en claro desde ya una cuestión fundamental: todo litigante, fiscal o defensor, debe contar con una teoría del caso, es decir, con una visión estratégica de cómo debe enfrentar un hipotético juicio oral. Sin perjuicio de ello, existen ciertas diferencias entre los litigantes a propósito de la necesidad o no de sostener una versión de hechos propia, según estemos hablando del Ministerio Público o de la defensa, a saber:

En primer lugar, el ministerio público está siempre obligado a construir un relato de hechos para cada caso en que intervenga y, además, debe necesariamente probarlo más allá de toda duda razonable para obtener

<sup>95</sup> Sobre una propuesta concreta acerca de las cosas que debe hacer un defensor para investigar, ver DeShazo, Andrea, *Una guía práctica para defensores penales*, edición Defensoría Penal Pública, Andros impresores, Santiago, 2007, ps. 82 a 89.

<sup>96</sup> Esta distinción no la haremos tratándose de materias no penales. Así Bergman, Paul, *op. cit.* p. 25, a propósito de la elaboración de las proposiciones fácticas, señala que a falta de estipulación, los demandantes deben demostrar cada elemento de un reclamo de indemnización y, por lo tanto, contarán con proposiciones fácticas separadas para cada elemento. Los demandados a menudo refutan ciertos elementos, pero no otros. Así, los demandados pueden formular proposiciones fácticas sólo por referencia a los elementos que cuestionan. Sería el caso en que discutimos la participación pero no el hecho punible, por ejemplo.

<sup>97</sup> No nos referiremos aquí a la figura del querellante, pues la situación de éste varía dependiendo de las legislaciones procesales. En algunas derechamente no se le considera como un actor en el proceso penal, en otras se le considera, pero sólo como querellante adhesivo, y en otras —como en Chile—, puede ser adhesivo o particular. En este último caso, él podría desarrollar una tesis distinta a la del fiscal, encontrándonos en una situación en que al tribunal de juicio podría plantearse tres teorías del caso distintas.

una sentencia condenatoria<sup>98</sup>. En cambio la defensa puede optar entre construir un relato distinto al del fiscal o, no construir necesariamente un relato nuevo, sino que refutar y controvertir la prueba que el fiscal presente para sostener su relato, persuadiendo al tribunal que no es posible con esa evidencia alcanzar el estándar legal para condenar<sup>99</sup>.

Es precisamente la imputación formulada por el Ministerio Público la que será sometida en sus extremos (acreditación del hecho punible y de la participación culpable del acusado) al estándar de valoración del tribunal de juicio, en el sentido de que esa imputación es exclusivamente la que el juez de juicio debe examinar para determinar si se alcanza el estándar de convicción de más allá de toda duda razonable. Se tratará de determinar si la imputación formulada es la única explicación razonable o plausible del caso, de no ser así siempre deberá absolverse, independientemente que exista o no una tesis alternativa fáctica de la defensa y cuál haya sido el éxito de la misma para imponerse en la mente del juzgador<sup>100</sup>.

En segundo lugar, el Ministerio Público debe respetar —al construir su versión de los hechos— el denominado principio de congruencia, es decir, no puede alterar en su acusación de manera relevante los hechos en virtud de los cuales formuló su imputación al imputado, pues ello podría acarrear la indefensión del sujeto pasivo de la persecución penal. No puede incorporar o modificar un dato de trascendencia referido al núcleo fáctico de la imputación formulada y respecto del cual el imputado o su defensa no se hayan podido pronunciar por desconocerlo<sup>101</sup>.

La congruencia es, según Cerda San Martín, la obligación que la ley impone, en primer lugar, al persecutor penal en cuanto debe respetar la necesaria correlación entre el componente fáctico, material (objetivo) y personal (subjetivo), de la formalización de la investigación, con aquel señalado en la o las acusaciones y, en definitiva, al órgano jurisdiccional en tanto debe respetar la correlación entre los elemen-

<sup>98</sup> Cerda San Martín, Rodrigo, *Manual del nuevo sistema de justicia criminal*, Librotecnia, Chile, 2005, p. 271.

<sup>99</sup> En igual sentido, Blanco, Rafael y otros, *op. cit.*, p. 17.

<sup>100</sup> En igual sentido, Horvitz Lennon, María Inés y López Masle, Julian, *Derecho procesal penal chileno*, tomo II, *op. cit.*, ps. 332 a 336.

<sup>101</sup> Maier Julio B. J., *op. cit.*, tomo I, p. 568, donde se señala que la vulneración al principio de congruencia afecta la invulnerabilidad del derecho a defensa.

tos fácticos de la acusación y aquellos que componen la sentencia. Nosotros nos referimos a la primera parte de este concepto, es decir, al correlato entre los hechos formalizados y los contenidos en la acusación que se erigen como un límite a la elaboración de la teoría del caso por parte de la fiscalía<sup>102</sup>.

La defensa, en cambio, no tiene por qué explicitar necesariamente una versión de hechos durante la etapa de investigación, ni siquiera en la audiencia de preparación de juicio<sup>103</sup>, y si lo hace, puede alterar sustantivamente el contenido fáctico de ese relato, tanto durante la investigación como al momento de enfrentar, el juicio oral sin que ello le esté prohibido<sup>104</sup>.

Una tercera limitación para el Ministerio Público surge de la necesidad de salvaguardar el principio de prohibición de sorpresa<sup>105</sup> y de igualdad de armas, evitando con ello la afectación del derecho a defensa efectiva del acusado.

Se requiere que el relato del Ministerio Público sólo pueda sostenerse en la evidencia que se haya reunido por la fiscalía, en la forma señalada por la ley, durante la etapa de investigación<sup>106</sup>, y además haya sido ofrecida en su acusación y declarada admisible en sede de garantía, luego de efectuados los debates de admisibilidad de la prueba, que suponen que los litigantes han dado a conocer al otro las evidencias que pretenden utilizar en juicio, sea en la acusación si se trata del

<sup>102</sup> Cerda San Martín, Rodrigo, *Manual del nuevo sistema de justicia criminal*, op. cit., p. 290.

<sup>103</sup> No queremos decir con ello que esa sea la mejor estrategia para representar los intereses de su representado, muy por el contrario, somos partidarios de asumir una teoría del caso única, y de explicitar su contenido en la audiencia de preparación para los efectos de los debates de pertinencia de la prueba ofrecida por la defensa.

<sup>104</sup> No olvidemos sobre éste punto, que al imputado incluso en la mayoría de las legislaciones se le reconoce el derecho a mentir cuando declara. Una vez más, no estamos recomendando que lo haga, pero ello nos demuestra como los hechos que eventualmente pueda alegar la defensa pueden variar sustantivamente de una etapa del proceso a otra.

<sup>105</sup> La forma de garantizar la contradictoriedad propia del juicio requiere que los litigantes, y en particular la defensa, conozcan la evidencia a utilizar por la contraria para preparar adecuadamente cómo la impugnarán.

<sup>106</sup> De allí la importancia de la obligación de registro que, ordinariamente, se establece respecto del Ministerio Público, que lo obliga a consignar en algún soporte todas y cada una de las actuaciones de investigación que realice, sean o no efectivas para su teoría del caso.

Ministerio Público, sea en la misma audiencia de preparación de juicio oral en el caso de la defensa<sup>107/108</sup>.

No es admisible, en principio, que el Ministerio Público sustente su acusación en juicio en evidencias cuya existencia no hayan sido puestas en conocimiento de la defensa al momento de deducir su acusación<sup>109</sup>, o en otras que se hayan obtenido con posterioridad al cierre de su investigación, apareciendo recién para conocimiento de la defensa entre la audiencia de preparación de juicio y el juicio mismo, o directamente en éste<sup>110</sup>. Si ocurriera, la defensa del acusado se vería seriamente sorprendida al no conocer con la anticipación suficiente la evidencia a utilizar por el Ministerio Público y por encontrarse en la imposibilidad de ejercer efectivamente el principio contradictorio en esas condiciones.

<sup>107</sup> Lo que en los sistemas anglosajones se denomina Discovery, que en Autores varios, *El defensor público en el sistema acusatorio colombiano*, Defensoría del Pueblo, Bogotá, 2005, p. 170, se conceptualiza al señalar que se refiere al acto procesal en el cual una parte informa a la otra sobre los elementos materiales probatorios y evidencia física que pretende llevar a juicio, los documentos con los que cuenta, los testigos y peritos con los cuales los aducirá, aquéllos que declararán como testigos y sus datos de ubicación e identificación; así como las entrevistas, declaraciones o deposiciones que hubiere practicado a los mismos, y los informes de policía o técnicos obtenidos durante sus actos de investigación. Para la fiscalía la obligación de descubrimiento de pruebas es mayor que para la defensa; la fiscalía debe entregar a la defensa la totalidad de las entrevistas, declaraciones, deposiciones e informes con que cuente, aunque no vaya a presentarlos al juicio. Será perfectamente posible entonces que la defensa encuentre en algunos de esos antecedentes evidencia que sea favorable a su teoría del caso.

<sup>108</sup> *Ibidem*, ps. 168-169, señala que el descubrimiento de evidencia es el deber que se impone a la fiscalía en la audiencia de formulación de la acusación (audiencia de preparación de juicio para otros), y a la defensa en la audiencia preparatoria, de dar a conocer de manera íntegra la evidencia que presentarán en el juicio. Este deber es manifestación del principio de igualdad de las partes, de contradicción y de lealtad procesal.

<sup>109</sup> Si no lo hace así, ya no podrá ofrecerlas en la audiencia de preparación, ni practicarlas durante el juicio. Como se señala en *ibidem*, p. 173, durante la audiencia preparatoria, la Fiscalía enunciará las pruebas que hará valer en la audiencia de juicio oral o público, pero de manera alguna debe confundirse esta enunciación con el descubrimiento de pruebas. En el momento de enunciar las pruebas, la fiscalía ya ha agotado la oportunidad de descubrir sus pruebas.

<sup>110</sup> Sin perjuicio de lo señalado, en general, las legislaciones contemplan excepciones a lo dicho en cuanto sería posible la rendición de una prueba que no fue ofrecida y declarada admisible en la audiencia de preparación de juicio oral, cuando ella tuviere el carácter de prueba nueva, es decir una evidencia de la cual no se tuvo conocimiento, sino con posterioridad a la audiencia de preparación de juicio oral, sin que ello obedezca a la negligencia de quien la ofrece. También haría excepción a lo manifestado, la denominada prueba sobre prueba, que es aquella ofrecida durante el curso del juicio oral para acreditar que otra evidencia rendida en el juicio no es veraz, íntegra o auténtica. Ver artículo 366 del CPP chileno, art. 373 n° 1 CPP peruano.

Por su parte la defensa, en caso de asumir como estrategia de defensa lo que denominaremos más adelante, una defensa pasiva o negativa, podría eventualmente no ofrecer pruebas en la audiencia de preparación de juicio oral para sustentar su teoría del caso en juicio, limitándose a controvertir la prueba de cargo a través de sus argumentaciones y contraexámenes.

No compartimos que esta opción, así descrita, sea la mejor decisión estratégica frente a una imputación. La defensa a nuestro juicio siempre debe investigar y procurarse, dentro de lo posible, pruebas para ofrecerlas en la audiencia de preparación de juicio y producirlas en juicio oral, aun cuando su tesis de defensa se estructure en torno a la confrontación de la tesis fiscal, sin sustentar una versión de hechos alternativa. En tal evento sostenemos que la defensa de todos modos debe, por una parte, investigar y ojalá recopilar evidencia que le permita, mediante su presentación en juicio, confrontar o controvertir la evidencia de cargo o al menos realizar sus contraexámenes con la mayor información posible del contraexaminado.

No podemos dejar de mencionar aquí que a veces una defensa pasiva o negativa, en cuanto la hemos caracterizado como aquella que no presenta un relato alternativo al del fiscal, en un número significativo de casos, se expresará no en un debate penal, sino en uno procesal, asociado a la obtención, sea de la exclusión de las evidencias que sustenten la imputación fiscal en la audiencia de preparación de juicio oral o, en su impugnación en juicio oral destinada a restarle valor probatorio en la ponderación que en definitiva haga de esas pruebas el juez en la sentencia<sup>111</sup>.

En caso de optar por una defensa activa o positiva, es decir, una que contenga un relato fáctico alternativo al planteado por la acusación o se esgriman por la parte la concurrencia de circunstancias que permitan impugnar la calificación jurídica del hecho imputado, la culpabilidad, el grado de participación o de ejecución del hecho, la inimputabilidad, una causal de justificación o un error; será deber de la defensa expresar en la audiencia de preparación<sup>112</sup> los medios de prueba de que se valdrá en juicio para acreditar su relato, es decir, está obligada también al descu-

<sup>111</sup> Lo mismo ocurre en aquellas áreas del derecho donde se ha incorporado el debate de exclusión de pruebas por ilicitud, como es en el caso chileno las causas de familia y las laborales.

<sup>112</sup> En Chile se consagra una regla que permite suspender la audiencia en beneficio del acusado. Se trata del artículo 278 del CPP el cual señala: Cuando al término de la audiencia (se refiere a la de preparación de juicio), el juez de garantía comprobare que el acusado no hubiere ofrecido oportu-

brimiento de su evidencia, a fin de garantizar la igualdad de armas e impedir la prohibición de sorpresa en perjuicio ahora del Ministerio Público.

A diferencia del Ministerio Público la obligación de descubrimiento que pesa sobre la defensa es menos intensa, pues sólo debe señalar, al contestar la acusación en la etapa intermedia, cuáles van a ser los medios de prueba de que se valdrá en juicio, y en el caso de los declarantes, los puntos sobre los que recaerán sus declaraciones; pero no tiene obligación alguna de poner en conocimiento del Ministerio Público otros antecedentes que hubiere obtenido en sus tareas de investigación, que no haya ofrecido como prueba en la audiencia de preparación de juicio, como tampoco deberá hacer entrega al fiscal, si es que existieran, los registros en que consten las entrevistas realizadas por la defensa<sup>113</sup>. No olvidemos que, además, sobre la defensa pública no rige, como si ocurre con el ministerio público y normalmente la policía, la obligación de registro de todas sus actividades investigativas.

Reiteramos acá, una vez más, la importancia del cumplimiento por parte de los organismos policiales y de la fiscalía de la obligación de registro que sobre ellos pesa, respecto de todas las diligencias investigativas que practiquen, independientemente de si el resultado de ellas es o no favorable a la persecución.

Por último señalemos que en la elaboración de su teoría del caso la fiscalía tiene otra limitante, pues al desarrollar su actividad investigativa tendiente a la comprobación de su hipótesis de trabajo para explicar lo sucedido, debe hacerlo conforme a la reglamentación que la legislación del proceso penal hace de la tarea investigativa<sup>114</sup>, baste señalar aquí la regulación del brazo operativo de la fiscalía constituido por la policía y la reglamentación de las denominadas medidas intrusivas o actos de molestia. En definitiva la investigación fiscal destinada a obtener medios de verificación de la tesis sostenida por la fiscalía, se hace teniendo a la vista las reglas probatoria del juicio oral y el respeto de los derechos y garantías de los ciudadanos en un estado de derecho.

amente prueba por causas que no le fueren imputables, podrá suspender la audiencia hasta por un plazo de diez días. La norma lo que trata de asegurar es que la defensa pueda ofrecer su prueba.

<sup>113</sup> En igual sentido *El defensor público en el sistema acusatorio colombiano*, op. cit., p. 178.

<sup>114</sup> En igual sentido, Sánchez Lugo, Carlos Felipe, op. cit., p. 19.

#### 4. LA GENERACIÓN DE UN RELATO DE HECHOS

El primer contacto con un caso para un abogado se produce a través del relato de la víctima, a veces el del imputado, algunos testigos y/o los informes policiales, para luego ir complejizándose con otras diligencias de investigación, objetos, testimonios, documentos o pericias. A partir de estas primeras informaciones el litigante comienza rápidamente a elaborar un relato, una historia que se justifica en la evidencia acumulada hasta entonces.

Esta narración debe ser simple<sup>115</sup>, no se debe olvidar que será un relato a reproducir ante un tribunal durante todo el curso de un juicio oral y que por ello no debe ser, dentro de lo posible, de gran complejidad, pues de serlo sus posibilidades de acreditación ante el tribunal serán menores o supondrán un trabajo mucho más extenuante en materia probatoria para el litigante que si hubiera optado por una historia menos compleja. A lo dicho habría que añadir que dada esa complejidad también se incrementa la opción de que el tribunal no alcance durante el juicio a asimilar íntegramente nuestro relato o alguno de sus componentes centrales.

La recomendación aquí es siempre tratar de acercarse en la construcción del relato o versión de hechos a las máximas de la experiencia, las reglas de la lógica y/o a los conocimientos científicamente afianzados, de esa manera el relato tendrá la particularidad de ser mucho más creíble y aceptable para el juez que lo escucha; pues, por una parte, se acercará a sus propias percepciones o conocimientos sobre cómo ocurren ordinariamente determinados hechos, y por la otra, guardará correspondencia con los límites que normalmente las legislaciones procesales imponen a los jueces a la hora de reglamentar la fundamentación de sus resoluciones<sup>116</sup>.

Se ha indicado, para resaltar la importancia de los hechos en la elaboración de la teoría del caso, que el punto de referencia del conflicto jurídico a que se ve abocado nuestro defendido siempre será fáctico, ya que el derecho penal liberal siempre ha considerado que no puede

<sup>115</sup> Se trata de contestar aquellas preguntas básicas que cualquier persona se formularía frente a un suceso relevante, necesitamos saber qué pasó, entre quienes, dónde, cómo y por qué.

<sup>116</sup> Ver artículo 297 inc. 1° CPP chileno, art. 393 n° 2 CPP peruano.

existir un delito sin que medie la conducta humana, que necesariamente crea un fenómeno de hecho<sup>117</sup>.

##### 4.1. Información que debe contener el relato de hechos

El relato del litigante debe tener la capacidad de proveer al o los jueces de la información que les permita esclarecer aquellas interrogantes que un hombre medio se haría al enfrentar la resolución de nuestro caso. No se trata entonces de complejas o difíciles preguntas, muy por el contrario se trata de aquellas que naturalmente surgen de una persona interesada en acceder a la información necesaria para estar en condiciones de emitir un pronunciamiento sobre la situación o caso que se pone bajo su conocimiento.

La narración debe contener los hechos y circunstancias de modo, tiempo y lugar que sean jurídicamente relevantes, es decir, todos aquellos hechos que tengan capacidad de producir efectos jurídicos. Se deben narrar solamente los hechos que conduzcan a demostrar las pretensiones o los supuestos de hecho de la teoría del caso que proponemos<sup>118</sup>.

Así se recomienda que la narración sea capaz, cuando fuere pertinente, de dar respuesta a las siguientes preguntas: quién, identifica al sujeto activo o agente; a quién, nos precisa al beneficiado o perjudicado; qué, indica la acción realizada; cómo, ilustra sobre la manera en que ocurrieron los hechos; con qué, indica los instrumentos utilizados; cuándo, permite determinar el espacio temporal de ocurrencia de los hechos; dónde, ilustra la ubicación espacial; cuánto, indica cantidad; para qué, alude a la finalidad o motivo perseguido; por qué, nos alecciona sobre la causalidad de los hechos, la causa o razón que da origen a la acción u omisión<sup>119</sup>.

El móvil de la acción es importante en el relato, porque se constituye en la motivación de la acción y hace de la reconstrucción de los hechos (relato) una historia interesante y representativa de la realidad,

<sup>117</sup> Sánchez Lugo, Carlos Felipe, *op. cit.*, p. 53.

<sup>118</sup> Defensoría del pueblo, "Habilidades Comunicativas del defensor en el juicio oral", *op. cit.*, p. 58.

<sup>119</sup> *Ibidem*, p. 60, se mencionan lo que el texto denomina preguntas relevantes.

en la cual nadie actúa porque sí, sino siguiendo ciertas motivaciones que deben ser claramente expresadas por la parte<sup>120</sup>.

#### 4.2. ¿Qué tipos de defensa se pueden adoptar frente a un caso concreto?<sup>121</sup>

Analizaremos algunas particularidades que puede asumir la adopción de una determinada estrategia de defensa<sup>122</sup>, pero reafirmemos una vez más que en el caso del Ministerio Público es indispensable e ineludible para él la adopción de una estrategia que contemple la elaboración de un relato fáctico a presentar ante el tribunal, pues la carga de la prueba recae sobre la fiscalía, a ella corresponde deducir acusación y probarla en juicio al demostrar al tribunal que se ha cometido un hecho que revisten caracteres de delito y que esa conducta es imputable a un sujeto determinado: el acusado<sup>123</sup>.

<sup>120</sup> Materiales de trabajo del profesor Ricardo Abdala Ricaurte, en curso "Juicio Oral y Público", Ciudad Juárez, México, 2006.

<sup>121</sup> Ya nos referíamos a los tipos de defensas denominadas positivas o negativas, en Blanco Suárez, Rafael y otros, *op. cit.*, ps. 23 a 25.

<sup>122</sup> Traversi Alessandro, *La defensa penal, técnicas argumentativas y oratorias*, Thomson Arazandi, 1ª edición, Navarra, 2005, p. 38, habla de estrategia al señalar que ese término militar se adapta perfectamente a un proceso, desde el momento en que se puede comparar con una partida de ajedrez, o incluso, con una verdadera y propia batalla, combatida con armas dialécticas y en forma ritual, entre la acusación y la defensa.

<sup>123</sup> *El abogado defensor puertorriqueño*, volumen I, *op. cit.*, ps. 79 y 80, se propone que las teorías de defensa que puede asumir un litigante son: la primera; la duda razonable pura (no hay ninguna explicación alterna de los hechos según lo expone la defensa), es un tema de suficiencia probatoria; la segunda; la evidencia contradictoria (la defensa ofrece su propia prueba para negar la del fiscal en uno o más elementos del delito); la tercera; la justificación o excusa: las justificaciones son aquellas en las cuales el acusado concede que cometió los hechos enumerados en el estatuto, con la intención requerida, pero argumenta que un bien mayor reconocido en la ley, fue servido. Ejemplo para nosotros sería la legítima defensa. Las excusas, están relacionadas con que las personas tienen la capacidad para escoger, y son responsables al escoger aquello que está prohibido en la ley.

#### 4.2.1. Criterios para clasificar las estrategias de defensa

##### 4.2.1.1. Según si ella impone o no la obligación de generar una versión de hechos distinta a la sostenida por la fiscalía en su imputación

###### I. La defensa pasiva o negativa

La experiencia ha demostrado que en un número no despreciable de casos, el defensor conjuntamente con el imputado, lo que harán al determinar su estrategia para enfrentar el proceso será ampararse fundamentalmente en la presunción de inocencia y en que la carga de la prueba recae en juicio sobre el Ministerio Público, de manera tal que su labor será, fundamentalmente, atacar aquellos puntos débiles de la teoría del caso fiscal, con la finalidad de introducir en el juzgador la duda razonable respecto de la versión de hechos de la fiscalía que lo lleve a absolver<sup>124</sup>. En otras ocasiones, la defensa no discutirá el sustrato fáctico del caso, sino las consecuencias jurídicas que de esos hechos se desprenden, proponiendo que en el caso en concreto las consecuencias jurídicas planteadas por la fiscalía al tribunal no son las correctas<sup>125</sup>.

El litigante defensor trabajará, en las situaciones descritas, en una **defensa pasiva o negativa**. Abordará el caso en cuestión, fundamentalmente, al utilizar la misma pauta de trabajo a la que recurrirá el fiscal. El defensor confeccionará la teoría del caso, analizará y tratará de prever como el fiscal presentará el caso ante el tribunal, para luego concentrarse en establecer y determinar cuáles son las debilidades que presenta ese esquema, pues serán precisamente esos puntos los que la defensa explotará en juicio, sea a través de sus argumentaciones, objeciones, contraexámenes o por medio de evidencia propia presentada al efecto.

Al decir de Traversi la defensa se limitará a negar los cargos, confutando la credibilidad de las pruebas de cargo o la coherencia lógica del teorema acusatorio<sup>126</sup>. Esencialmente esta estrategia tiende a demostrar

<sup>124</sup> Como ya señaláramos antes en una hipótesis de defensa como la descrita, ordinariamente el imputado hará uso de su derecho a guardar silencio.

<sup>125</sup> Por ejemplo, señalar que los hechos no son constitutivos de un ilícito, o que sí lo son, se trata de un ilícito distinto al planteado por la fiscalía.

<sup>126</sup> Traversi Alessandro, *op. cit.*, p. 55.

o que las pruebas presentadas por la acusación en conjunto no son suficientes para convalidar la hipótesis acusatoria; o que las pruebas acusatorias no tienen valor de prueba, sino de simples indicios porque son susceptibles de múltiples interpretaciones; o, por último, que los datos probatorios son contradictorios entre ellos<sup>127</sup>.

## II. La defensa activa o positiva<sup>128</sup>

Es aquella en que el defensor elabora frente al relato fáctico de la fiscalía un relato alternativo que competirá con aquél para obtener la convicción del tribunal; es el típico caso en que se cuenta con una coartada y la evidencia suficiente para acreditarla en juicio. Otro ejemplo sería la concurrencia de una circunstancia eximente de responsabilidad penal, como la legítima defensa. En cualquiera de esas hipótesis se generará un relato alternativo al del fiscal, es decir la defensa del imputado dará vida a su propia teoría del caso propia. Señala Traversi que la defensa, en este caso, expondrá una reconstrucción de los hechos alternativa a la que mantiene la acusación, una contra hipótesis<sup>129</sup>.

Elaborar una plantilla propia de teoría del caso no impide que aún sea útil al litigante defensor el considerar la hipotética plantilla de teoría del caso del fiscal, pues se podrá conjugar en juicio la actividad probatoria destinada a la acreditación de la versión de hechos propia y por otro lado la impugnación de algunos aspectos de la teoría del caso elaborada por el fiscal<sup>130</sup>.

El optar por esta línea de defensa obliga al defensor no sólo a elaborar la plantilla íntegra de su teoría del caso, sino que también le impone desplegar las actividades de investigación y de recopilación de evidencias

<sup>127</sup> *Ibidem*, ps., 56-57.

<sup>128</sup> *Ibidem*, p. 57, la denomina exposición de *contra hipótesis* y se caracteriza por presentar una hipótesis incompatible con la que mantiene la acusación.

<sup>129</sup> *Ibidem*, p. 55.

<sup>130</sup> Un ejemplo de esto sería el caso de una defensa que junto con alegar la existencia de una coartada (se encontraba el acusado en un lugar distinto a aquel en que ocurrieron los hechos), impugne en juicio la prueba de cargo consistente en testigos que reconocen al acusado y lo sitúan en el sitio del suceso. Se debe poner atención en no perder la coherencia de la versión sostenida cuando se opta por probar el relato propio e impugnar el de la contraria. Así, por ejemplo, no resultaría lógico, en principio, impugnar la causa de la muerte de un sujeto si se alega falta de participación en el hecho.

que fueren necesarias y suficientes para acreditar esa versión de hechos ante el tribunal de juicio. Esta hipótesis, supone al decir de Traversi, la introducción en el proceso de nuevos hechos que –naturalmente– hay que demostrar adecuadamente en el juicio<sup>131</sup>.

Reiteremos, una vez más, que el hecho de que la defensa opte por una estrategia de defensa activa, no libera al Ministerio Público de la carga de acreditar su imputación más allá de toda duda razonable para obtener un sentencia condenatoria, por lo que aún en el evento de que la defensa no logre acreditar su tesis, el tribunal todavía para formar su convicción deberá valorar la prueba fiscal para determinar si ella ha superado el estándar probatorio del juicio, y despejará toda duda razonable sobre la culpabilidad del sujeto acusado.

### 4.2.2.2. Según si las estrategias se utilizarán antes del juicio o durante éste

#### I. Las defensas previas al juicio<sup>132</sup>

Conjuntamente con las estrategias de defensas activas o pasivas a las que hemos aludido más arriba, que apuntan directamente a nuestro desempeño en juicio, nos encontraremos que antes de éste, particularmente durante la etapa de investigación judicializada o en la misma audiencia de preparación de juicio, podemos intentar utilizar ciertas estrategias destinadas a evitar la realización del juicio oral o al menos dilatar su término y por ello las denominamos defensas previas al juicio<sup>133</sup>.

Nos referimos en este caso a cuestiones tales como excepciones, alegación de nulidades, de prescripciones, cuestiones previas y prejudiciales etcétera<sup>134</sup>.

La estrategia de defensa pasiva o negativa, también puede expresarse antes de la audiencia de juicio oral. En efecto, la consideración de

<sup>131</sup> Traversi Alessandro, *op. cit.*, p. 57.

<sup>132</sup> *Ibidem*, p. 41, habla de lo que denomina la elección del procedimiento, para aludir a aquéllos casos en que la mejor estrategia de defensa es que la causa termine por aplicación de algún procedimiento especial o mediante la utilización de otros instrumentos procesales.

<sup>133</sup> Reyna Alfaro, Luis Miguel, *op. cit.*, p. 111.

<sup>134</sup> Lo mismo señala Traversi Alessandro, *op. cit.*, p. 46.

las fortalezas y debilidades del caso fiscal, constituirá una poderosa herramienta de negociación con la fiscalía<sup>135</sup> que permitirá en muchos casos establecer una estrategia de negociación con el fiscal de la causa para adoptar una forma de salida o término distinta al juicio oral. Normalmente se harán efectivas durante la etapa de investigación o al cierre, pero algunas legislaciones las permiten incluso durante el juicio o al inicio del mismo<sup>136</sup>.

#### 4.2.2. ¿La estrategia defensiva adoptada determina si se debe o no aportar prueba al juicio?

La respuesta es una sola, no, aun cuando se habla de *defensa pasiva* o *negativa* no se quiere señalar con ello que el litigante defensor deba renunciar a sus labores de investigación al generar y aportar al juicio prueba propia, asumiendo que su labor en juicio se agota en el contraexamen de los testigos y peritos, en la formulación de objeciones y en las argumentaciones vertidas particularmente en el alegato de clausura.

No cabe duda que cualquiera sea la estrategia de defensa que se adopte, activa o pasiva, siempre será indispensable la tarea de investigación y de generación de evidencia propia por la defensa a fin de controvertir la prueba de cargo<sup>137</sup>. Por ejemplo, probablemente la mejor forma de confrontar la versión de un perito en la audiencia de juicio es oponiendo a ella la versión de otro perito que desvirtúe sus procedimientos o conclusiones; el mero ejercicio del contraexamen, por regla general, será insuficiente para controvertir de manera eficiente una pericia.

Además, ¿de qué otra manera que no sea realizando una investigación acuciosa se podrán hacer valer en el tribunal mediante los contrainte-

<sup>135</sup> Sánchez Lugo, Carlos Felipe, *op. cit.*, p. 36, se mencionan las estrategias de defensa, de negociación con la fiscalía o de refutación a los cargos que se presentan.

<sup>136</sup> Ver a modo de ejemplo, el artículo 372 del Código Procesal peruano, que regula la terminación anticipada al juicio.

<sup>137</sup> Ferrajoli Luigi, *op. cit.*, p. 583, señala que la defensa debe estar dotada de la misma dignidad y tener los mismos poderes de investigación que el Ministerio Público; y más adelante en p. 614, indica que para que la contienda se desarrolle lealmente y con igualdad de armas, es necesaria, por otro lado, la perfecta igualdad de las partes: en primer lugar, que la defensa esté dotada de la misma capacidad y de los mismos poderes que la acusación; en segundo lugar, que se admita su papel contradictor en todo momento y grado del procedimiento y en relación con cualquier acto probatorio.

rogatorios, aspectos o elementos que afecten la credibilidad personal o del testimonio de los testigos o peritos de la contraria?<sup>138</sup>.

#### 4.2.3. ¿Cuál es la mejor estrategia de defensa?

Si bien es posible jurídica y dogmáticamente ampararse en una defensa pasiva o negativa, más aún, en algunas ocasiones no existe de hecho otra opción<sup>139</sup>, no cabe duda que por la naturaleza del sistema adversarial, si existen en el caso concreto antecedentes para sostener un relato alternativo al de la persecución, ésta debe ser la opción de la defensa<sup>140</sup>; podemos encontrar un segundo fundamento, el optar por una defensa positiva o activa proporcionará al defensor más opciones de obtener una sentencia favorable que con una defensa meramente pasiva o negativa. En efecto, la obtención de una sentencia favorable puede provenir, en primer lugar, del hecho que el relato de la defensa se impuso en definitiva por sobre el del fiscal en el juicio oral, luego de rendidas y valoradas las pruebas; o en segundo lugar, porque si bien ese relato no se impuso en definitiva, sí fue capaz de introducir en los jueces criterios de duda razonable que les impiden condenar, cumpliendo los estándares de valoración de la prueba rendida, acogiendo la versión sostenida en juicio por la fiscalía<sup>141</sup>.

<sup>138</sup> Cadena Lozano, Raúl, *Principios de la prueba en materia penal*, 2ª edición, Nueva Jurídica, Colombia, 2003, ps. 64 y 65, señala que igualmente el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos así como la Convención Americana de Derechos Humanos, Pacto de San José de Costa Rica, consagran como garantías mínimas del procesado, entre otras, a interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que éstos sean interrogados en las mismas condiciones de los testigos de cargo (art. 14.3.E) y el derecho de la defensa a interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos (artículo 8.2.F), respectivamente.

<sup>139</sup> Pensemos en un acusado que le ha confidenciado su autoría al defensor, no le ha proporcionado líneas de confrontación de la contundente evidencia fiscal, ni ha aceptado los espacios de negociación disponibles, o en otro, en que lo debatido es el reconocimiento que hace la víctima y testigos del acusado. En ambos casos la actividad de la defensa será controlar y controvertir fundamentalmente la prueba de cargo.

<sup>140</sup> Recalcamos sí un punto, se trata de un buen relato respaldado en evidencia suficiente. Por el contrario "inventar" un relato que no guarde conexión con la evidencia que se debatirá en el juicio, genera en los jueces una pésima impresión y afectará seriamente la credibilidad del litigante.

<sup>141</sup> Un ejemplo, sería un caso en que se argumente por la defensa que el acusado se encontraba al momento de ocurrir los hechos en un lugar distinto a aquél en que ocurrió el suceso. Si en definitiva, la defensa no puede probar que el acusado estuvo en ese lugar, todavía podría obtener una

#### 4.2.4. El rol de las entrevistas del defensor y los interrogatorios del órgano de persecución y sus agentes operativos

##### 4.2.4.1. Conceptos

Se entiende por entrevista aquella técnica investigativa consistente en el proceso de comunicación que se produce, de manera informal, entre dos personas y en virtud de la cual se obtiene información relevante y de interés para el entrevistador<sup>142</sup>.

Respecto de los interrogatorios, diremos básicamente que son aquellos que se desarrollan por los órganos de investigación estatal destinados sea a establecer el ilícito cometido y sus responsables, o a corroborar la hipótesis constitutiva de la imputación formulada en contra del imputado<sup>143</sup>.

Ocupan un lugar preponderante en esta importante actividad investigativa los interrogatorios efectuados por la Policía o el Ministerio Público a la víctima, los funcionarios aprehensores y los testigos<sup>144</sup>. De estos interrogatorios surgen, habitualmente, antecedentes de gran interés para construir y reafirmar la imputación fiscal.

Desde la óptica fiscal es posible distinguir la entrevista del interrogatorio conforme a los siguientes criterios<sup>145</sup>.

- I. El objeto del interrogatorio: esclarecer los hechos; objeto de la entrevista: obtener de una persona la información que pueda poseer en relación a un hecho.

---

sentencia absolutoria con la prueba rendida si le alcanzare, para haber acreditado que el acusado en una hora determinada se encontraba a cierta distancia y tiempo de viaje del sitio del suceso, que hacen altamente improbable por las reglas de la lógica y las máximas de la experiencia, que el acusado hubiere alcanzado a desplazarse de ese lugar a aquel en que ocurrió el hecho juzgado.

<sup>142</sup> Ver *El defensor público en el sistema acusatorio colombiano*, op. cit., p. 38, que define la entrevista como la comunicación informal que se establece entre dos personas (un emisor y un receptor), a través de la cual se obtiene información.

<sup>143</sup> A diferencia de la entrevista en el interrogatorio, la información buscada está definida previamente por el interrogador. Él lo que pretende es ratificar o corroborar la imputación.

<sup>144</sup> También el interrogatorio efectuado, eventualmente, al propio imputado cuando éste ha renunciado a su derecho a guardar silencio.

<sup>145</sup> En talleres de capacitación "Nuevo proceso penal acusatorio", módulo 1, op. cit., p. 30.

II. Mediante el interrogatorio se pretende obtener la confesión del sospechoso<sup>146</sup>, por medio de la entrevista se acopia información que sirva de base para el proceso de investigación.

III. Se interroga al sospechoso, autor o implicado. Se entrevista al testigo, agraviado, etc.

Desde la perspectiva de la defensa juega un rol central la primera entrevista sostenida con el imputado, a fin de obtener de él los antecedentes necesarios para recabar su versión sobre lo ocurrido, y en muchos casos, adicionalmente, los antecedentes relativos al proceso de su detención<sup>147</sup>, como también la obtención de información relevante para enfrentar un eventual debate sobre cautelares<sup>148</sup>.

Otra fuente fecunda de información para la defensa, durante la etapa de investigación, es aquella que puede obtener con el interrogatorio a la víctima y a los testigos de cargo<sup>149</sup>. Tratándose de la víctima se acostumbra que no se pueda tomar contacto con ellas sin antes comunicar

---

<sup>146</sup> En Chile hablaríamos de declaración del imputado, pues la confesión como medio de prueba no existe; siempre es un medio de defensa, aun cuando signifique reconocer el hecho y la participación, se entiende que en tales casos lo que se busca por el declarante es obtener algún beneficio por parte de la persecución, pues le está facilitando su labor de acreditación del hecho punible o el establecimiento de la participación.

<sup>147</sup> Particularmente en aquellas legislaciones, como la chilena, que establecen un control judicial en audiencia del proceso de detención sea éste originado en el cumplimiento de una orden judicial de detención o en la configuración de una hipótesis de flagrancia. Será necesario verificar la hora de la detención, quien practicó esa detención, la hipótesis de flagrancia que eventualmente concurra, la vigencia de la orden, los términos en que fue expedida, su intimación, la lectura de derechos, el plazo en que el detenido es puesto a disposición del tribunal, el trato dado al detenido, etcétera.

<sup>148</sup> Nos referimos a indagar sobre si el imputado tiene antecedentes penales pretéritos, si cuenta con evidencia que le permitan acreditar su arraigo laboral, familiar y social.

<sup>149</sup> Sobre el particular la legislación chilena es muy parca, no regla expresamente como la defensa penal puede acceder a estas fuentes de información, cuestión que contrasta con otros códigos procesales penales, como por ejemplo el del Estado de Chihuahua en México, que en su artículo 150 reglamenta expresamente esta situación. "Artículo 150. Entrevista con otras personas. Si antes de una audiencia, con motivo de su preparación, el defensor tuviera necesidad de entrevistar a una persona que se niega a recibirlo, podrá solicitar el auxilio judicial, explicándole las razones que tornan necesaria la entrevista. El juzgador, en caso de considerar fundada la necesidad, expedirá la orden de que esa persona reciba al defensor en el lugar y en el momento que, en principio, ella misma decida, o la citará a la sede del Tribunal para que la entrevista se desarrolle allí, con la presencia del juzgador o del personal que éste designe...".



nuestra decisión de reunirnos a su abogado<sup>150</sup>. También es posible tratar de coordinarse con el fiscal a cargo de la investigación a fin de poder concretar la entrevista o solicitar asistir a la que éste realice a la víctima.

En esos casos, debe procurar actuar con la máxima precaución a manera de evitar cuestionamiento por parte de la fiscalía a esta actividad investigativa. En general, se recomienda que la entrevista no la practique sólo el defensor, sino que lo haga acompañado de otra persona o que la entrevista la realice un investigador de la defensa. Amén de lo dicho resultará indispensable acreditar que la declaración obtenida fue prestada voluntariamente por el deponente, para lo cual se recomienda grabar en video el consentimiento y la declaración, o dejar un respaldo escrito de dicho consentimiento<sup>151</sup>.

#### 4.2.4.2. La primera entrevista entre el defensor y su imputado<sup>152</sup>

Si se trata de un imputado detenido, que enfrentará su primera comparecencia judicial a propósito del control de legalidad de su privación de libertad, es indispensable no sólo el realizar esta entrevista, sino que también el procurar que ella se realice en el tiempo más cercano a la detención posible<sup>153</sup>, ojalá antes que se realice cualquier diligencia investigativa<sup>154</sup>.

<sup>150</sup> Es usual que los abogados adviertan a su parte o testigos relevantes que si son invitados a una entrevista o citados, antes de concurrir siempre les avisen para enfrentar adecuadamente esa actividad.

<sup>151</sup> En igual sentido se pronuncia *El defensor público en el sistema acusatorio colombiano*, op. cit., 179.

<sup>152</sup> En *El abogado defensor puertorriqueño*, volumen I, op. cit., p. 55, se señala que la entrevista inicial, no importa donde se lleve a cabo (cárcel u oficina) es el espinazo de una buena representación legal. Nunca olvidemos que el cliente es nuestro recurso más importante. Después de todo es la persona que más conoce sobre sí misma, sobre sus experiencias y sobre los hechos.

<sup>153</sup> Esto no siempre es fácil de cumplir, pues muchas veces los plazos de detención son muy breves (por ejemplo en Chile un detenido flagrante o por orden judicial debe ser puesto a disposición del tribunal dentro de veinticuatro horas desde el momento de su detención), o el sistema de persecución penal presiona para que las audiencias de control, cualquiera sea el número de detenidos se realicen aun cuando algunos detenidos no hayan sido entrevistados adecuadamente por su defensor.

<sup>154</sup> Si el imputado se encuentra en libertad y ha sido citado a la comparecencia judicial, la entrevista se realizará ordinariamente en el despacho de abogado. Es del todo recomendable realizar esta entrevista para llegar preparado a la audiencia y no ha enterarse en ella de la postura fiscal y de los antecedentes que posee nuestro cliente.

La defensa técnica que proporciona el defensor penal supone necesariamente que ésta se realice con conocimiento de los hechos, el cual provendrá en esta primera comparecencia judicial, por una parte de los antecedentes que obren en la carpeta fiscal y por otra de los antecedentes que le proporcione el propio detenido<sup>155/156</sup>.

En la primera entrevista con el imputado, el defensor, si fuere privado, debe adoptar la decisión de si tomará o no el caso<sup>157</sup>; se le deberá informar sobre la confidencialidad de la relación abogado-cliente<sup>158</sup>, dar una opinión preliminar sobre los posibles cursos de acción, incluidos los probables espacios de negociación, a fin de contar con su beneplácito<sup>159</sup>, si se tratara de coimputados la determinación de la incompatibilidad de sus defensas o los acuerdos para compartir información<sup>160</sup>, se debe tratar de persuadir al cliente de que sólo la verdad le permitirá definir la estrategia que mejor convenga a sus intereses<sup>161</sup>.

Para que la entrevista que se efectúe con el imputado sea provechosa es indispensable tratar rápidamente de ganarse la confianza del entrevistado<sup>162</sup>, sin perjuicio de que ella sólo se consolidará con el devenir del caso y las actuaciones que realice el abogado; para lograr esta confianza es in-

<sup>155</sup> Sánchez Lugo, Carlos Felipe, op. cit., p. 37, se señala que cualquier actuación del defensor sin previo conocimiento del caso y entrevista con su defendido, constituye una improvisación que no satisface las exigencias de una defensa técnica.

<sup>156</sup> Por ello en muchos casos se recomienda que el abogado le diga a su cliente que no preste ninguna colaboración con la persecución penal mientras no esté presente su abogado, hayan conversado y éste conozca los antecedentes que obran en poder del fiscal. Así por ejemplo en *El abogado defensor puertorriqueño*, volumen I, op. cit., p. 52, se expresa que el abogado debe ordenar a su cliente entre otras cosas: No decir nada a nadie; rehusar contestar preguntas; requerimientos policiales para medidas investigativas; que no firme ninguna documentación, etcétera.

<sup>157</sup> *Ibidem*, p. 58.

<sup>158</sup> *Ibidem*, p. 184.

<sup>159</sup> Sobre la evaluación que se haga de la situación del cliente, como dice Ríos, Carlos Ignacio, op. cit., p. 28, es fundamental la sinceridad en el diagnóstico y en el pronóstico. Diremos que es la única forma de construir una relación de confianza con el cliente; es un grave error generar expectativas irreales en el cliente respecto del resultado del caso.

<sup>160</sup> Recomendaciones entregadas en las "Jornadas de capacitación en Litigación y Negociación a Defensores Penales Públicos", por docentes de la Barra de Abogados de Quebec, Canadá, Santiago, enero de 2006.

<sup>161</sup> Reyna Alfaro, Luis Miguel, op. cit., p. 112.

<sup>162</sup> Lo mismo se señala en *El abogado defensor puertorriqueño*, volumen I, op. cit., p. 56.

dispensable que el abogado sea claro y leal con su cliente, lo escuche, use una terminología entendible claramente por el imputado, rápidamente le comunique su situación, cuáles son sus expectativas y caminos de acción posibles, que puede y que no puede hacer<sup>163</sup> para defenderlo<sup>164</sup>.

Se debe enfrentar la entrevista con el cliente sin prejuicios o ideas preconcebidas sobre cómo ocurrieron los hechos, aun cuando previamente el abogado haya examinado el contenido de la carpeta fiscal. Debe tratar de recabar la información relevante para el caso desde la perspectiva del cliente, sin influenciarlo con su eventual conocimiento o con las ideas anticipadas que se haya formado<sup>165</sup>.

Los abogados defensores deberán poner acento en adquirir o potenciar las condiciones que se entiende debe tener un buen entrevistador, como son: la flexibilidad, perseverancia, integridad, tacto, discreción, dominio de los temas de la entrevista, la habilidad para alcanzar los objetivos planteados, autocontrol, la agilidad, sagacidad, capacidad de verificación, atención, pertinacia<sup>166</sup> y la comprensión<sup>167</sup>.

<sup>163</sup> Por ejemplo, crear prueba o presentar prueba a juicio que sabemos que es falsa. Además hacerle ver lo inconveniente de mentir en el juicio, si el cliente quisiera hacerlo. Lo anterior sin perjuicio del derecho que tiene todo acusado de renunciar a su derecho a guardar silencio y declarar en juicio, caso en el cual, al menos en el ordenamiento chileno, en que no debe jurar decir verdad, está habilitado incluso para mentir, más allá de si esa es o no una buena estrategia para enfrentar el juicio. Lo único que corresponderá en ese caso al abogado defensor es tratar de convencer al cliente sobre lo inadecuado de esa estrategia y de cómo puede quedar a descubierto en el juicio que está mintiendo, pero no puede impedir que ello ocurra, pues la decisión en definitiva de declarar o no pertenece al acusado.

<sup>164</sup> DeShazo, Andrea, *op. cit.*, p. 28, se señalan ciertas reglas básicas para relacionarse con un cliente y ganarse su confianza: 1. Tomar el tiempo necesario para escuchar al cliente y responder sus preguntas; 2. No dar expectativas falsas y ser cauto en tus proyecciones de posibles resoluciones; 3. No prometer algo que no vas o no puedes cumplir: Si te comprometes, cumple; 4. Siempre estar preparado y organizado, especialmente durante las presentaciones ante el tribunal; 5. No juzgar al cliente o sus acciones; 6. No hablar mal de otros (el fiscal, el juez u otros defensores).

<sup>165</sup> Recomendamos aquí tratar de ser lo menos sugestivo posible, es decir, indagar sobre si el imputado sabe el motivo de su detención y qué tiene que decir al respecto. Relegaremos preguntas tales como: usted no mató a "xxx", como dice la policía, ¿no es verdad?... o después de haber escuchado su versión explicarle que fuentes de prueba o el contenido de éstas serían útiles para su defensa, más bien escucharemos atentamente, cual es su versión y cómo puede justificarla, y luego determinaremos en conjunto con él los caminos a seguir.

<sup>166</sup> Tenacidad según Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española*, *op. cit.*

<sup>167</sup> Para un análisis particularizado de estas características ver AA.VV., *El defensor público en el sistema acusatorio colombiano*, *op. cit.*, ps. 38-42.

Otro imperativo de la entrevista con el cliente es que su defensor no aparezca ante su representado juzgando los hechos que se le imputan. Al litigante no le corresponde ser el juez de sus causas, esa labor le compete de manera exclusiva a los tribunales de justicia establecidos por ley en el país. Sobre el particular cabe añadir que la naturaleza del abogado defensor que representa al cliente tiene mucha importancia en la materia que abordamos. En efecto, si se trata de un defensor particular o privado, éste puede libremente decidir aceptar o rechazar una determinada defensa, muchas veces influenciado por el tipo de materia a la que ella se refiere<sup>168</sup>, en cambio si estamos frente a un defensor público, éste no puede rechazar asumir una defensa que se le ha encomendado, por su sola voluntad. La eventual decisión de cambiar a un defensor por otro fundado en una negativa del defensor a asumir la defensa, pasará más bien por una consideración de la persona del imputado y su garantía a contar con una defensa adecuada y efectiva, más que eventuales intereses institucionales o a la verificación de objeciones de conciencia del abogado defensor<sup>169</sup>.

Finalmente señalemos sobre la entrevista con el cliente, que no prejuzgar o evitar ser sugestivo en su entrevista no significa que el litigante no pueda confrontar al cliente y la versión de hechos proporcionada por éste. Una buena forma de enfrentar a un cliente que plantea un relato inverosímil, incompleto o que no se sostiene en las evidencias existentes a la fecha de la entrevista, es pedirle al cliente que nos señale que cree

<sup>168</sup> Pensemos en Chile, en materias asociadas a tráfico ilícito de estupefacientes o a ciertos delitos sexuales respecto de menores de edad.

<sup>169</sup> En *Manual de Defensoría Penal Pública para América Latina y el Caribe*, elaborado bajo el patrocinio del CEJA y el PNUD, impreso por Alfabetas Artes Gráficas, 2005, ps. 35 y 36, se señala como un desafío de los sistemas de defensa pública, la no discriminación: "El servicio que presta la defensa pública tiene el objetivo de garantizar asesoría técnica a los imputados y ningún otro objetivo institucional o personal de los defensores puede subordinar esa tarea. No es aceptable discriminar entre los imputados a ser atendidos por razones morales, políticas o de cualquier tipo, porque estas son irrelevantes desde el punto de vista de la función institucional de la defensa (...) No es aceptable que se excluya usuarios en razón del tipo de delito que cometieron o por sus calidades personales (...) todas estas medidas son inadmisibles, pues podrían llevar a que determinada categoría de delitos o imputados quedara sin atención por parte de la defensa pública, lo que es inaceptable y contrario a normas básicas de todos los ordenamientos jurídicos de la región. Finalmente se señala que la objeción de conciencia no puede ser invocada por un funcionario público para dejar de cumplir su deber en perjuicio del ciudadano".

él que dirá la contraparte<sup>170</sup> o indicarle que hay alguna evidencia que señala otra cosa distinta a la por él expresada.

#### 4.2.5. Trabajando estratégicamente con los hechos del caso

Establecido el relato de hechos el litigante debe abocarse, en la medida que el caso lo permita, a abordar otras cuestiones de importancia en relación a la historia ya determinada, todas las cuales están en la lógica de hacer más convincente y persuasivo su relato.

##### 4.2.5.1. Identificación del o los temas<sup>171</sup> del caso<sup>172</sup>

En primer lugar, corresponde tratar de relacionar el caso con alguna razón, principio, bien jurídico, o valor moral o ético ampliamente compartido, que trascienda el caso y que permita enarbolar esa temática ante el tribunal de juicio como un criterio adicional<sup>173</sup> para que los jueces fallen a favor de la posición del litigante<sup>174</sup>. El litigante debe analizar el caso para desentrañar en él cuáles son sus aspectos neurálgicos o críticos, e identificar así la esencia del caso que va a plantear al tribunal<sup>175</sup>.

Se trata de buscar un componente que dé un motivo más a los jueces, incluso más allá de lo estrictamente jurídico, para favorecer al litigante con su decisión, no sólo el derecho o la legislación en particular está de

<sup>170</sup> Es la recomendación que da Hegland Kenney F., *Manual de prácticas y técnicas procesales*, Heliasta, Buenos Aires, 1995, p. 187, para el caso en que el cliente se niegue a mencionar el material negativo.

<sup>171</sup> La literatura anglosajona habla de Themes. Así, Mauet, Thomas A., *Trial Techniques*, op. cit., p. 25.

<sup>172</sup> Sánchez Lugo, Carlos Felipe, op. cit., p. 77, se expresa que en la construcción de la teoría del caso, el abogado deberá enmarcar dentro de un tema la historia que presentará al juez con el fin de convencerlo de su teoría mediante la utilización de técnicas persuasivas, y sustentada con elementos materiales de convicción.

<sup>173</sup> Por ello no debe confundirse la teoría del caso, en el sentido del relato que se presentará al tribunal, con el tema del caso que, más bien, está orientado a darnos una explicación o justificación de por qué ocurrieron los hechos que integran ese relato.

<sup>174</sup> En Rosas Yataco, Jorge, op. cit., p. 616, se señala que el tema es el asunto central de la historia persuasiva presentada ante el juez.

<sup>175</sup> Mauet, Thomas A., *Estudios de técnicas de litigación*, Jurista Editores, Perú, 2007, p. 62, señala que los temas resumen los elementos críticos de su caso. Éstos deberían ser agradables, crear imágenes memorables, e implicar un veredicto justo conforme a la ley.

su parte sino que existe un imperativo jurídico, social o ético por el cual el fallo debe ser el que el litigante solicita<sup>176/177</sup>.

Aquí se alude, por ejemplo, a la autodeterminación sexual o a la indemnidad sexual en casos de violación o estupro, a la discriminación policial, social o al racismo, a la salud pública, al medio ambiente, al abuso de autoridad entre otros.

Ante jueces profesionales aludir a estas temáticas debiera tener un efecto limitado, sin perjuicio de lo cual cabe admitir que en determinados momentos históricos la sociedad demanda con mayor fuerza que el sistema de persecución penal cumpla determinadas expectativas de la comunidad, exacerbadas muchas veces por los medios de comunicación. En esos momentos un número no despreciable de jueces sucumben a esa presión, por ejemplo, cuando cierto tipo de delitos se hace recurrente en determinadas épocas y la comunidad demanda una mayor persecución y castigo.

##### 1. Materializando estratégicamente el tema: El lema<sup>178</sup>

A continuación, el litigante debe procurar imaginar y dar a luz una suerte de titular de su caso en que esté presente el concepto o idea del tema<sup>179</sup>. Pensemos en aquellos titulares de la prensa escrita que, en una o dos frases simples y directas, dan cuenta de la noticia que luego se desarrolla extensamente en el cuerpo del medio de información, o de la denominada periódicamente "cuña" radial o televisiva para los noticieros que se emiten en esos medios, en que se trata de capturar en pocas palabras la esencia de la noticia a desarrollar. Esa es precisa-

<sup>176</sup> En igual sentido Blanco Suarez, Rafael y otros, op. cit., ps. 22 y 23, aunque allí no se le denomina tema, sino que se le trata como una característica de la teoría del caso en cuanto el relato construido debe asociarse a un valor y/o bien jurídico.

<sup>177</sup> Mauet, Thomas A., *Estudios de técnicas de litigación*, op. cit., p. 62 indica: "Las frases pueden transmitir posiciones morales, como 'tener responsabilidad sobre nuestras acciones' y 'las ganancias más que seguras'".

<sup>178</sup> Se le define como argumento o título que precede a ciertas composiciones literarias para indicar en breves términos el asunto o pensamiento de la obra. Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española*, op. cit.

<sup>179</sup> En talleres de capacitación "Nuevo proceso penal acusatorio", módulo 1, op. cit., p. 14, se dice que La teoría del caso debe poder reducirse a un tema central expresable en frases o palabras memorables, emotivas, que encapsulen y reflejen lo esencial de dicha teoría.

mente la idea, generar una frase, una oración, que dé cuenta de la idea central que está detrás del caso, que sea omnicomprendiva de lo que se debatirá ante el tribunal. Este titular debe estar presente, ojalá en todas las actuaciones del litigante durante el curso del procedimiento, y particularmente en su desempeño en el juicio<sup>180</sup>.

Se trata, al decir de Mauet, de puntos de anclaje que resuman el caso. La esencia del caso debe encerrarse con frases y palabras memorables, más adelante el mismo autor señala: deben proyectar hacia los jueces las imágenes que el abogado desea que estos mantengan sobre el caso, para finalmente concluir que, un caso no debe tener más de tres o cuatro temas que deberán repetirse durante todo el proceso<sup>181</sup>.

DeShazo señala que el lema es la versión condensada del caso. Es una frase de dos o tres palabras que resume el caso, y la idea que quieres que los jueces piensen al momento de fallar<sup>182</sup>.

En resumen, el litigante debe identificar en el caso un motivo recurrente al cual se pueda aludir durante todo el transcurso del juicio. Debe tratarse de una verdad universal, que comprenda a nuestro caso, pero que a su vez lo exceda, la idea es elaborar una frase sencilla, pero que sea memorable de tal manera que cuando el tribunal la escuche quede grabada en su memoria<sup>183/184</sup>.

#### 4.2.5.2. Identificar el denominado punto de inclinación<sup>185</sup> o focal del caso

La intervención de un litigante en juicio, como hemos visto, no es neutra pues pretende no sólo contar una historia ante el tribunal, sino persuadir al mismo que esa historia es la que debe servir de fundamento a la resolución que en definitiva se dicte, por ello es de vital

<sup>180</sup> Deberá, necesariamente, formar parte de nuestros alegatos de apertura y clausura.

<sup>181</sup> Mauet, Thomas A., *Trial Techniques*, op. cit., p. 25.

<sup>182</sup> DeShazo, Andrea, op. cit., p. 89.

<sup>183</sup> Referencia formulada por el profesor Don Fiedler, en el programa "Trial Skills Academy", efectuado entre los días 23 a 27 de Abril de 2007, en dependencias de la California Western School of Law, San Diego, California, Estados Unidos.

<sup>184</sup> Se produce una conexión entre el lema y las máximas de la experiencia que el juez maneja.

<sup>185</sup> Terminología utilizada por lo profesor Don Fiedler, en curso, ya citado.

importancia que al transmitir su mensaje el abogado lo haga desde el *ethos*, es decir desde una postura en que el litigante al transmitir su mensaje al tribunal lo haga de una manera creíble y en que pueda resaltar sus capacidades y habilidades de persuasión. No debe abordar como mecanismo más idóneo para presentar su mensaje el hacerlo desde el *logos*, pues la lógica tradicional, argumentativamente, no siempre garantiza un mensaje persuasivo y creíble<sup>186</sup>, o desde *pathos*, en que la consideración de los factores emotivos, puede llevar más bien a la percepción por parte del destinatario del mensaje que lo que en definitiva hace el litigante es tratar de manipularlo a través del manejo de las emociones<sup>187</sup>.

Para persuadir al tribunal desde el *ethos* resulta de gran utilidad el identificar en el relato a presentar ante el tribunal el momento en que se produce aquel evento en virtud del cual los hechos, por expresarlo de alguna manera, se salen de control y derivan finalmente en el hecho a juzgar en el juicio<sup>188</sup>. Se trata de localizar el momento en que se desencadena lo que llamaremos, siguiendo al profesor Donald Fiedler "efecto dominó" que finaliza con la comisión de los hechos que serán juzgados

<sup>186</sup> Para graficar de manera simple el punto, citemos como hace Traversi Alessandro, op. cit., p. 42 y 43, la antinomia del mentiroso, que resume en la proposición "Un cretense afirma que los cretenses mienten siempre". La afirmación permite sostener lógicamente tanto la verdad como la falsedad de la proposición, lo cual, está en evidente contraste con el principio aristotélico de no-contradicción.

<sup>187</sup> En materiales de trabajo del profesor Carlos A. Monzón en el "Curso internacional de alta especialización sobre técnicas de litigación oral avanzada", organizado por Acceso y el Institute of Criminal Defense Advocacy dependientes de la California Western School of Law de San Diego, California, efectuado en Marina del Rey, Los Angeles, Estados Unidos, entre el 15 y 19 de marzo de 2010, se señala a propósito de la retórica que existen tres tipos de argumentos persuasivos que pueden ser empleados en un discurso: **ligados al ethos**: son de orden afectivo y moral, y atañen al emisor del discurso; son, en suma, las actitudes que debe tomar el orador para inspirar confianza a su auditorio. Generan credibilidad. Es la forma de persuasión más poderosa tanto respecto del impacto en el auditorio y duración. **Argumentos ligados al pathos**: de orden afectivo y ligados fundamentalmente al receptor del discurso, estos argumentos están destinados a hacer nacer en el auditorio las emociones, pasiones y sentimientos. Estos argumentos deben suscitar la cólera, la amistad, el odio, el temor, la seguridad, la indignación, la piedad. Es efectivo como mecanismo de persuasión pero se disipa rápidamente. **Argumentos ligados al logos**: argumentos ceñidos al tema y mensaje mismo del discurso; se entra aquí en el dominio propiamente de la lógica. Es el argumento menos persuasivo.

<sup>188</sup> Pensemos en aquella mujer que es en forma permanente violentada por su esposo durante años y que termina finalmente asesinandolo. Si el tribunal analizara, exclusivamente, el hecho de la muerte de la pareja, tendría una versión parcial de los hechos, y además ignoraría el por qué de los mismos.

por el tribunal; estos hechos que constituyen el punto de inclinación pueden estar muy cercanos en el tiempo a la comisión del presunto ilícito, como será el caso de la ingesta de alcohol o una riña o, muy lejanos en el tiempo, como la contratación de un seguro de vida meses antes del hecho que culminó con la muerte del asegurado o un episodio de infidelidad ocurrida en el pasado u otros acontecimientos que se constituyen luego en un posible el móvil del hecho a juzgar.

Es indispensable encontrar este punto que algunos autores denominan "la inclinación", y analizar luego cómo se desenvuelven, a partir de ese momento, los hechos y las consecuencias jurídicas de los mismos<sup>189</sup>.

El punto de inclinación coincide, ordinariamente, con el centro emocional del caso, el cual deberá formar parte central de nuestro relato, pues permitirá a los jueces entender el porqué de los hechos que deben juzgar; además, normalmente, de ese centro emocional se desprende el tema del caso<sup>190</sup>.

La determinación del denominado punto de inclinación, permite finalmente entender por qué los hechos ocurrieron de una determinada forma, cuál es la razón de que los acontecimientos pasen de una situación de "normalidad" a una secuencia de hechos que culminan con el ilícito a juzgar. Si el litigante no es capaz de identificar este punto y generar

<sup>189</sup> El profesor Donald Fiedler, en el programa "Trial Skills Academy", ya citado, alude para explicar lo que estamos analizando, a una línea de piezas de dominó puestas una al lado de la otra de manera vertical; se refiere a los componentes básico del relato previos a la inclinación (lo que él denomina plataforma del caso); si empujamos una de ellas (lo que llama inclinación) se desencadena la caída progresiva de otras piezas del dominó o una secuencia de acontecimientos en un determinado orden (lo que él denomina efecto) que originarán a su vez determinadas consecuencias o resultados jurídicos, normalmente los hechos a juzgar (lo que él denomina consecuencia) que nos llevarán finalmente a determinar la resolución de la historia (lo que él llama conclusión), por decirlo de manera simple, la moraleja o el porqué de la historia o relato, lo cual muchas veces está detrás de los hechos que parecen más patentes y evidentes ante nuestros sentidos. Ordinariamente en este último punto el tema del caso aflorará naturalmente.

<sup>190</sup> Siguiendo con el ejemplo del dominó, determinar con exactitud cuál de todas las piezas del dominó fue la que se inclinó originando la caída de las demás, permitirá al litigante identificar y utilizar en su labor, tanto el móvil de los hechos a juzgar como el o los temas involucrados en el caso, lo que le permitirá incrementar su capacidad de persuasión ante el tribunal al poder dar respuesta a una de las interrogantes siempre presentes en los casos penales, el porqué ocurrió el hecho calificado como relevante penalmente y qué otros bienes o valores están involucrados en el caso, que lo hacen importante para toda la comunidad.

a partir de allí una explicación de los sucesos posteriores, difícilmente podrá elaborar una historia creíble y persuasiva para el tribunal<sup>191</sup>.

Otros autores hablan del punto focal del caso o la cuestión jurídica central controvertida, al señalar como Traversi, que existe en todo caso al menos uno, esto es, una cuestión controvertida que puede tener por objeto la subsistencia de un hecho (*quid factum sit*), o las modalidades de un hecho (*quale sit*), o sea su calificación jurídica (*quid vocetur*)<sup>192</sup>, así en un caso real, la discusión entre los litigantes puede ser si el hecho imputado ocurrió o no; si es imputable en concreto al acusado sobre la base de los indicios acreditados; la existencia y acreditación de los elementos o presupuestos del tipo imputado; la existencia de los elementos subjetivos del tipo, o cuál es la verdadera calificación jurídica de ese hecho, entre otras; en definitiva, se trata de desentrañar en el caso en particular cuál o cuáles son los hechos debatidos que permitirán al tribunal esclarecer qué es lo que ocurrió y por lo mismo resolver el asunto<sup>193</sup>.

#### 4.2.5.3. Asignación de etiquetas<sup>194</sup>

En juicio, e incluso en los debates preliminares, como en el de medidas cautelares personales, puede ser gravitante desde la perspectiva de persuadir al tribunal el cómo se digan las cosas, esto es, de qué manera el litigante se va a referir a las personas involucradas en el conflicto, a las evidencias materiales, al suceso, etcétera.

<sup>191</sup> Probablemente, un litigante que no comprende el porqué de la historia que presenta al tribunal no podrá convencerlo de la veracidad de su relato, pues el tribunal identificará vacíos en su historia que el abogado no podrá llenar.

<sup>192</sup> Traversi, Alessandro, *op. cit.*, p. 34.

<sup>193</sup> *Ibidem*, ps. 36 y 37, propone de modo ejemplar los siguientes puntos focales, dejando en claro que no es posible redactar el catálogo de todos los posibles puntos focales, dada la infinita variedad de los hechos que se pueden presentar en concreto. El primero tendrá como objeto si el hecho subsiste; el segundo, si el imputado lo ha cometido efectivamente; el tercero, suponiendo que el hecho subsistiere y que el imputado, en efecto, lo haya cometido, si se cumple el elemento psicológico requerido por la norma incriminadora para que el hecho constituya delito; cuarto, existen causas de exclusión de la punibilidad; quinto, existen causas para no proceder o de extinción del delito; es posible cambiar la calificación del delito y finalmente si existen circunstancias atenuantes que permitan obtener una condena mínima.

<sup>194</sup> Mauet, Thomas A., *Trial Techniques, op. cit.*, p. 25, habla de *labels*.

Las expresiones que se utilicen por los litigantes para referirse a una persona, objeto u acontecimiento, pueden influir en la forma en que el tribunal percibe y retiene nuestro mensaje, es decir, podemos magnificar o minimizar un suceso, fijar una idea o generar una imagen en el juzgador, según los términos que utilicemos en nuestras intervenciones a través del juicio.

Como señala Mauet, "las etiquetas son las marcas o improntas que dejas en personas, hechos y cosas implicadas en el caso. Las palabras transmiten imágenes. Llamar a alguien "el demandante" o "mi cliente" transmite una imagen diferente a si lo llaman "Mrs. Johnson" o Helen. Señalar que en un evento murió una persona es diferente a decir que alguien fue asesinado; llamar a un accidente un "incidente" o "evento" es distinto a decirle una colisión o un choque. En estos ejemplos, el demandante (*para nosotros fiscal*) tendrá que usar las palabras que dejen una gran impronta emocional, y el defensor tendrá que usar la palabra menos llamativa (...) estas etiquetas deben aplicarse en las declaraciones de apertura, emplearse cuidadosamente durante los exámenes de testigos y acentuarlas durante los alegatos finales<sup>195</sup>".

Se ha dicho que el lenguaje y nuestra selección de palabras tienen un gran efecto en el oyente. Una meta básica de la defensa es recordar al tribunal y al fiscal continuamente que tu cliente es una persona, un ser humano, no un número de identificación o de caso<sup>196</sup>. Por ello, no se recomienda utilizar tampoco expresiones o términos que generen distancia y frialdad con la persona a la que nos referimos, como sería el caso de un fiscal que sólo hablara del afectado por el delito como la víctima, sin referirse a su nombre o a otros atributos que fijen su condición de madre, esposa, hija, estudiante u otra que la haga más cercana a los juzgadores; igualmente un defensor que se refiriera al acusado, sólo como su representado, defendido o su cliente, sin humanizarlo ante el tribunal llamándolo por su nombre<sup>197</sup>.

Otro tema relevante a propósito de las etiquetas es la forma en que un abogado defensor va a referirse a su cliente, o el fiscal a la víctima para

<sup>195</sup> Mauet, Thomas A, *Trial Techniques*, op. cit., ps. 25-26 (la traducción es del autor).

<sup>196</sup> DeShazo, Andrea, op. cit., p. 19.

<sup>197</sup> Hegland Kenney F., op. cit., p. 149, habla de personalizar al cliente, que incluye no sólo el cómo referirse a él durante el juicio, sino que también entregar al tribunal antecedentes que permitan al tribunal formarse una determinada imagen de él.

sus interrogatorios, y en algunos casos a los testigos. Creemos que salvo que la persona a interrogar fuera muy joven de edad y apariencia, el trato del litigante debiera ser por regla general refiriéndose al interrogado por su nombre, o aludiendo a él por usted, nos parece un trato más profesional y respetuoso para la víctima, el acusado o un testigo. Tratar a un declarante de tú, creemos que simboliza en principio demasiada cercanía con la persona del interrogado, que puede ser interpretado por los jueces o público en la audiencia como un excesivo compromiso del abogado con la causa, lo que puede afectar su credibilidad frente al tribunal. Si consideramos que es posible hacer una excepción y utilizar un trato más cercano, como el tú, cuando interrogamos a un joven, quien puede considerar que el trato por su nombre o de usted, es un signo más bien de autoridad o de frialdad en el trato<sup>198</sup>.

#### 4.2.5.4. Identificando la naturaleza de los hechos jurídicamente relevantes: positivos, negativos, neutros e inamovibles<sup>199</sup>

Una vez elaborado el relato fáctico, el litigante debe analizarlo ojalá con otras personas, incluso, sería recomendable que algunos ni siquiera fueran abogados, para que en un proceso de "lluvia de ideas" procedan a identificar cuales hechos, jurídicamente relevantes, presentan respecto de nuestra versión acerca de lo ocurrido el carácter de hechos positivos, negativos, neutros y cuáles son inamovibles, dada la imposibilidad de modificarlos por la parte. Lo anterior con la finalidad de determinar cómo abordar cada grupo de hechos de la manera más eficiente para el caso en su conjunto.

La idea es identificar a primera vista, mediante la generación de un listado, qué naturaleza tienen los hechos más relevantes del relato, para luego tratar de determinar si es posible o no intervenir en ellos para cambiar el carácter de algunos de ellos, por ejemplo, transformar un hecho negativo ojalá en un hecho positivo o en un hecho neutro.

Pensemos, a modo de ejemplo, en un caso en que la fiscalía sostiene una versión de homicidio y cuenta con un testigo creíble que asegura haber

<sup>198</sup> DeShazo, Andrea, op. cit., p. 20.

<sup>199</sup> Recomendaciones entregadas en las jornadas de capacitación en "Litigación y negociación a Defensores Penales Públicos", por docentes de la Barra de abogados de Québec, Canadá, Santiago, Chile, enero de 2006.

visto al acusado portar un arma al ingresar al domicilio de la víctima, María, y luego escuchar un disparo proveniente de la pieza de ella, de la cual segundos después vio salir al acusado; sin duda, estos son hechos buenos para la fiscalía y malos para la defensa, pero podrían ser neutralizados o incluso transformados en buenos para otra versión. Así ocurriría por ejemplo, si lo que se va a sostener en juicio oral es que se trata de un caso de legítima defensa, pues se está en condiciones de acreditar en el juicio que la víctima previamente a que el acusado le disparara, lo agredió, luego de una discusión, con otra arma de fuego de su propiedad<sup>200</sup>.

**Tabla comparativa de los hechos del caso: (cada litigante debe construir su propia tabla)<sup>201</sup>**

*Ej. Fiscal caso "Homicidio de María"*

Hechos Positivos	Hechos Negativos	Hechos Neutros	Hechos inamovibles
Un testigo vio al acusado en la casa de la víctima	Nadie vio al acusado disparar a María	La hora en que ocurrieron los hechos	La existencia de una persona fallecida
Lo vieron entrar a la pieza de la víctima			La víctima presenta heridas producto de disparo de arma de fuego
Se escuchó un disparo de la pieza de la víctima. Etcétera	No se encontró el arma homicida en el sitio del suceso		

### I. Hechos positivos

Si estamos frente a hechos calificados de positivos, en la lluvia de ideas, pues son favorables a la versión del litigante, a su teoría del caso, ellos

<sup>200</sup> Otro caso habitual se presenta cuando una parte sostiene la concurrencia del tipo penal de violación y la otra sostiene la existencia de relaciones sexuales consentidas.

<sup>201</sup> Normalmente, un hecho que sea calificado de bueno para un litigante tendrá el carácter de negativo para la contraparte, así por ejemplo si estamos frente a un robo ocurrido en la vía pública de noche, el tema de la luminosidad será gravitante si la identificación del autor es un tema relevante del caso; si el hecho ocurrió enfrentando a la víctima y al autor bajo una luminaria pública en funcionamiento, ese será un hecho bueno para la fiscalía y malo para la defensa; por el contrario si el hecho ocurrió lejos de las luminarias públicas en un sector con muchos árboles y con mala visibilidad, ese hecho será bueno para la defensa, pues hace más improbable un reconocimiento efectivo y será malo para la fiscalía.

serán transformados en proposiciones fácticas y deberán ser objeto de acreditación en juicio, mediante la producción de la evidencia que los sustente. Ellos, además, al menos los más relevantes deberán formar parte de los alegatos de apertura y de clausura del litigante.

No sólo deberá recaer la lluvia de ideas que identifica los hechos positivos en aquellos aspectos que constituyen el eje o núcleo de las cuestiones a debatir y por ende a probar en juicio, sino también deben identificarse aquellos hechos que favorezcan la credibilidad de nuestro relato, por ello por ejemplo, al identificar un hecho central para el debate del juicio, no basta transformarlo en una proposición fáctica e identificar la evidencia con la que lo sostendremos en el futuro juicio, sino que además deberemos identificar que antecedentes fácticos permiten dar mayor credibilidad a esa evidencia<sup>202</sup>.

### II. Hechos negativos

Si por el contrario estamos frente a hechos calificados de negativos, por perjudicar la tesis del litigante, ellos podrán ser abordados de distintas maneras, todas las cuales apuntan a que la teoría del caso de la parte pueda sostenerse pese a la alegación e incluso acreditación de esos hechos por la contraria.

#### *¿Cómo nos hacemos cargo de estos hechos malos en juicio?*

En primer lugar, se podrá presentar evidencia propia destinada a desvirtuar esos hechos negativos. Sería el caso de impugnar las pruebas de reconocimiento de un imputado, mediante la prueba de una coartada o la justificación ante el tribunal que dicho reconocimiento no ha respetado las reglas conforme al cual debió ser efectuado<sup>203</sup>,

<sup>202</sup> Así por ejemplo generaremos la proposición fáctica, luego encontraremos un testigo que pueda manifestarla en juicio y por último, nos ocuparemos de determinar que cuestiones de hecho hacen creíble la proposición fáctica que el testigo señalará en juicio. Así, entonces no bastará como hecho positivo saber que un testigo dirá algo, sino que será necesario determinar, entre otras cosas, dónde estaba, a qué distancia de donde ocurrió el hecho, la luminosidad, la existencia o no de obstáculos, el estado de sus sentidos, su falta de interés, etcétera.

<sup>203</sup> Este es un caso de ordinario conflicto en Chile, toda vez que las diligencias de reconocimiento en rueda de presos o reconocimiento fotográfico no se encuentran debidamente reglados legalmente, ni los jueces han construidos estándares judiciales sobre el tema, como ocurre en otros países. Ver a título ejemplar el artículo 189 del CPP peruano.

es decir, se puede impugnar una prueba rindiendo otra que la contradiga o la haga poco creíble<sup>204</sup>.

En segundo lugar, en el contraexamen de los deponentes que sostengan esos hechos se debe, si ello es posible, neutralizar o aminorar el impacto que la acreditación de esos hechos buenos ante el tribunal de juicio pueda tener sobre la teoría del caso del conainterrogador.

Nos referimos por ejemplo a relativizar, cuestionar o neutralizar la información proporcionada por un declarante, a controvertir la lógica o coherencia de su relato, o a demostrar que tratándose de prueba indiciaria la conclusión buscada por la contraparte y que es negativa a nuestros intereses, es una más de las posibles conclusiones a extraer de esas proposiciones fácticas, es decir, le demostraremos al tribunal que no hay una conclusión unívocamente válida, y que por consiguiente hay duda razonable.

Una tercera forma, más bien indirecta de impugnar esos hechos malos, es la de desacreditar la fuente de la cual emana la información, más que la información misma. Para ello se recurrirá una vez más a la técnicas de conainterrogación, mediante las cuales se demostrará la falta de capacidad de percepción de los hechos del declarante, la falta de idoneidad profesional del perito, el interés personal en la causa de algún declarante, o cualquier otro motivo de importancia que reste credibilidad a la fuente de la cual emana la información presentada en el juicio<sup>205</sup>.

Una cuarta manera de abordarlos es al incorporar esos hechos malos al relato que constituye la propia teoría del caso, si ello fuere posible, demostrar con ello al tribunal que ese hecho por sí solo no hace prevalecer una de las versiones por sobre la otra<sup>206</sup>. También es posible en ésta línea tratar de darles una justificación razonable, mediante la rendición de prueba propia, incorporando en definitiva esos hechos a nuestra propia teoría del caso como una debilidad de nuestro caso pero justificable.

<sup>204</sup> Esto ocurre ordinariamente en los juicios, por ejemplo, cuando se presenta un perito para que controvierta a otro perito de la contraria, o cuando existen testimonios presenciales contradictorios presentados por los litigantes.

<sup>205</sup> Un caso a mencionar por su utilidad práctica han sido los denominados metaperitajes, es decir, aquellas pericias realizadas por un perito de la defensa destinadas a analizar críticamente una pericia del Ministerio Público con el propósito de establecer si se han respetado a cabalmente los protocolos, compartidos por los que profesan dicha ciencia o arte, de ejecución de la pericia.

<sup>206</sup> Ejemplo típico de lo afirmado, sería el caso de una legítima defensa, en que gran parte de los hechos de la causa serán sostenidos por ambos litigantes.

### III. Hechos neutros

Son aquellos que, en abstracto, *prima facie*, no sugieren ni aportan nada que afecte el relato de la parte, ni para dotarlo de mayor credibilidad o certeza, ni para debilitarlo o generar dudas sobre su credibilidad.

Estamos hablando acá de hechos que se refieren en general al lugar en que ocurrieron los hechos, condiciones climáticas, fecha, hora, distancias, etcétera; el contenido de un testimonio que a primera vista no aporta información relevante, la existencia de algún objeto en un lugar determinado, el estado en que se encontraba una cosa, etcétera. Analizados los hechos aportados al juicio en una primera aproximación por los litigantes, ellos no introducen información que permita al tribunal privilegiar uno de los relatos por sobre el otro.

La situación descrita, en la práctica, puede variar de forma sustancial conforme la información de contexto en que dichos hechos calificados a *priori* de neutros se inserten en el relato. Trataremos aquí de incorporar estos hechos en alguna parte de nuestra versión, para darle a nuestra historia un contexto de mayor credibilidad, o demostraremos cómo, en nuestra teoría del caso, esa información no es necesariamente neutra sino que adquiere un sentido determinado. Pensemos por ejemplo en un vaso encontrado en un sitio del suceso de un presunto homicidio, en que a primera vista la víctima se presume policialmente que fue ultimada con un arma contundente, pues el occiso presentaba muestras de haber sido golpeado en la espalda y en la cabeza, y a pocos metros de su cadáver se encontró un bate de béisbol. En este contexto, el hallazgo del vaso parece en principio carecer de importancia, pero si luego de la autopsia se determinara que la causa de la muerte fue envenenamiento y que los golpes fueron posteriores al deceso, entonces el vaso y su contenido pasan a tener relevancia para el caso, máxime si se comprueba que el líquido que contenía el vaso era un poderoso veneno.

### IV. Hechos inamovibles o indiscutibles

Aludimos con la palabra inamovibles a aquellos hechos que no son posibles de modificar o cambiar por los litigantes, a través de una interpretación diferente de los sucesos acaecidos o la presentación de evidencia que los confronte.



Muchas veces se encontrarán en un caso uno o más hechos que necesariamente se deberán asumir al momento de elaborar la teoría del caso, pues no existe posibilidad alguna de intervenirlos para cambiar su carácter<sup>207</sup>. Así por ejemplo, si existe un cadáver; cuando la forma en que falleció un sujeto es, de acuerdo a la evidencia, una en particular; la existencia de una evidencia inculpatoria encontrada legítimamente en poder del imputado, son cuestiones que deberán ser asumidas por los litigantes como tales, sin que exista alguna posibilidad exitosa de omitirlos en la construcción de su relato.

Recordemos que el relato debe ser autosuficiente e integrador del mayor número de hechos posibles del caso a fin de que el tribunal pueda comprender el caso en su totalidad desde la versión de la parte. Dentro de los hechos que debieran estar siempre integrados al relato que construya un litigante están sin duda alguna, aquellos que hemos denominado inamovibles<sup>208</sup>.

Algunos hechos inamovibles del caso podrían generarse de la propia actividad de los litigantes, nos referimos a las denominadas convenciones probatorias que se pueden celebrar entre la fiscalía, el querellante y la defensa y, en virtud de las cuales los sujetos referidos pueden acordar ante el juez de garantía que se den por acreditados ciertos hechos, que luego no podrán ser debatidos o discutidos en el juicio oral<sup>209</sup>.

Los textos de litigación en general promueven que el litigante focalice su labor, fundamentalmente, en la acreditación de los hechos positivos para su caso y no agotarse en el trabajo de centrar su actividad en controvertir los hechos negativos y menos aún los inamovibles. La idea que está detrás de lo planteado es que lo que hay que hacer prevalecer

<sup>207</sup> Mauet, Thomas A., *Estudios de técnicas de litigación*, op. cit., p. 64, señala: "En la mayoría de los procesos, muchos de los hechos relevantes son indiscutibles. No obstante, el proceso es necesario para resolver relativamente unos cuantos hechos disputados".

<sup>208</sup> Tener claro que lo que señalamos es de gran importancia práctica, pues evita que el litigante gaste tiempo y recursos probatorios en actividades que le serán inconducentes. En efecto, si existen estos hechos inamovibles, como la existencia de un cadáver, droga o un arma, ellos serán acreditados ordinariamente por el ministerio público, no siendo necesario, en principio, que la defensa se haga cargo de su acreditación, destinando sus esfuerzos a acreditar aquellas proposiciones fácticas que integran únicamente su relato.

<sup>209</sup> Ver artículo 275 del CPP chileno, el cual faculta al juez de garantía para formular proposiciones de convenciones probatoria a las partes.

ante el tribunal es nuestra versión de cómo ocurrieron los sucesos y para ello es indispensable que se acrediten las proposiciones fácticas que dan cuenta de los hechos que hemos catalogados como positivos para nuestro caso. No significa lo dicho que la recomendación sea no hacerse cargo u ocultar siempre los hechos catalogados de negativos para el caso, por el contrario, como vimos más arriba, en general promovemos que el litigante aborde esos hechos negativos y los neutralice o justifique cuando ello sea posible, evitando que sea la contraria la que los devele directamente al tribunal, y respecto de los inamovibles la propuesta es tratar de incorporarlos como una parte de nuestro relato.

#### **4.2.5.5. Decidir desde qué momento o instante en el tiempo se presentará la historia**

En un número significativo de los casos se iniciará la construcción del relato desde el momento preciso en que se cometió el ilícito, para luego avanzar, normalmente, de manera cronológica describiendo las distintas actividades investigativas desplegadas desde ese momento y sus resultados. Sin embargo, es posible que en ciertos casos el móvil, el porqué de una determinada acción, el que denominamos centro emocional o focal del caso, lo encontremos en un momento anterior a la ocurrencia del hecho ilícito, y que sin entregar este antecedente de manera previa a la descripción del presunto hecho ilícito; sea más difícil para el tribunal aceptar la versión del litigante y darle credibilidad; en esos casos, lo que se debe hacer es iniciar el relato con un declarante que pueda dar cuenta de esos hechos previos, para luego progresivamente acercarse al hecho a acreditar en el juicio<sup>210</sup>.

#### **4.2.5.6. Determinar en torno a qué evidencia se presentará el relato**

El litigante debe resolver, adicionalmente, cuál de sus evidencias, en particular declarantes, va a transformarse en el eje central de la presentación de su versión al tribunal. Todos los declarantes deben aportar elementos relevantes para la resolución adecuada del caso, pero algu-

<sup>210</sup> Por ejemplo, el funcionario policial que investigó y descubrió que un mes antes que ocurrieran los hechos el marido había tomado un seguro de vida para su mujer, y él era el único beneficiario.

nos de ellos se transforman en los que sostienen el relato y los demás aportan detalles o aspectos que complementan su declaración<sup>211</sup>.

#### 4.2.6. Recomendación final sobre cómo trabajar los hechos del caso

Los manuales de litigación en general recomiendan que el litigante focalice su trabajo y energía fundamentalmente en acreditar y argumentar al tribunal sobre aquellas proposiciones fácticas que le permitan sostener su versión por sobre la de la contraria. Se trata de hacernos cargo de las cuestiones debatidas o controvertidas y demostrar como nuestra historia y la evidencia que la sustenta, que constituye nuestra teoría del caso, son suficientes para que el tribunal de juicio acepte nuestra tesis y entienda a plenitud el caso planteado.

Se ha dicho que no hay que agotar las energías en ratificar aquello que es inamovible o indiscutible<sup>212</sup>.

Lo señalado no significa, no hacerse cargo u ocultar los hechos que hemos catalogados de negativos, muy por el contrario, como vimos, en general seremos nosotros quienes los abordaremos, al justificar si es posible, pero en todo caso al evitar que sea la parte contraria la que lo muestre ante los jueces. Sólo estamos indicando que el énfasis principal de nuestra actuación debe estar en aquellos hechos controvertidos o discutidos y en cómo presentar nuestra versión sobre ellos por medio de la evidencia que la sostiene de la manera más persuasiva y vivida posible<sup>213</sup>.

Otra sugerencia que entregan algunos autores es que una vez que se hayan establecido los hechos relevantes del caso, el litigante proceda a elaborar con ellos un proyecto o borrador de lo que sería su alegato final en el juicio. Nematécnicamente diríamos que se trata de elaborar un alegato de clausura consignando en él las proposiciones fácticas

<sup>211</sup> Podremos valernos para esto de la víctima, de un perito del agente policial a cargo del equipo investigador o en el caso de las defensas muchas veces del propio acusado.

<sup>212</sup> En talleres de capacitación "Nuevo proceso penal acusatorio", módulo 1, *op. cit.*, p. 15, se da igual recomendación a los fiscales, es decir, focalizar en transmitir su versión de las cuestiones y hechos materiales controvertidos.

<sup>213</sup> Sobre lo dicho ver, Mauet, Thomas A., *Estudios de técnicas de litigación*, *op. cit.*, ps., 64 y 65.

que a nuestro juicio el tribunal de juicio requiere escuchar para fallar favorablemente a nuestra tesis<sup>214</sup>.

Al abocarse a esa tarea el abogado podrá rápidamente identificar los puntos de hecho en los que deberá ahondar su investigación, las cuestiones jurídicas involucradas en el caso y una primera opinión sobre las evidencias necesarias para acreditar su caso en el estándar de un juicio oral<sup>215</sup>.

Por último, algunos autores recomiendan que los hechos sean presentados al tribunal en nuestros relatos de manera activa, con palabras o términos fuertes<sup>216</sup> y en tiempo presente, aun cuando como ocurre en juicio oral se trate de hechos ocurridos en el pasado, de manera de provocar mayor persuasión en los jueces. Por otro lado, se sugiere evitar el uso de adjetivos, adverbios e intensificadores<sup>217</sup>.

## 5. DETERMINACION DE LA TEORÍA JURÍDICA APLICABLE

Una vez elaborado el relato fáctico corresponde abordar una segunda tarea, que es la de llevar esa historia, que tiene que ver con las vivencias reales de personas de carne y hueso, al ámbito en que se le presentará, esto es, ante un tribunal con competencia en lo penal. Ello impone darle, a ese relato eminentemente fáctico, un contenido normativo<sup>218</sup> y dogmático, pues sólo en la medida que el litigante sea capaz de hacerlo, y además justificarlo con evidencia que lo acredite,

<sup>214</sup> En efecto, hay algunos autores que proponen que la teoría del caso debe construirse desde atrás hacia adelante. Es decir, que la primera labor de un litigante para diseñar su teoría del caso es elaborar el contenido que debiera tener su alegato de clausura o cierre para que el tribunal de juicio dicte una sentencia favorable a su postura. Luego a partir de ese contenido específico, identificar las proposiciones fácticas que deben quedar acreditadas en juicio y las evidencias que las sostienen.

<sup>215</sup> Así lo hace por ejemplo Hegland, Kenney F., *op. cit.*, p. 82, donde señala que muchos abogados al comienzo de un caso redactan un borrador general de su argumentación final. Lo utilizan para orientar su investigación jurídica y fáctica.

<sup>216</sup> Recordemos lo dicho sobre las denominadas etiquetas.

<sup>217</sup> Para mayor detalle ver Hegland Kenney F., *op. cit.*, ps. 72 a 77.

<sup>218</sup> El contenido normativo ordinariamente estará referido a la materia sustantiva a que se refiere el caso, pero es posible en algunas situaciones previas al juicio que el contenido normativo a alegar sea fundamentalmente procesal.

este conflicto humano tendrá carácter penal y deberá ser resuelto ante tribunales con esa competencia<sup>219</sup>.

El litigante procederá a subsumir su versión de hechos en los supuestos fácticos de las normas legales penales aplicables al caso para determinar si los hechos son o no constitutivos de un ilícito penal, y de serlo cuál o cuáles figuras típicas son las que dan cuenta de él, o si los hechos quedan cubiertos por alguna circunstancia eximente o modificatoria de responsabilidad penal. Adicionalmente, deberá estudiar y analizar cuál teoría dogmática es la más conveniente a su posición, la jurisprudencia dominante sobre la materia y particularmente los criterios que ha explicitado el tribunal oral que ha de conocer del juicio.

Al considerar la distinción que hicimos, siguiendo a Ferrajoli, en su oportunidad entre la verdad fáctica (*quaestio facti*) y la verdad jurídica (*quaestio iuris*), esta última comprende el proceso en de subsunción del hecho en el enunciado normativo, entendido como operación destinada a verificar si el hecho presenta las propiedades que se indican en la norma<sup>220</sup>.

Resulta necesario destacar en este punto lo indispensable que son para un litigante los sólidos conocimientos legales y dogmáticos en derecho penal sustantivo, particularmente aquéllos relativos a la teoría del delito, para poder cumplir de la mejor forma la tarea en comento.

En los juicios penales de carácter adversarial, si bien lo que se prueba son hechos (como veremos más adelante, proposiciones fácticas) o como hemos dicho nuestra versión de cómo ocurrieron los hechos, ella debe, necesariamente, llevar implícita tras de sí un contenido normativo, pues de no ocurrir aquello estaremos frente a una simple historia.

<sup>219</sup> Acá nos referimos al encuadramiento del caso particular en las normas penales pertinentes. Luego, tendremos que abocarnos a determinar la normativa procesal aplicable dada la naturaleza y características del encuadramiento normativo penal que hayamos definido previamente. En efecto, la naturaleza del hecho y, fundamentalmente, su penalidad determinarán en gran parte los caminos procesales a los que se puede someter el caso en particular.

<sup>220</sup> Reyna Alfaro, Luis Miguel, *op. cit.*, p. 15, donde señala además que de esta manera se comprueba la indisoluble relación entre la verdad fáctica y la verdad jurídica, en tanto los hechos que son de interés del Derecho son únicamente los hechos interpretados.

Esta labor de determinación de los contenidos jurídicos y dogmáticos penales comprometidos deber ser hecha con gran precisión y detalle<sup>221</sup>.

Una propuesta sobre las alegaciones (para atribuir responsabilidad penal) o defensas (para impedir esa atribución de responsabilidad), que pueden seguir los abogados litigantes es la formulada por Tatiana Vargas Pinto, en el cuadro que reproducimos a continuación<sup>222</sup>.

ALEGACIONES	DEFENSAS
1. Comportamiento personal	1. Falta de comportamiento
1. Manifestación externa	1. Pensamientos no exteriorizados
2. Conducción consciente y voluntaria	2. Fuerza absoluta
	3. Actos reflejos
	4. Estados de inconsciencia
<b>II. Tipicidad</b>	<b>II. Atipicidad</b>
1. Atribución al tipo objetiva	1. Atipicidad objetiva
- Conducta y resultado	- Falta la conducta o el resultado
- Causalidad si procede	- Falta causalidad
- Peligrosidad general	- No riesgo general (idoneidad)
2. Atribución al tipo subjetiva	2. Atipicidad subjetiva
- Previsibilidad general	- Imprevisibilidad resultado
- Dolo e imprudencia consciente o inconsciente	- Error de tipo inevitable
	- Error de tipo evitable
- Elementos subjetivos	- Mantiene la imprudencia (se sanciona si está en la ley)
<b>III. Anti juridicidad</b>	<b>III. Justificación o juridicidad</b>
1. Desvalor de conducta	1. Justificación conducta

<sup>221</sup> Igual exigencia de precisión y detalle formula el magistrado Francisco Hermosilla Iriarte en sus materiales de clases.

<sup>222</sup> Vargas Pinto, Tatiana, *Manual de derecho penal práctico. Teoría del delito con casos*, Abeledo Perrot, Legal Publishing, Chile, 2010, ps. 229-230.

- Imputación objetiva de la conducta Creación de un riesgo prohibido ex ante	- Falta de riesgo prohibido (no peligrosidad concreta)
- Imputabilidad subjetiva Conducta dolosa o imprudente y previsibilidad concreta del resultado (conocimiento del riesgo creado)	- Imprevisibilidad concreta del resultado
2. Desvalor de resultado - Resultado, lesión o peligro ex post	2. Justificación o inimputabilidad del resultado al injusto - Falta lesión o peligro
3. Relación de riesgo o imputación objetiva del resultado - Resultado concreción del riesgo creado	3. Falta de relación entre resultado y riesgo creado - No concreción del riesgo creado
<b>IV. Imputación personal</b>	<b>IV. Falta imputación personal</b>
1. Imputabilidad	1. Inimputables
- Facultades intelectuales y volitivas normales - Facultades intelectuales y volitivas desarrolladas (mayores de 18 años)	- Locos y dementes - Menores de 18 años (menores de 18 y mayores de 14 inimputabilidad en Chile por ley 20.084)
2. Conciencia de anti juridicidad - Comprensión potencial de lo injusto	2. Error de prohibición - Error inevitable (Error evitable sólo disminuye imputación)
3. Exigibilidad del cumplimiento de la norma	3. Inexigibilidad cumplimiento
- Circunstancias normales que permitan cumplir la norma	- Fuerza irresistible o miedo insuperable - Encubrimiento de parientes - Obediencia debida - Omisión insuperable

#### Otras circunstancias de imposición y determinación de pena

I. Condiciones de punibilidad	I. Excusas legales absolutorias
II. Agravantes	II. Atenuantes
III. Concurso de delitos	III. Unidad de delito
IV. Inexistencia de causas de extinción de la responsabilidad penal	IV. Causas de extinción de la responsabilidad penal

Lo analizado nos demuestra lo falaz de aquellas afirmaciones que recurrentemente se escuchan sobre que en un sistema adversarial el derecho

sustantivo y la dogmática penal han quedado reducidos al mínimo<sup>223</sup>; todo lo contrario, el derecho penal y los conceptos y desarrollos de la dogmática penal son un pilar fundamental en la construcción de una buena teoría del caso<sup>224</sup>, lo que ocurre es que el abogado debe sintetizar y abreviar, al abandonar aquellas viejas prácticas, propias del inquisitivo, de hacer presentaciones escritas interminables y agotadoras, con innumerables citas dogmáticas, que llevaban a veces a que los escritos fueran prácticamente ininteligibles o de una gran complejidad<sup>225</sup>.

La teoría del caso, sin embargo, no puede reducirse a la identificación de las normas o aspectos jurídicos aplicables al caso<sup>226</sup>. Ella abarca mucho más que lo que podríamos denominar el marco lógico de la teoría del delito, así por ejemplo debe entregarnos una explicación razonable sobre los móviles de las conductas o antecedentes para emitir juicios de credibilidad, entre otros aspectos.

### 5.1. Características de la teoría jurídica

Siguiendo a Baytelman y Duce podemos caracterizar las teorías jurídicas, como complejas, generales y abstractas<sup>227</sup>:

#### a. Complejas:

Normalmente, la teoría jurídica que esbozará una parte para sustentarla en juicio estará compuesta de más de un elemento que la integre; al menos, los elementos constitutivos del tipo penal, de las eximentes de responsabilidad penal o los que integran las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal, entre otros<sup>228</sup>.

<sup>223</sup> Sobre la importancia de la teoría del delito en el sistema acusatorio ver, Sánchez Lugo, Carlos Felipe, *op. cit.*, ps. 64 a 66.

<sup>224</sup> Bergman, Paul, *op. cit.*, p. 25, señala que en un juicio concitar la atención del juzgador con nuestra narración es insuficiente. Además, hay que relatar una historia que sea suficiente desde el punto de vista legal.

<sup>225</sup> En igual sentido, Sánchez Lugo, Carlos Felipe, *op. cit.*, p. 64.

<sup>226</sup> Lo señalado vale para cualquier materia sustantiva sobre la que verse un juicio oral de corte adversarial y no es una exigencia sólo de los procesos penales.

<sup>227</sup> Baytelman A., Andrés y Duce J., Mauricio, *op. cit.*, ps. 81-83.

<sup>228</sup> Pensemos, a título ejemplar, en el delito de robo con violencia o intimidación; consiste en apropiarse de cosa mueble ajena, mediante el uso de violencia o intimidación, cualquiera sea el valor de la cosa sustraída y siempre que no concurra una de las hipótesis calificadas de robo

*b. Generales:*

Los elementos constitutivos de una teoría jurídica han sido concebidos y conceptualizados en consideración a grupos de personas o categorías de conductas. No pueden ser acreditados en el juicio oral de manera independiente, sin conexión a los hechos particulares del caso, más aún, muchas veces ellos se dan por acreditados a partir de la inferencias o conclusiones que el tribunal puede desprender de la prueba rendida en juicio, por ejemplo, el dolo.

*c. Abstractas<sup>229</sup>:*

Sus elementos no se refieren a un caso concreto, a una versión particular de hechos, sino que dependiendo de las circunstancias podrán superponerse esos elementos a un número significativo de historias o casos de la vida real.

Las teorías jurídicas son abstracciones que casi siempre están distanciadas un par de pasos de la evidencia.

## 6. ELABORACION DE LAS PROPOSICIONES FÁCTICAS

En esta etapa de la tarea se han dado dos pasos fundamentales, en primer lugar se ha determinado cual es la versión de lo acontecido, y en segundo lugar se ha establecido cuales son los supuestos fácticos de la normativa sustantiva penal, en la que el relato se subsume.

Alguien a esta altura de su lectura podría decir, con justa razón, que hasta el momento no se ha dicho nada o casi nada que se aparte de lo que todo abogado hace al recibir un caso penal. En efecto, cuando un abogado recibe a un cliente en su despacho, lo primero que hace el profesional es pedirle que describa los hechos a que se refiere el problema que enfrenta, es decir, le pide que le entregue su relato o versión de los hechos; y luego, mentalmente, el abogado analiza los hechos

---

con violencia, o el tipo penal de piratería; o en el caso de alegarse la concurrencia de una causal legal de justificación, como la legítima defensa propia, se deberán analizar y comprobar ante el tribunal sus elementos, a saber: La existencia de una agresión ilegítima; la necesidad racional del medio empleado para repelerla; y la falta de provocación suficiente.

<sup>229</sup> Bergman, Paul, *op. cit.*, p. 21.

señalados por el cliente, los subsume dentro de la normativa sustantiva penal que conoce, y hecho esto dirá a su potencial cliente, por ejemplo, que los hechos expuestos se enmarcan en tal figura típica o en determinada circunstancia eximente de responsabilidad penal. Luego, lo que ordinariamente hace un abogado es preguntar al cliente qué evidencias tiene para acreditar esa versión, o sea, se aboca a la tarea de determinar cómo acometer la acreditación de esa versión en un eventual juicio.

Acá aparece con toda claridad la gran diferencia, que nos pretende enseñar la teoría del caso como herramienta nemotécnica, respecto a lo que se debe hacer por un litigante al abordar un nuevo caso penal. Pasar, directamente, a la búsqueda o determinación de la evidencia a utilizar en juicio, que a primera vista aparece como un paso lógico y razonable; desde una perspectiva estratégica, como es la de la teoría del caso, es insuficiente, es una decisión demasiado gruesa, poco fina o delimitada para adoptarla en este momento.

Se hace indispensable el realizar un paso más antes de buscar la evidencia, corresponde previamente identificar las denominadas por Bergman proposiciones fácticas del caso<sup>230</sup>.

A esta altura del trabajo (elaborado el relato y determinada la teoría jurídica a esgrimir), el litigante se encuentra en realidad con un gran problema<sup>231</sup>, por una parte el relato, su versión de los hechos, es eminentemente concreta y por lo mismo desprovista de conclusiones de carácter jurídico<sup>232</sup>, y por otra parte su teoría jurídica es eminentemente abstracta, esto es, no requiere para su entendimiento o comprensión por un tercero de un contenido fáctico específico<sup>233</sup>.

---

<sup>230</sup> *Ibidem*, ps. 21 y siguientes.

<sup>231</sup> *Ibidem*, p. 22. Se refiere a él, señalando que por un lado nos encontraremos con los relatos desprovistos de conclusiones jurídicas; de otro, las teoría y elementos, desprovistos del contenido fáctico específico.

<sup>232</sup> Ello hace que ese relato sea exclusivamente una historia, que como todas ellas, puede constituir un cuento, una novela, un guion cinematográfico, un buen relato para exponer ante los amigos o familiares, pero que no es, sin duda, un caso penal.

<sup>233</sup> Pensemos en cualquier tipo penal que haya sido objeto de nuestro estudio en la carrera de derecho, cada uno de ellos y sus elementos integrantes fue estudiado y comprendido en abstracto sin referencia alguna a la realidad fáctica, nadie necesitó que pusieren frente a él un cadáver con un orificio de bala en la sien para entender el tipo penal homicidio.

La solución a este problema es la identificación de las proposiciones fácticas, cuya misión es precisamente disminuir la distancia que existe entre el relato fáctico concreto y la teoría jurídica abstracta<sup>234</sup>, generando afirmaciones de hecho que dando cuenta de un elemento de la teoría jurídica recojan parte del relato y sean posibles de ser reproducidas ante el tribunal de juicio<sup>235</sup>.

### 6.1. Concepto de proposición fáctica

Las proposiciones fácticas podemos conceptualizarlas como aquellas afirmaciones de hecho tomadas del relato elaborado por el litigante, que pueden ser reproducidas en juicio, ordinariamente a través del testimonio de un declarante y que dan cuenta de un elemento de la teoría jurídica.

Las proposiciones fácticas son concretas, no abstractas, tienen que guardar relación con el relato de hechos, la teoría jurídica y deben ser posibles de reproducción por una fuente de prueba en el curso del juicio; si ello no es posible, carecen de todo valor.

Al decir de Bergman, son una afirmación de hecho que satisface un elemento legal. Es decir, una proposición fáctica es un elemento legal reformulado en un lenguaje frente al cual un testigo puede declarar<sup>236</sup>.

Para Bergman no toda afirmación sobre los hechos es una proposición fáctica, sólo lo serán aquellas que satisfagan algún elemento de la teoría jurídica.

Por último, Baytelman y Duce también nos entregan otro concepto al expresar que una proposición fáctica es una afirmación de hecho, respecto de mi caso concreto, que si el juez la cree, tiende a satisfacer un elemento de la teoría jurídica<sup>237</sup>.

Las proposiciones fácticas recuerdan al litigante que está frente a un debate que requiere la acreditación de su versión de hechos ante el tribunal del juicio para obtener una sentencia favorable y que para ello no basta que el litigante despliegue en juicio una aproximación

<sup>234</sup> Berman, Paul, *ibídem*, p. 24.

<sup>235</sup> Baytelman A., Andrés y Duce J., Mauricio, *op. cit.*, p. 83.

<sup>236</sup> Bergman, Paul, *op. cit.*, p. 23.

<sup>237</sup> Baytelman A., Andrés y Duce J., Mauricio, *op. cit.*, p. 85.

general a la evidencia que sustenta su relato; lo que se le exige es acreditar en juicio es mucho más específico, un relato concreto que refleje el contenido sustantivo penal presente en él y no uno abstracto. Para ello el litigante debe delimitar con la mayor especificidad posible qué afirmaciones o frases en particular son las que deben ser reproducidas en el juicio por intermedio de la evidencia producida, haciendo hincapié fundamentalmente en los relatos que los declarantes rendirán ante el tribunal para que su relato fáctico y su teoría jurídica resulten probadas<sup>238</sup>.

Al elaborar nuestra teoría del caso no basta con una identificación o referencia meramente genérica a una evidencia, como suficiente para acreditar determinados hechos necesarios para acreditar nuestra versión de lo ocurrido, pues una identificación tan genérica muchas veces nos demostrará, en el juicio, que al extraer la información que posee esa fuente de prueba ella no es suficiente para acreditar el hecho que deseábamos probar mediante su producción en juicio o, que si bien servía para acreditar el hecho no tenía tanta fuerza probatoria para darlo por acreditado por sí sola o, que se trataba sólo de un indicio tendiente a acreditar un hecho y que hubiera requerido de la acreditación de otros indicios para obtener el resultado probatorio esperado por la parte<sup>239</sup>.

Siempre que el litigante prepara y ejecuta adecuadamente su teoría del caso lo que hace es disminuir, al máximo posible, las posibilidades de cometer un error en la presentación de su caso en juicio. Una herramienta esencial para cumplir ese propósito son las proposiciones fácticas, en la medida que ellas son más específicas, detalladas y que se refieran a cada

<sup>238</sup> Es más, se puede decir con Bergman que las proposiciones fácticas indican a los litigantes cuáles son las evidencias que deben aportar para acreditar su versión y que información específica deben obtener de ellas mediante sus interrogatorios y finalmente que referencia o argumentaciones en torno a ellas deben formular en sus alegatos. Bergman, Paul, *op. cit.*, p. 24.

<sup>239</sup> No basta saber que dispongo como prueba de un testigo, perito o documento de manera general. Lo importante es conocer en detalle cuál es la información específica que esa fuente de prueba puede aportar al tribunal. Así un testigo puede decirnos que estuvo en el lugar y en el momento en que ocurrieron los hechos y nosotros asumir que es un testigo presencial, y resultar luego que en juicio, éste declare que en el momento preciso en que se produjo el hecho relevante jurídicamente hablando, él estaba mirando para otro lado. Es decir, un testimonio considerado esencial por la parte que lo presenta, puede perder toda su fuerza probatoria porque en realidad no vio lo que la parte había presumido a partir de una afirmación genérica como haber estado en el lugar de los hechos.

uno de los presupuestos fácticos de la teoría jurídica, la posibilidad de dejar vacíos en la acreditación del relato ante el tribunal disminuye<sup>240</sup>.

La importancia radical que presentan estas proposiciones fácticas dentro de la preparación de un caso es que ellas, en cuanto afirmaciones de hecho que pueden ser reproducidas por un declarante en el juicio, se constituyen para el litigante en el objeto principal de la prueba que ha de rendir en juicio<sup>241</sup>. La tarea de recopilar evidencia por parte de cada litigante se centrará en reunir aquella que le permita en juicio acreditar todas y cada una de las proposiciones fácticas centrales de su caso<sup>242</sup>.

Una recomendación para incrementar los niveles de seguridad de la teoría del caso fiscal o de defensa será, en la medida que ello sea posible, generar más de una proposición fáctica por cada uno de los elementos de la teoría jurídica que se hubiese determinado como aplicables al caso<sup>243</sup>.

Se trata de asegurar la posibilidad de acreditar cada presupuesto fáctico integrante de los elementos de la teoría jurídica y con ello una parte del relato fáctico; si elaboramos sólo una proposición fáctica, una sola afirmación de hecho para acreditar un elemento de la teoría jurídica, puede ocurrir que la contraria, vía contraexamen o por otras pruebas, la desvirtúe y ello traiga como consecuencia que por no haber acreditado la proposición fáctica correspondiente se tenga por no acreditado uno de los elementos de la teoría jurídica y una parte de la versión de hechos del caso, y con ello el caso esté perdido desde ese momento o las posibilidades de perderlo se hayan incrementado sustantivamente para la parte<sup>244</sup>.

<sup>240</sup> En talleres de capacitación "Nuevo proceso penal acusatorio", módulo 1, *op. cit.*, p. 9, se expresa que las proposiciones no son otra cosa que el encuadramiento legal de los hechos del proceso. Tomamos entonces cada hecho relevante, lo comparamos con uno o varios elementos del delito y determinamos si aquél se subsume en éste o éstos. De ser así, formulamos una o varias proposiciones para cada elemento legal.

<sup>241</sup> En igual sentido, Baytelman A., Andrés y Duce J., Mauricio, *op. cit.*, p. 86, sobre las proposiciones fácticas recae la prueba.

<sup>242</sup> En igual sentido Rosas Yataco, Jorge, *op. cit.*, p. 618.

<sup>243</sup> Berman, Paul, *op. cit.*, p. 25 nos dice, refiriéndose a los demandantes, que deben afirmar, por los menos, una proposición fáctica por cada elemento de la teoría jurídica.

<sup>244</sup> Un fiscal nunca debe olvidar que sobre él recae el peso de la prueba en juicio de su acusación; la defensa puede abocarse a elegir de la versión fiscal las proposiciones fácticas más débiles para focalizar allí su actividad durante el juicio, para obtener mediante prueba propia o con sus

Lo señalado tiene una pequeña variación cuando hablamos de una defensa negativa o pasiva, en tal caso lo que corresponde es que el defensor identifique dentro de las proposiciones fácticas que pretenderá acreditar su contraparte cuáles de ellas aparecen más débiles o donde existe el menor número de ellas para acreditar un elemento de la teoría jurídica; en principio sobre dichas proposiciones fácticas debiera estructurarse la defensa, determinando la manera de cuestionarlas o controvertirlas, ya sea a través de la vía argumentativa, en sus contraexaminaciones y/o mediante la presentación de evidencia propia<sup>245</sup>.

### 6.1.1. Una advertencia básica

Damos por sentado que cuando señalamos que se debe generar en lo posible más de una proposición fáctica por cada elemento de la teoría jurídica, en caso alguno debe entenderse que nos estamos refiriendo a inventarlas y a crear luego artificialmente evidencia que las sustente<sup>246</sup>.

Las proposiciones fácticas surgen del análisis del caso, de las entrevistas con los involucrados, testigos, peritos, funcionarios policiales, del análisis y estudio detallado de cada uno de los documentos, evidencias materiales u otros medios de convicción que existan en la causa. La labor del técnico es en ese estudio o diálogo identificar las proposiciones fácticas y asociarlas a los elementos de la teoría jurídica que se quieren

---

contraexámenes y argumentaciones de clausura que el tribunal tenga por no acreditada o no suficientemente acreditada las proposiciones fácticas de la fiscalía, trayendo como consecuencia que los elementos normativos asociados a esas proposiciones fácticas o no resulten acreditados o no lo suficiente para sustentar, en el estándar probatorio del juicio, la imputación formulada, derivando ya sea en la absolución del acusado o en que el tribunal entienda acreditada una figura típica de menor entidad a la planteada por la fiscalía o a estimar no concurrentes las circunstancias modificatorias que hubieren agravado la responsabilidad penal del acusado. Si se trata de una defensa que ha planteado una versión alternativa a la del fiscal, su falta de prolijidad en el trabajo de las proposiciones fácticas puede derivar en que el tribunal al ser desvirtuadas sus proposiciones fácticas no dé por acreditado su relato, sea totalmente o en una entidad suficiente, para constituir un criterio de duda razonable respecto de la tesis fiscal.

<sup>245</sup> Bergman, Paúl, *op. cit.*, ps. 25 y 26, expresa "...los demandados pueden tener éxito afirmando una proposición fáctica para cualquier elemento de una teoría legal..".

<sup>246</sup> Si no tuviere luego evidencia para sustentarla al estándar del juicio, entonces deberá cambiar de teoría del caso, por ejemplo de un tipo de lesión a otra, por no poder probar el tiempo de duración de la misma, o decidir no llevar la causa a juicio oral optando por otras de las salidas contempladas en el ordenamiento.

demostrar en juicio, para luego identificar las evidencias pertinentes y relevantes que le permitirán sustentarlas en juicio<sup>247</sup>.

### 6.1.2. ¿Todas las proposiciones fácticas valen lo mismo?

La respuesta a esta pregunta dependerá de cada caso en particular y de las características y naturaleza de las proposiciones fácticas que para la acreditación de éste se hayan elaborado. A veces, efectivamente, cada una de las proposiciones fácticas generadas serán centrales para la acreditación del relato y su teoría jurídica, por lo cual el litigante no podrá distinguir entre ellas para poner mayores énfasis argumentativos o en su actividad probatoria respecto de unas y de otras.

En otros casos, tres fenómenos permitirán al litigante discriminar entre las proposiciones fácticas para los efectos de determinar la actividad probatoria que debe desplegar durante el juicio para su acreditación:

#### 6.1.2.1. La existencia de proposiciones basales del relato o de contexto

De las múltiples proposiciones fácticas que puedan originarse en un caso concreto no todas ellas estarán destinadas a la acreditación de aspectos centrales de los presupuestos fácticos de la teoría jurídica, sino más bien a elementos de contexto o accesorios a las cuestiones principales, en estos casos, si bien no se debe descuidar la acreditación de estas últimas proposiciones fácticas, los mayores esfuerzos del litigante, y gran parte de su evidencia, deberá concentrarse en la acreditación ante el tribunal de juicio de aquellas proposiciones que sí tengan que ver o se relacionen con los elementos medulares de su teoría jurídica y con los aspectos más relevantes del relato de hechos<sup>248</sup>.

<sup>247</sup> Así en un proceso penal, las partes deberán identificar las proposiciones fácticas que acrediten los hechos objeto de la imputación (faz objetiva), sobre la participación punible del acusado (faz subjetiva) y en las circunstancias jurídicas relevantes (por ejemplo las modificatorias de responsabilidad penal, sea para justificarla o para desvirtuarlas). Ver, Cerda San Martín, Rodrigo, *Nueva visión del juicio oral penal*, Librotecnia, 2007, p. 269.

<sup>248</sup> Citemos, por ejemplo, un caso en que un fiscal acredita con gran detalle como era el sitio del suceso, la hora, condiciones ambientales, particularidades del mismo, qué personas se encontraban allí, las particularidades de sus personalidades, pero no tiene igual prolijidad en la evidencia destinada a vincular al acusado con el hecho que se le imputa. Nada sacamos en un caso

### 6.1.2.2. Propositiones fácticas fuertes o débiles en relación a los elementos de la teoría jurídica con las que se vinculan

Se trata de identificar las proposiciones fácticas de mayor fortaleza para el caso y ello estará asociado a la capacidad que tenga esa proposición de satisfacer o dar cuenta del presupuesto fáctico del elemento normativo para el cual ha sido seleccionada o elegida, más que a la existencia de un número mayor o menor de evidencias que cumplan ese objetivo<sup>249</sup>; será débil en cambio la proposición fáctica, en la medida que ella no sea capaz de dar cuenta o acreditar íntegramente, ante el tribunal de juicio, el supuesto fáctico del elemento de la teoría jurídica para el cual había sido seleccionada<sup>250</sup>.

A la hora de investigar y recopilar evidencia tendiente a acreditar nuestro relato, vamos a discriminar entre las proposiciones fácticas en cuanto al estándar de calidad de la evidencia (fuerza probatoria que ella tenga) que se necesitara para su acreditación.

Reiteremos, no se trata de contar la evidencia que acredite cada proposición fáctica<sup>251</sup>, sino de pesarla en su credibilidad y aptitud para persuadir al tribunal. Así, más que la cantidad de evidencias se privilegiará la calidad, credibilidad y la diversidad de las mismas<sup>252</sup>.

---

de homicidio, con describir con lujo de detalles el arma homicida, y como se la utilizó para causar la muerte de la víctima, si olvidamos vincular esa arma con el acusado.

<sup>249</sup> La explicación a esta afirmación la encontramos en las reglas de libre valoración de la prueba en juicio, según las cuales el tribunal puede dar por establecido una proposición fáctica y, a través de ella, un elemento de la teoría jurídica, cuando estime que las evidencias rendidas causan convicción en él, independientemente de que ello ocurra, sólo con una evidencia o un número superior de ellas.

<sup>250</sup> Sobre el particular ver Baytelman y Duce, *op. cit.*, ps. 86 y 87.

<sup>251</sup> Es decir, sumar las evidencias para tener el mayor número de ellas, como podría ser el contar con varios testigos que declaren sobre lo mismo. Ver el tema de esta forma probablemente nos acarreará serios problemas en la admisión de la prueba por posibles exclusiones por sobreabundancia y en el juicio con la coherencia de los distintos testimonios.

<sup>252</sup> Este imperativo surge no sólo de las reglas de valoración de la prueba de un sistema acusatorio, sino que también de una visión estratégica, pues sabiendo que la capacidad de concentración del tribunal es limitada, el litigante debe focalizar su actividad probatoria y usar sus mejores y fuertes evidencias para acreditar las proposiciones fácticas centrales del caso, desechando la idea de generar convicción en el tribunal por la vía de utilizar prueba sobreabundante, pues en muchos casos la realidad demuestra que el recurrir a más testimonios que los razonables, lejos de generar mayor convicción en el tribunal, lo único que aporta son crecientes grados de contradicción entre los testigos.



### 6.1.2.3. La capacidad que tenga una proposición fáctica de pasar el test de superposición de proposiciones fácticas

El tercer fenómeno que permite discriminar entre las proposiciones fácticas y los esfuerzos de acreditación de las mismas, consiste en que ellas tendrán mayor o menor importancia para el litigante, en cuánto sean o no capaces de pasar lo que Baytelman y Duce han denominado test de superposición de proposiciones fácticas<sup>253</sup>. Puede ocurrir que una o más de las proposiciones fácticas que se han elaborado para sostener y acreditar un relato ante el tribunal también puedan ser utilizadas por la parte contraria en la construcción de su propio relato.

Una proposición fáctica fuerte pertenecerá sólo a un relato y será esencial acreditarla ante el tribunal, cuando la afirmación de hecho contenida en ella no pueda ser utilizada en la acreditación del relato de la contraparte; en cambio si una misma proposición fáctica puede ser utilizada por ambos litigantes en la construcción de sus historias, estamos frente a una proposición fáctica que puede ser superpuesta a un relato distinto del que primitivamente debía acreditar.

Señalan los autores citados que mientras más esté mi contraparte en condiciones de superponer a esa misma proposición fáctica otra versión al menos igualmente razonable y creíble de esos hechos, más débil ella es<sup>254</sup>.

Demos un ejemplo para entender lo señalado. Si la tesis del Ministerio Público es que se ha cometido un homicidio, sin duda, el contar con un testigo presencial que vio al acusado portar un revólver en sus manos, acercarse a la víctima, discutir con ella, luego apuntar, y finalmente, disparar varias veces sobre ella, le permitirá al fiscal probar elementos constitutivos del delito de homicidio y eso, claramente, lo pone en una posición de ventaja sobre una defensa que sostiene, por ejemplo, la falta de participación de su defendido en los hechos, la cual no podrá utilizar ninguna de las proposiciones fácticas vistas a favor de su defendido, ellas forman parte única y exclusivamente del relato fiscal.

La situación descrita puede variar, radicalmente, si la tesis de la defensa es otra, por ejemplo, legítima defensa, en tal caso el que el acusado haya sido

<sup>253</sup> Baytelman y Duce J., *op. cit.*, ps. 87 y 88.

<sup>254</sup> *Ibidem*, *op. cit.*, p. 87.

visto con un revólver, que haya apuntado a la víctima y que finalmente le haya disparado, puede enmarcarse como relato en los hechos que constituyen precisamente la legítima defensa, si además se logran acreditar las proposiciones fácticas suficientes para sustentar los demás elementos de la legítima defensa: la falta de provocación suficiente, la agresión previa y la necesidad racional del medio empleado para repeler dicha agresión.

Lo manifestado es de la mayor trascendencia probatoria, pues si como litigantes se ha logrado en el juicio la acreditación de una proposición fáctica susceptible de ser superpuesta a otro relato, no corresponde cantar victoria o presumir que nuestro relato ya se encuentra acreditado, pues la parte contraria en su alegato de clausura se encargará de enrostrarle como esas afirmaciones (proposiciones fácticas) son perfectamente subsumibles también en su relato, y como además el tribunal debe considerar que una parte de su relato se sostiene no sólo en su propia evidencia, sino también en la generada por la parte contraria.

Desde otro punto de vista, lo dicho genera una obligación para el litigante: focalizar parte importante de su actividad probatoria, precisamente, en no dejar duda alguna en el tribunal sobre el hecho de haber acreditado suficientemente aquellas proposiciones fácticas que no puedan ser objeto de esta superposición, pues en ellas descansa la parte neurálgica del relato que desea acreditar en el juicio.

Lo visto tiene también una mirada estratégica, ahora desde la perspectiva de la contraparte; por un lado, que ella no atacará o dañará aquellas proposiciones fácticas acreditadas por su contraria, si le son útiles para justificar alguna parte de su propia versión<sup>255</sup>, y por otra, que si ha identificado dentro de las proposiciones fácticas del relato del oponente aquellas no susceptibles de ser superpuestas a su relato, focalizará allí parte importante de su actividad de impugnación y desacreditación para tratar de desvirtuarlas<sup>256</sup>.

<sup>255</sup> Supongamos un caso en que uno de los puntos a debatir sea la relación entre el acusado y la víctima previa al ilícito. Si un testigo de la fiscalía tiene un punto débil que puede ser explotado en el contraexamen afectando la credibilidad personal del testigo, el litigante puede no explicarlo ante el tribunal, si es que ese mismo testigo en sus declaraciones prestadas durante el interrogatorio fiscal ha mencionado que la relación entre el imputado y la víctima era buena.

<sup>256</sup> Es la labor que, fundamentalmente, asume una defensa pasiva o negativa. Atacará, en la medida de lo posible, el núcleo de la tesis de la contraria constituido prioritariamente por aquellas proposiciones fácticas que integran exclusivamente su versión de lo ocurrido.

Finalmente, de todo lo señalado se desprende otra cuestión importante de tener en vista: la fortaleza o debilidad de una proposición fáctica debe ser analizada, respecto del conjunto o integridad de las proposiciones fácticas que sostienen la versión de hechos del litigante, la teoría jurídica asociada a ellos y, además, respecto de las proposiciones fácticas generadas por la parte contraria<sup>257</sup>. Entonces afirmar que una proposición fáctica mirada aisladamente pueda ser catalogada de fuerte, no dice nada respecto de su fuerza probatoria efectiva, si no es mirada en el contexto de todos los posibles relatos a debatir ante el tribunal y la evidencia que los sostiene.

## 7. LA SELECCIÓN DE LA EVIDENCIA A UTILIZAR<sup>258</sup>

Una vez establecido el objeto de la prueba y cuáles afirmaciones de hecho son las que se acreditarán ante el tribunal del juicio oral, los litigantes deben proceder a determinar cómo lo harán, a través de qué evidencia<sup>259</sup>. Mauet nos indica que una buena teoría del caso debe ser consecuente con la evidencia indiscutible, una versión razonable de la evidencia discutible, y la ley sustantiva aplicable<sup>260</sup>.

Las legislaciones en general no introducen ninguna barrera de entrada respecto a qué tipo de evidencias pueden utilizarse para acreditar las proposiciones fácticas en juicio. En efecto, se señala que los litigantes podrán recurrir a toda evidencia que sea capaz de producir fe en el tribunal<sup>261</sup>. Es lo que se ha denominado libertad probatoria, que como

<sup>257</sup> En igual sentido, Baytelman y Duce J., *op. cit.*, p. 88.

<sup>258</sup> Se trata de un proceso también estratégico, pues la evidencia no se encuentra simplemente, sino que debe ser buscada conforme a los requerimientos de nuestra teoría jurídica.

<sup>259</sup> Tal como señalamos antes, a propósito de una versión de hechos no subsumible en una teoría jurídica, que calificamos como una historia y no un caso; también, debemos señalar que si nos encontramos frente a una versión de hechos, respecto de la cual sí ha sido posible vincularla con una teoría jurídica, y a partir de allí establecer la proposiciones fácticas del caso, pero no contamos con evidencia suficiente para acreditar esas proposiciones fácticas tendremos sí un caso penal, pero que no debiera llegar a juicio, por carecer de evidencia que lo acredite. Sólo estaremos frente a un verdadero caso penal que debe ser resuelto en juicio cuando junto con contar con la evidencia que lo acrediten, existan cuestiones a debatir sobre éste, pues en caso contrario, el caso debiera, en general, ser resuelto anticipadamente en el proceso.

<sup>260</sup> Mauet, Thomas A., *Estudios de técnicas de litigación*, *op. cit.*, p. 61.

<sup>261</sup> No hablamos de prueba, pues ella sólo se produce dentro del juicio oral. Todo lo reunido durante la etapa de investigación podemos denominarlo antecedentes investigativos o evidencia reunida, pero no es prueba. Sólo al Tribunal Oral en lo Penal le corresponde valorar dicha evidencia

señala Cafferata Nores al citar a Vélez Mariconde, ha sido caracterizado diciendo que en el proceso penal todo puede ser probado, y por cualquier medio de prueba. Al aclarar el referido autor, que no significa lo dicho que se haga prueba de cualquier modo –ya que hay que respetar las regulaciones procesales de los medios de prueba–, ni mucho menos “a cualquier precio”, pues el orden jurídico impone limitaciones derivadas del respeto de la dignidad humana u otros intereses<sup>262</sup>.

Las evidencias por excelencia a utilizar en juicio oral serán las que puedan expresarse en declaraciones, así los testigos (incluimos aquí a la víctima), peritos, y el acusado en su caso, se constituirán en el centro de la prueba a rendir en un juicio oral<sup>263</sup>. A esas declaraciones se vincularán otros medios probatorios tales como: objetos, documentos, u otra clase de prueba material y otros apoyos a las declaraciones, como gráficos, maquetas y planos.

El elemento de prueba a utilizar debe, al decir de Cafferata Nores, cumplir con ciertas exigencias, en primer lugar debe ser objetivo, esto es el dato debe provenir del mundo externo, y no ser mero fruto del conocimiento privado del juez, carente de acreditación objetiva. Y su trayectoria (desde fuera hacia dentro del proceso) debe cumplirse de modo tal que pueda ser controlada por las partes; en segundo lugar debe gozar de legalidad, es decir no debe ser posible de discutir su legalidad por la forma en que ha sido obtenido o la forma irregular en que se le incorpora al proceso; en tercer lugar su relevancia debe producir certeza sobre la existencia o inexistencia del hecho que con él se pretende acreditar o al menos cuando permita fundar sobre éste un juicio de probabilidad; finalmente, debe gozar de pertinencia, esto es, el dato probatorio deberá relacionarse con los extremos objetivos

para transformarla en prueba que sirva para acreditar o no determinadas proposiciones fácticas sostenidas por los litigantes. Los antecedentes recopilados por los litigantes durante la etapa previa al juicio sirven para que las partes, en particular el Ministerio Público, determine si está o no en condiciones de formular y sostener una acusación en contra del imputado, pero esos antecedentes no generan una información que pueda catalogarse de prueba, porque no se ha producido ante el tribunal de juicio y particularmente porque no ha sido sometida al test de calidad que significa la intervención de la parte contraria en su producción.

<sup>262</sup> Cafferata Nores, José I., *La prueba en el proceso penal*, 4ª edición, De Palma, Buenos Aires, p. 29.

<sup>263</sup> En materia penal, a diferencia de otras materias como las civiles y comerciales en las que muchas veces priman pruebas pre constituidas como ocurre con los documentos; los testimonios por regla general, tienen gran importancia en la tarea de los litigantes de reproducir lo ocurrido ante el tribunal. Más aún, a veces son la única forma de hacerlo.

(existencia del hecho) y subjetivo (participación del imputado) de la imputación delictiva, o con cualquier hecho o circunstancia jurídicamente relevante del proceso (v.gr. agravantes, atenuantes o eximentes de responsabilidad; personalidad del imputado; existencia o extensión del daño causado por el delito). La relación entre el hecho o circunstancia que se quiere acreditar y el elemento de prueba que se pretende utilizar para ello es conocida como "pertinencia" de la prueba<sup>264</sup>.

### 7.1. Una Recomendación estratégica

Se sugiere al litigante tratar que cada proposición fáctica sea acreditada o sustentada en el juicio por más de un medio probatorio; con el fin de evitar generar flancos de debilidad en la teoría del caso del litigante, como sería intentar acreditar una proposición fáctica que da cuenta de un elemento neurálgico de la teoría legal recogiendo parte de la versión de hechos, exclusivamente con un medio probatorio. Eso, estratégicamente, es un llamado a la contraparte a focalizar su ataque en dicho medio probatorio, pues si logra dañarlo de manera considerable habrá en definitiva logrado afectar la proposición fáctica que esa evidencia pretendía acreditar y con ello parte de la teoría jurídica y de la versión de hechos<sup>265</sup>.

En la medida que una proposición fáctica es acreditada por más de una evidencia, ella podrá sostenerse hasta el término del juicio y por lo mismo ser aceptada por el tribunal en su sentencia, a pesar de que alguno de los medios de prueba en que ella se sustentaba sea desvirtuado por la contraria<sup>266</sup>.

El litigante se pondrá como objetivo el lograr acumular en la etapa investigativa evidencias en un número y calidad que le permitan, dentro de

<sup>264</sup> Cafferata Nores, José I., *op. cit.*, ps., 16 a 25, detalla lo extractado.

<sup>265</sup> Nunca debemos olvidar que la fortaleza de nuestro caso no está solamente en saber qué es lo que tengo que probar, que serían las proposiciones fácticas del mismo, sino que también cumple un rol central el saber cómo lo voy a hacer en el juicio, es decir que evidencias utilizaré para acreditar ante el tribunal cada una de esas proposiciones fácticas.

<sup>266</sup> En talleres de capacitación "Nuevo proceso penal acusatorio", módulo 1, *op. cit.*, p. 11, se expresa que el hecho está probado (prueba) cuando se ha demostrado su acaecimiento, a través de medios idóneos (medios de prueba), aplicados sobre determinados objetos o personas (fuentes y/o órganos de prueba), de los cuales se extraen elementos de convicción (evidencias) con capacidad de demostración.

lo posible, cubrir con múltiples evidencias cada una de las proposiciones fácticas que ha elaborado para sostener su relato y teoría jurídica<sup>267</sup>.

### 7.2. Evidencias débiles y evidencias fuertes

La fortaleza o debilidad de las evidencias recogidas durante la etapa de investigación, que luego son ofrecidas como prueba en la audiencia de preparación de juicio y en definitiva producidas o rendidas en el juicio oral, también es posible de medir, tal como ocurre con las proposiciones fácticas en que uno de los criterios a utilizar era el de la superposición de proposiciones fácticas o su capacidad para satisfacer íntegramente la acreditación de un elemento de la teoría jurídica. El baremo que se utilizará para medir la fortaleza o debilidad de una evidencia será el de la credibilidad de la prueba, el cual puede alcanzar a la fuente de prueba<sup>268</sup>, a la información que de ella proviene o a ambas<sup>269</sup>. Sobre el punto Mauet señala que la teoría del caso debería ser una historia persuasiva que constituya un fundamento para la presentación de la evidencia y los argumentos durante el proceso. La teoría del caso también sirve como punto de referencia por la cual cada ofrecimiento de testigo y de pruebas debería ser regulado: ¿cómo este testigo o prueba instrumental mejora la teoría del caso?<sup>270</sup>.

### 7.3. Otros aspectos a considerar respecto de la evidencia

Lo visto son sólo algunas de las cuestiones que deberán ser objeto de preocupación para el litigante si quiere llevar una determinada evidencia a juicio. En efecto, existen otras tanto o más relevantes como las analizadas, a las cuales deberá prestar atención para actuar

<sup>267</sup> Este planteamiento en la práctica muchas veces resulta una buena declaración de principios o de deseos, pero el caso real puede imponernos una realidad muy distinta, cual es que las proposiciones fácticas elaboradas se sostengan en muy poca evidencia, y aún más que esa poca evidencia sustente más de una proposición fáctica de importancia para el caso. Un ejemplo típico de aquello son muchos casos de abuso sexual en que la evidencia principal es el testimonio de la propia víctima, frente al testimonio del acusado. En esos casos lo que debemos hacer es fortalecer la confiabilidad de esa evidencia, para lo que podemos recurrir a otras evidencias que la doten de mayor credibilidad.

<sup>268</sup> Ello explica el por qué son tan importantes en la litigación las preguntas destinadas a la acreditación de las fuentes de prueba.

<sup>269</sup> Ver Baytelman A., Andrés y Duce J., Mauricio, *op. cit.*, p. 89.

<sup>270</sup> Mauet, Thomas A., *Estudios de Técnicas de Litigación*, *op. cit.*, p. 61.

correctamente en la audiencia de preparación de juicio oral o en el juicio. Repasemos algunos de ellos:

### 7.3.1. La cadena de custodia

Un elemento central para poder utilizar una evidencia material<sup>271</sup> en juicio, particularmente aquellas recogidas en el sitio del suceso<sup>272</sup>, es que dicho objeto sea recogido por el funcionario competente, conforme al protocolo o procedimiento establecido para ello, que sea guardado y sellado conforme a igual protocolo y que luego sólo sea manipulado por aquellas personas habilitadas para su guarda y conservación hasta llegar al juicio, o por quienes dada su actividad profesional o técnica han de efectuar algún peritaje sobre él.

Como señalan Horvitz y López, el nuevo procedimiento implica no sólo la conservación de las especies que constituyen la evidencia hasta su presentación en el juicio, sino también la introducción de reglas claras y objetivas que garanticen la corrección de los procedimientos de su levantamiento, sellado, manejo y conservación hasta la etapa del juicio, y que consideren el factor responsabilidad de los funcionarios policiales que intervengan en ellos<sup>273</sup>.

Esta suerte de historia cronológica de la evidencia, desde que es recogida y hasta que es llevada al juicio oral, es lo que se denomina cadena de custodia, la que permite al tribunal saber y dar por establecido que la evidencia material que se le presenta en el juicio por los litigantes no ha sido adulterada, cambiada o modificada de modo alguno desde que se le recogió<sup>274</sup>.

Será tarea de los litigantes el verificar que dicha cadena de custodia no se haya interrumpido o alterado de manera irregular, pues de haber

<sup>271</sup> Nos referimos a los objetos, instrumentos y efectos del delito.

<sup>272</sup> En Chahuan Sarrás, Sabas, *Manual del nuevo procedimiento penal*, 3º edición, Lexis Nexis, Santiago, 2007, p. 87, se define el sitio del suceso o escena del crimen, como el lugar donde ha ocurrido un hecho policial que requiere ser investigado.

<sup>273</sup> Horvitz Lennon, María Inés y López Masle, Julián, *Derecho procesal penal chileno*, tomo I, Jurídica de Chile, 1º edición, 2002, p. 184.

<sup>274</sup> Materialmente la cadena de custodia consiste en un documento, un formulario, que se adosa a la bolsa sellada que contiene la evidencia, en el cual se va dando cuenta de manera cronológica e ininterrumpida todas las personas y motivos por los cuales han tomado contacto con la evidencia, y del estado de la misma.

ocurrido, estarán habilitadas para solicitar al tribunal la no consideración de dicha evidencia, fundada precisamente en haberse quebrantado la cadena de custodia, lo cual pone en duda la indemnidad de la evidencia en cuestión.

Se discute en el sistema procesal chileno si la cadena de custodia debe o no ofrecerse como prueba en la audiencia de preparación y luego rendirse en el juicio oral, o si bien, como creemos, es un antecedente que no debe ofrecerse como prueba independiente de la evidencia material a la que se refiere<sup>275</sup> y que sólo entra a tener un rol gravitante cuando la otra parte formula una incidencia sobre la falta de cadena de custodia, tema de admisibilidad probatoria o de que ésta, existiendo, ha sido alterada o no ha seguido todo el curso de la evidencia desde que se obtuvo, hasta su producción en juicio, cuestión de valoración probatoria, pues afectará la credibilidad de la evidencia y por ende deberá demostrarse en juicio mediante el contraexamen de quien recogió la evidencia o quienes la manipularon o mediante la interposición de un incidente de prueba sobre prueba.

### 7.3.2. El control de admisibilidad de la evidencia acumulada en la etapa de investigación

La lógica del juicio oral y el sistema probatorio que lo rige, exige que en una fase previa al juicio se realice un examen de admisibilidad, pertinencia y licitud de las evidencias que las partes pretenden llevar a él para rendirlas como prueba<sup>276</sup>.

En efecto, en la etapa intermedia del proceso penal, específicamente en la denominada audiencia intermedia o de preparación de juicio oral, las partes e incluso el juez de control de oficio podrán solicitar

<sup>275</sup> En igual sentido, Cerda San Martín, Rodrigo, *Manual del sistema de justicia penal*, segunda edición actualizada, Librotecnia, 2009, p. 399.

<sup>276</sup> El artículo 276 del Código Procesal Penal chileno, a propósito de la exclusión de evidencias reconoce los siguientes criterios expresamente: la manifiesta impertinencia (es decir una impertinencia calificada); el que la evidencia se refiera a hechos públicos y notorios; las de efectos puramente dilatorios; las que provengan de actuaciones o diligencias decretadas nulas; y las obtenidas con inobservancia de garantías constitucionales. Además contempla la posibilidad de reducir la prueba testimonial y documental cuando con ellos se pretenda acreditar hechos que no guarden pertinencia sustancial con las materias sometidas al conocimiento del tribunal de juicio. Lo mismo hace el artículo 316 del mismo cuerpo legal con los informes periciales o peritos, cuando unos u otros resultaren excesivos o pudieren entorpecer la realización del juicio.

o decretar la reducción de la evidencia presentada por los litigantes o su exclusión, respectivamente<sup>277</sup>.

Se verificará un examen sobre distintas materias que pueden llevar a modificar por resolución fundada del juez los ofrecimientos de prueba formulados por los litigantes<sup>278</sup>: En primer lugar, deberán excluirse del futuro juicio oral aquellas evidencias que recaen sobre información inadmisibles<sup>279</sup>, que se han declarado impertinentes<sup>280</sup>; las que tengan por finalidad acreditar hechos públicos y notorios<sup>281</sup>, las sobreabundantes<sup>282</sup>, las dilatorias<sup>283</sup>, las que provengan de diligencias o actuaciones

<sup>277</sup> Como señalan Horvitz Lennon, María Inés y López Masle, Julián, tomo I, *op. cit.*, p. 179, establecer esta barrera de inadmisibilidad de la prueba en la audiencia de preparación de juicio oral es la única posición que tiene un verdadero efecto probatorio, porque resulta imposible pretender que el tribunal, después de conocido el elemento de prueba, no vea afectada su convicción por el sólo hecho de haberse informado de la existencia de ese elemento.

<sup>278</sup> Este examen recae sobre la prueba presentada por todos los litigantes, Ministerio Público, querellante donde lo hubiere, o la del propio acusado. Sin embargo, una parte significativa de este examen recaerá sobre la prueba del ente acusador, esto es del Ministerio Público. Es él quien, ordinariamente sea de manera directa o a través de la actuación de los organismos policiales, puede incurrir en la infracción de las normas legales para realizar alguna diligencia o actuación o en la vulneración de las garantías constitucionales del acusado o terceros.

<sup>279</sup> Se trata de una causal no expresamente contemplada en la norma que rige la exclusión en Chile, pero que se justifica plenamente pues se refiere a todas aquellas evidencias que han sido obtenidas mediante métodos prohibidos, o que provienen de actuaciones que no originan registros válidos para ser utilizados en un juicio oral posterior, sea por el momento de la investigación en que se obtuvieron o por la naturaleza de la actividad en que se obtienen. Nos referimos por ejemplo, en Chile, a aquellas evidencias que tengan la finalidad de acreditar o dar cuenta de alguna diligencia o actuación policial o del Ministerio Público, usando para ello un registro o documento de la fase investigativa. Lo mismo ocurrirá si se pretende ofrecer como evidencia documentación que dé cuenta de una negociación fracasada de un procedimiento abreviado o de alguna salida alternativa. Ver, en el caso chileno, lo dispuesto en los artículos 334 y 335 del CPP.

<sup>280</sup> Es decir, que no guarden relación directa ni indirecta con los temas o cuestiones que están siendo objeto de debate en juicio entre los litigantes, ni de aquellas que deben ser probadas ante el tribunal para acreditar sus teorías del caso. En Devis Echandía, Hernando, *Teoría General de la Prueba*, tomo I, Víctor P. de Zavalía Editor, Buenos Aires, 1992, p. 133, se señala que la pertinencia de la prueba consiste en que haya alguna relación lógica o jurídica entre el medio y el hecho por probar.

<sup>281</sup> Acá estamos frente a un hecho que por su naturaleza o características es de conocimiento general, es decir, no requiere de acreditación ante el tribunal pues éste ya lo conoce de manera indubitada.

<sup>282</sup> Se trata de una regla ápticable a los testigos, peritos y documentos, en cuanto a la posibilidad de pedir su reducción en número cuando con ellos se pretenda acreditar un mismo hecho.

<sup>283</sup> Son aquellas que se ofrecen no necesariamente con el objetivo de acreditar algún hecho, sino más bien con la finalidad de extender el período probatorio más allá de lo razonable.

declaradas nulas<sup>284</sup>, y las obtenidas con inobservancia o vulneración de las garantías fundamentales, siendo estas últimas las que originan la denominada teoría de la prueba ilícita, cuya extensión y complejidad nos impiden tratarla en este momento<sup>285</sup>.

En definitiva, sólo podrán ser presentadas y producidas como prueba en el juicio oral aquellas evidencias recopiladas y ofrecidas por los litigantes, que hayan pasado por el tamiz de los debates sobre admisibilidad de la evidencia que deben verificarse en la audiencia de preparación de juicio oral.

Sólo a modo de referencia, debemos señalar que si bien en la etapa de investigación no parece razonable el solicitar una exclusión probatoria de manera directa al juez de garantía, salvo como se dijo al final de ésta en la audiencia de preparación de juicio oral, sí es perfectamente posible a nuestro juicio el que la defensa pueda plantear a propósito de la obtención de evidencia con vulneración de garantías constitucionales, que ella no sea considerada por el Juez al momento de debatir sobre la procedencia, mantención o revisión de una medida cautelar o respecto de una solicitud de una medida intrusiva<sup>286</sup>. Se trataría como ha señalado la doctrina de un caso de inutilizabilidad<sup>287</sup> de la evidencia ilícita. Su fundamento se encuentra en que no aparece como razonable en un estado de derecho que un juez de la República pueda afectar los derechos y garantías individuales de un ciudadano, como su libertad ambulatoria o la privacidad de sus hogar y comunicaciones fundado en un antecedente que luego no podrá considerarse al momento de conocer del juicio oral o al dictar su sentencia<sup>288</sup>.

<sup>284</sup> Obviamente si ya existe un pronunciamiento jurisdiccional en el sentido que una diligencia o actuación no se ha realizado cumpliendo los requisitos de existencia y validez, las evidencias que se obtengan como resultados de esa actuación o diligencia se encuentran viciadas por esa nulidad y no pueden ser llevadas a juicio.

<sup>285</sup> Sobre el particular ver, entre otros, Hernández, Héctor, *La exclusión de la prueba ilícita en el nuevo proceso penal chileno*, colección de investigaciones jurídicas, n° 2, Universidad Alberto Hurtado, Santiago, 2002; Zapata, María Francisca, *La prueba ilícita*, Lexis Nexis, Chile, 2004; Horvitz Lennon, María Inés y López Masle, Julián, *Derecho procesal penal chileno*, tomo II, *op. cit.*, ps. 164 a 226; Roxin, Claus, *Derecho procesal penal*, *op. cit.*, ps. 188-217.

<sup>286</sup> En ese sentido Horvitz Lennon, María Inés y López Masle, Julián, tomo II, *op. cit.*, ps. 204-206.

<sup>287</sup> Sobre la inutilizabilidad, ver *Ibidem*, ps. 210 a 212.

<sup>288</sup> En igual sentido, Cerda San Martín, Rodrigo, *Manual del sistema de justicia penal*, *op. cit.*, ps. 311 y 312.

Los debates sobre admisibilidad de la evidencia se han circunscrito entonces, por regla general, a la audiencia de preparación de juicio oral a fin de evitar que el tribunal de juicio oral tome conocimiento, prejuzgándose, de una evidencia que luego no podrá considerar al construir su razonamiento para resolver el caso en un juicio oral<sup>289/290</sup>.

Se debate el caso de aquella evidencia que siendo espuria supera la etapa de la audiencia de preparación sin ser excluida y llega a juicio, en tal evento la evidencia debe ser admitida y producida durante el juicio oral, pues el auto de apertura de juicio oral respecto de la prueba admitida tiene como naturaleza jurídica ser "...una sentencia interlocutoria de segundo grado que, una vez firme, produce el efecto de cosa juzgada"<sup>291</sup>. Además se aplicaría la institución de la preclusión al litigante que quisiera sostener ante el tribunal oral la inadmisibilidad de la evidencia, en aquellos casos en que no hubiere formulado esa petición ante el tribunal de garantía en la audiencia preparatoria o aun cuando habiéndola formulado, la decisión del juez de control haya sido rechazar la exclusión<sup>292</sup>.

El litigante afectado, si bien no puede pedir la exclusión directa de la evidencia, su inadmisibilidad, sí podría plantear su no valoración en los alegatos de clausura y el tribunal entonces podría no considerarla en su fallo para formar su convicción acerca de cómo ocurrieron los hechos, señalando el motivo claramente en su sentencia, pues no debe vulnerar la obligación que tiene de hacerse cargo de toda la evidencia rendida en juicio<sup>293</sup>.

<sup>289</sup> En igual sentido, Cerda San Martín, Rodrigo, *Manual del sistema de justicia penal*, op. cit., p. 313, donde expresa que la audiencia de preparación es la oportunidad legal por excelencia para controlar la licitud de la prueba, a través de la regla de exclusión.

<sup>290</sup> Horvitz Lennon, María Inés y López Masle, Julián, op. cit., tomo II, p. 179, señalan sobre el punto que si los jueces de juicio tuvieran que enfrentar el tema de la prueba ilícita al nivel de valoración, lo que sucedería es que los sentenciadores disfrazarían, en la fundamentación de la sentencia, el impacto que en su ánimo ha causado la prueba ilícita, acudiendo a la mención de elementos probatorios válidos para justificar una convicción que, en la realidad de los hechos, han formado en sus mentes considerando también la prueba ilícitamente obtenida.

<sup>291</sup> Cerda San Martín, Rodrigo, op. cit., p. 313.

<sup>292</sup> Así lo señalan, Horvitz Lennon, María Inés y López Masle, Julián, op. cit., tomo II, p. 197.

<sup>293</sup> En *Ibidem*, ps. 198 y 199, se señala que a pesar de todo lo dicho el tribunal oral, si tiene en ciertos casos la facultad de controlar admisibilidad probatoria, ello ocurriría por ejemplo cuando el debate de admisibilidad surja a propósito de incidencias generadas de la aplicación de normas que regulan el propio el juicio oral. Así ocurriría con la solicitud de incorporación por lectura de registros prohibidos, o de testigos que no se enmarquen en los supuestos de una prueba nueva. En

Se ha sostenido que el tema es siempre un problema de valoración y no de admisibilidad, es decir, toda evidencia declarada admisible para el juicio en la audiencia de preparación de juicio oral, puede<sup>294</sup> ser producida en juicio por la parte que la ofreció. Entonces no podrían los litigantes solicitar, ni el tribunal resolver que ese elemento de prueba que adolece de la ilicitud no pueda producirse en juicio, haciendo con ello un pronunciamiento sobre admisibilidad probatoria.

Lo que ocurre es que frente a un elemento de prueba ya producido en juicio el tribunal oral al valorarla en su sentencia optará por hacerlo de manera positiva, pues considera que no existen problemas en su obtención y que no vulnera garantías individuales, acogiendo como un elemento fundante de su convicción para dar por establecido determinados hechos, o por el contrario, según la tesis mayoritaria<sup>295</sup>, la valorará negativamente, señalando en el texto de su resolución porque le resta mérito probatorio para dar por acreditados determinados presupuestos fácticos, argumenta precisamente que el medio producido y valorado se ve afectado de un vicio de ilicitud o con su obtención se han conculcado garantías constitucionales de modo que su valor probatorio se ha visto seriamente afectado<sup>296</sup>.

Señalemos que existen ciertas hipótesis donde podría plantearse un debate de admisibilidad probatoria en juicio oral<sup>297</sup>. Así ocurrirá por ejemplo cuando se incidente para hacer uso de la facultad de alegar la existencia de una prueba nueva de la cual se desconocía su existencia hasta el momento en que el litigante plantea al tribunal de juicio la posibilidad de producirla en juicio; lo mismo ocurrirá en la hipótesis de que lo alegado sea la posibilidad de rendir una prueba sobre prueba cuando lo que esté en juego sea la autenticidad, veracidad

esos casos el pronunciamiento del tribunal oral se funda en su competencia para conocer y resolver incidentes en el juicio oral y las facultades de dirección y disciplina, en particular la de evitar que la rendición de las pruebas o las alegaciones de las partes se desvíen a puntos impertinentes o inadmisibles. Ver artículos 290, 292, 334 y 335 del Código Procesal Penal chileno.

<sup>294</sup> Señalamos puede y no debe, pues no debemos olvidar que la prueba es de parte y por tanto quien tiene una evidencia ya declarada admisible, puede perfectamente renunciar a rendirla en concreto en la audiencia de juicio.

<sup>295</sup> La jurisprudencia mayoritaria así lo sostiene, como también la mayor parte de la doctrina chilena.

<sup>296</sup> Para detalles de esta posición, ver Cerda San Martín, Rodrigo, op. cit., ps. 314 a 317.

<sup>297</sup> Sobre la prueba nueva y la prueba sobre prueba ver, Horvitz Lennon, María Inés y López Masle, Julián, op. cit., tomo II, ps. 325 a 327.

o integridad de una prueba rendida en juicio y no haya sido posible prever la necesidad de rendirla<sup>298</sup>.

Los debates sobre exclusión de prueba pueden llegar a tener tal relevancia en un caso concreto, que puede ocurrir que la fiscalía se quede sin las evidencias suficientes para acreditar el caso con el estándar exigido en el juicio oral. Eso ha llevado a que las legislaciones adopten ciertas medidas que permitan, ya sea que la resolución del tribunal que excluyó la prueba del Ministerio Público sea posible de ser recurrida a fin de que un tribunal distinto examine la procedencia de la exclusión ya decretada y/o su extensión, o que el Ministerio Público ante el hecho de no poder llevar parte o la totalidad de la evidencia ofrecida en su acusación, pueda reestudiar la situación pudiendo abandonar la persecución penal que intentaba hasta ese momento<sup>299</sup>.

## 8. DETECCIÓN DE LAS DEBILIDADES DEL CASO

Al llegar a esta etapa de la construcción de la teoría del caso nos encontramos con el trabajo prácticamente terminado, pues ya estamos en condiciones de ir a un juicio oral con nuestros objetivos generales y específicos ya determinados y sabiendo cuál es la evidencia que vamos a utilizar en él. Nos falta una cuestión asociada al control de calidad de lo que hemos realizado hasta el momento, que consiste en detectar las debilidades de nuestro trabajo<sup>300</sup>. Hecho esto sólo nos quedaría pendiente como veremos más adelante el dilucidar como desplegaremos todos nuestros recursos en la audiencia de juicio.

En esta fase de la construcción el litigante debe verificar la calidad del trabajo realizado hasta el momento para saber si su teoría del caso tiene o no debilidades y la entidad de las mismas.

<sup>298</sup> Ambas hipótesis esta contempladas en el artículo 336 del Código Procesal Penal chileno.

<sup>299</sup> El artículo 277 del CPP chileno, señala en su inciso tercero "Si se excluyeren, por resolución firme, pruebas de cargo que el Ministerio Público considere esenciales para sustentar su acusación en el juicio oral respectivo, el fiscal podrá solicitar el sobreseimiento definitivo de la causa ante el juez competente, el que la decretará en audiencia convocada al efecto".

<sup>300</sup> En talleres de capacitación "Nuevo proceso penal acusatorio", módulo 2, *Técnicas de sustentación y Litigación Oral*, Ministerio Público, Fiscalía de la Nación, Perú y la oficina contra la Droga y el Delito de Naciones Unidas, p. 7, se señala que el análisis de la teoría del caso exige del fiscal un considerable espíritu crítico, que suele ser llamado en los textos legales "principio de objetividad" como requisito de la labor fiscal.

El litigante deberá escudriñar y analizar en detalle su propia teoría del caso, pero también deberá avocarse al estudio de la posible o ya conocida teoría del caso de la contraria. Por ejemplo, cuando la abogado de un imputado sostenga una defensa de las que hemos denominada activa, por plantear un relato fáctico alternativo al del fiscal. Por un lado, debe preocuparse de identificar y trabajar las debilidades de su propio planteamiento estratégico, y al mismo tiempo, debe proceder a identificar las debilidades de la tesis de la contraparte, definiendo la manera de demostrarlas en el juicio y solicitando a partir de ello las consecuencias jurídicas pertinentes. En la medida que el litigante abarque el mayor conocimiento posible de lo que será debatido en juicio por los distintos litigantes, considerando fortalezas y debilidades de cada una de las teorías del caso sostenidas por ellos, sus posibilidades de tener un buen desempeño en juicio mejorarán sustantivamente<sup>301</sup>.

Cabe consignar que esta labor debe asumirse con gran seriedad y dedicación, pues muchas veces el orgullo profesional o la sobreestimación de nuestras capacidades como abogados nos lleva, usualmente, a tomar esta etapa de la construcción de la teoría del caso sin toda la fuerza e interés necesarios, ya sea por nuestra sobrevaloración personal o, peor, por la subestimación que hacemos de nuestra contraparte y sus capacidades. No es desatinado pensar, como dice Carlos Ríos, que los grandes errores de prestigiosos abogados suelen provenir de la inobservancia de esta regla, pues creyendo en la inferioridad de su contrincante tienden a relajarse en la elaboración de la estrategia y llegan a los debates desprevenidos, lo cual puede depararles más de una sorpresa desagradable<sup>302</sup>.

Es recomendable que esta labor de chequeo se haga colectivamente, es decir, por un grupo de personas, sin que necesariamente todos sean letrados, o al menos, por otro abogado, pues es muy difícil que quien ha elaborado concienzudamente la teoría del caso vea sus eventuales defectos al revisarla; por el contrario, normalmente lo que ocurrirá es que tienda a ratificarla y a considerar que no tiene mayores problemas o dificultades. Muchas veces sólo el ojo de un tercero desprejuiciado hará

<sup>301</sup> Sun Tzu, *op. cit.*, p. 45, señala, "El conocer al otro y conocerse uno mismo, significa que no haya pérdidas en cien batallas. No conocer al otro y conocerse uno mismo, significa victoria por derrota. No conocer al otro y no conocerse uno mismo, significa que cada batalla será una derrota segura.

<sup>302</sup> Ríos, Carlos Ignacio, *op. cit.*, p. 30.

volver a la realidad al litigante, mostrándole aquellos aspectos que requieren de un reforzamiento o de un nuevo estudio antes de seguir adelante.

Este análisis destinado a determinar las posibles debilidades del caso será de gran utilidad, pues si ellas existen el litigante debe decidir qué hacer en adelante. Para ello, deberá distinguir si la debilidad la detecta durante la etapa de investigación o si está en presencia de una debilidad que, pese a que la detectó oportunamente y que hizo todo lo posible por hacerla desaparecer o morigerarla, subsiste al momento que la causa va a juicio oral. Así distinguiremos:

- a. Si el defecto o debilidad es detectado en una etapa procesal en que todavía no ha culminado la investigación.

Lo que corresponde en este caso es dimensionar su relevancia en relación a la teoría del caso, cuantificando de qué manera puede influir en que ésta no resulte acreditada o se vea afectada en su aceptación de acreditarse la debilidad o defecto.

*1. Si se avizora la posibilidad de que la teoría del caso del litigante se vea seria y altamente afectada, y no se ve razonablemente la posibilidad de fortalecerla, pues no se tiene más evidencia que la ya reunida para acreditarla, deberá el litigante optar por alguna de las siguientes posturas:*

- 1) Re direccionar su investigación, con la finalidad de modificar su primitiva teoría del caso o definitivamente abandonarla por otra<sup>303</sup>; o
- 2) Utilizar la debilidad del caso, como un baremo de negociación, explorando con la contraparte la posibilidad de que la causa termine no por la vía del juicio oral, sino a través de una salida alternativa o un procedimiento especial, como el abreviado<sup>304</sup>.

<sup>303</sup> Por ejemplo, pasar de sostener la figura agravada de un ilícito a su figura simple por no ser susceptible de acreditar debidamente los presupuestos fácticos de la figura agravada: de un robo calificado a un robo simple; o pasar de un ilícito a otro, verbigracia de una violación a un caso de abusos sexuales.

<sup>304</sup> Evidentemente las condiciones más o menos favorables de dicha negociación van a depender, entre otras cosas, del mayor o menor conocimiento que tenga una parte de las debilidades del caso de su contraparte, de la mayor o menor gravedad de éstas y de sus propias falencias en acreditar su teoría del caso.

*II. Si la debilidad o defecto detectado aparece como subsanable.*

Lo que corresponde es focalizar el tiempo que queda de investigación en fortalecer aquellos aspectos deficitarios del caso, como podría ser la búsqueda de determinadas evidencias que permitan sostener o reforzar las proposiciones fácticas más débiles; la diversificación de evidencias que sustenten una misma proposición fáctica; la búsqueda de una justificación razonable o plausible para estar en condiciones de generar una explicación razonable de la debilidad ante los jueces de juicio, sin que la credibilidad de la evidencia o del caso se vean afectadas en la valoración de los jueces, etcétera.

- b. Si una debilidad gravitante ha subsistido pese a todos los esfuerzos de la parte y ya no queda tiempo, pues la investigación se encuentra cerrada y el paso siguiente en el proceso es el juicio oral, el litigante deberá, nuevamente, optar por uno de estos tres caminos:

*1. No utilizar esa evidencia en el juicio.*

Teóricamente es la vía más recomendable, pero a veces imposible de llevar a efecto en la práctica. Corresponderá, desechar esa evidencia y no ofrecerla en la audiencia de preparación de juicio oral, y tratar de acreditar las proposiciones fácticas que se sostenían en esa evidencia con otras de las evidencias recopiladas por la parte y que puedan cumplir ese objetivo.

Sostenemos que esta es la opción que debiera utilizarse cada vez que sea posible, pues de lo contrario estamos por incorporar un serio factor de riesgo al futuro juicio llevando una evidencia que, probablemente, nos acreerá dificultades al ser desnudada su debilidad en juicio por la contraria.

El problema de esta opción es que ella supone una situación de hecho que no siempre se presenta en la realidad: la existencia de otras evidencias a las que pueda recurrir el litigante para probar al tribunal aquellas proposiciones fácticas que se sostenían en la evidencia que presenta la seria debilidad.

*II. Anticipar el conocimiento de la debilidad.*

De lo que se trata es que el litigante que va a producir en juicio una evidencia que presenta una debilidad importante proceda mediante el interrogatorio directo, de ésta o de quien acreditará la evidencia material o documentos, a develar la debilidad o defecto a los miembros del tribunal, sin esperar que sea la contraparte la que las exponga en el ejercicio de su facultad de contraexaminar, ello con el propósito de tra-



tar de disminuir el impacto que la debilidad en cuestión pueda generar en la valoración de la evidencia que efectuará el tribunal.

Optar por anticipar a los jueces el conocimiento de la debilidad poniéndola en el tapete, por ejemplo, mediante el interrogatorio directo del declarante afectado por la debilidad, genera a nuestro juicio externalidades positivas<sup>305/306</sup>:

1) El litigante ganará credibilidad ante el tribunal, pues éste sabe que mucha de la evidencia que se presenta en un juicio, particularmente los testigos, puede tener ciertas debilidades o temas que afecten su credibilidad y, por lo mismo, que ello aparezca durante el interrogatorio de quien presenta la debilidad muestra al tribunal una prueba más acorde con la realidad, con las máximas de la experiencia y el sentido común, donde los testigos perfectos, esto es, que no tienen mácula alguna son prácticamente inexistentes.

2) Permite al litigante, por la técnica de las preguntas propias de un examen directo<sup>307</sup>, adentrarse en la debilidad para tratar de explicarla y, a veces, justificarla de manera tal que al término de su interrogatorio y dadas las respuestas del declarante, el tribunal del juicio pueda concluir que pese a la existencia de la debilidad, ella no es suficiente para que en la valoración de su declaración se le considere un factor relevante al momento de ponderar negativamente su credibilidad<sup>308</sup>.

3) Evita que el abogado se exponga a poner en juego su credibilidad personal ante el tribunal, pues si la debilidad no es

<sup>305</sup> Obviamente, proceder de esta manera supone al menos que el litigante proyecte que aun estableciéndose la debilidad en el juicio, ella podrá razonablemente ser explicada, justificada o, al menos, que su afirmación en juicio no debiera llevar al tribunal a desechar por completo la evidencia.

<sup>306</sup> No todos tienen la misma opinión así Hegland, Kenney F., *op. cit.*, ps. 95-97, quien entre otras cosas señala: el viejo proverbio afirma que se debe traer a colación el material que perjudica su propia tesis antes de que lo haga el contrario; de este modo, se "le quita el filo". Como veremos, hay circunstancias en que esa actitud es sensata. Pero si uno exagera, su argumentación se convierte en una prolongada disculpa. Más adelante indica que igual el tema puede ser abordado por la contraparte para repetir la información perjudicial, dada la lógica en que opera la objeción de las preguntas repetitivas, que sólo afectan al que formula la pregunta ya contestada, pero no a la contraparte.

<sup>307</sup> Mediante la pregunta abierta, porque es posible indagar sobre el origen o la justificación de la debilidad.

<sup>308</sup> Cuestiones como el consumo de drogas o alcohol, que a primera vista pueden ser un factor a considerar para restar credibilidad a un testimonio, pueden ceder frente a una explicación razonable.

expuesta por él sino que sólo aparece en el contraexamen de la contraria, el tribunal de juicio no sólo vera afectada en mayor o menor medida su juicio de credibilidad de la evidencia cuyo defecto se le ha develado, sino que puede, razonablemente, estimar que el litigante en cuestión le ha ocultado, a sabiendas, información de importancia al tribunal.

### III. Ocultar la debilidad.

Si nos encontramos frente a una situación en que una o más de las evidencias esenciales con las que cuenta el litigante presentan una seria debilidad y no son sustituibles por otra u otras evidencias que permitan acreditar esa o esas proposiciones fácticas centrales en la estructura de su teoría del caso, el letrado puede optar por tomar la decisión de llevar a juicio la evidencia y producirla en el debate sin mencionar la debilidad que la afecta<sup>309</sup>.

El litigante actuará al momento de rendirse la evidencia en cuestión como si ella no tuviera debilidad alguna, con la esperanza de que su contraparte no la haya descubierto y por lo mismo no pueda develarla ante tribunal, aspirando con ello a que la valoración judicial de esa evidencia no se verá afectada por la debilidad que de hecho posee, pues el tribunal no ha tomado conocimiento de ésta.

Nos parece que la opción de ocultar la debilidad debiera, por regla general, desecharse<sup>310</sup>, pues la práctica enseña que las contrapartes sí son diligentes, por regla general, y por tanto sí descubrirán la debilidad de la evidencia y la harán presente en la audiencia del juicio. Si ello ocurre respecto de un declarante, la debilidad será demostrada al tribunal mediante su conainterrogatorio sin permitir que el declarante pueda explicar o justificar la supuesta debilidad en ese momento, aun cuando de haber podido dar explicaciones, ellas hubieren sido tan

<sup>309</sup> El caso que comento también supone una ponderación por parte del litigante en orden a establecer la necesidad de utilizar esa o esas evidencias para acreditar su teoría del caso, cuestión superior o más relevante que los efectos negativos que acarrearía para su caso la posibilidad de que la debilidad de la evidencia sea establecida en juicio por su contraria.

<sup>310</sup> Insistimos en la mayoría de los casos debiera desecharse esta opción, sin perjuicio de reconocer que pueden haber casos en que lo único razonable de hacer es jugarse por presentar esa evidencia ocultando la debilidad, pues esa evidencia es la única que permite sostener una o más proposiciones fácticas y el litigante no tiene como aminorar el impacto que en ella genera la existencia de la debilidad.

plausibles que en definitiva podrían haber logrado que el tribunal la desechare al momento de valorar su declaración<sup>311/312</sup>.

Culminado el proceso de detección de las debilidades y el haber determinado el camino más idóneo para su tratamiento, el litigante se encontrará en el punto de tener una teoría del caso definida. Está en condiciones ya sea de deducir formalmente su acusación, estableciendo la o las acusaciones que sostendrá en juicio y la evidencia que las justifica, o estará en condiciones de contestar la o las acusaciones deducidas en contra de su representado y ofrecer los medios de prueba necesarios y pertinentes sea para acreditar su propia versión de los hechos y/o para impugnar la acusación.

Todavía, como se dijo más arriba, la causa podría culminar por un último esfuerzo de negociación entre los litigantes, sin que deba necesariamente ir a juicio. Se trataría de una negociación en un espacio de pleno conocimiento de los litigantes de las fortalezas y debilidades de sus teorías del caso.

Si este último estadio de negociación no fructifica, entonces los litigantes deberán asumir dos tareas más a fin de dilucidar cuál es la forma más eficiente y eficaz de presentar su teoría del caso ante el tribunal oral en lo penal que ha de conocer el juicio. En efecto, los litigantes deberán por una parte clasificar las evidencias que pretenden producir en juicio a fin de establecer cuáles serán los énfasis que habrán de poner en el uso de las técnicas de litigación y, por otra parte, deberán abocarse a una serie de aspectos formales destinados a decidir la mejor forma de presentar su historia y la evidencia que la sustenta al tribunal

<sup>311</sup> Hegland Kenney F., *op. cit.* p. 45, escribe sobre lo que denomina prueba de omisión, para decidir si omite o no una debilidad al tribunal, para ello se pregunta: cuando mi antagonista traiga a colación el hecho, ¿experimentará el tribunal una sensación de traición?, ¿tiene el hecho tanta importancia que la omisión es engañosa?

<sup>312</sup> Lo dicho es sin perjuicio de la facultad que ordinariamente se concede en las técnicas de litigación a quien presentó el testigo que adolecía de una debilidad, de volver a interrogarlo una vez culminado su contraexamen. Este nuevo interrogatorio tiene por finalidad precisamente explicar o justificar las debilidades o inconsistencias que aparecieron en el contrainterrogatorio rehabilitando a la fuente de prueba ante el tribunal. A esta práctica se ha llegado en Chile mediante una interpretación de la regla del artículo 329 del CPP, que señala "A solicitud de alguna de las partes, el tribunal podrá autorizar un nuevo interrogatorio de los testigos o peritos que ya hubieren declarado en la audiencia".

a fin de persuadirle y generar convicción en él de aceptar en definitiva la teoría del caso sustentada por el litigante en cuestión. Aspectos como el orden de presentación de la evidencia, la determinación de alguna evidencia como el eje de la presentación del resto de la prueba o el establecimiento de bloques de información serán en este ámbito la preocupación del litigante.

## 9. CLASIFICACIÓN DE LA EVIDENCIA

Una vez agotada la labor de determinar cual o cuales de las evidencias recopiladas en la etapa de investigación serán utilizadas para acreditar cada una de las proposiciones fácticas del caso e identificadas las debilidades del trabajo hasta ahora efectuado, el litigante debe proceder a clasificar la evidencia que ha seleccionado llevar al juicio, desde una perspectiva de la litigación oral<sup>313</sup>.

En concreto, se trata de agrupar la evidencia reunida según ciertos criterios que orientarán el desempeño del litigante en la audiencia de juicio oral al presentar cada una de ellas, para hacerlo de la forma más eficiente, la que cause mayor persuasión en el tribunal. Para cumplir este objetivo deberá tomar en consideración cuestiones tales como: la oportunidad de la presentación, los énfasis de los interrogatorios, los alcances de la evidencia aportada, etcétera.

Desde una perspectiva centrada en la litigación, serán, siguiendo a Bergman, dos los criterios para clasificar la evidencia<sup>314</sup>:

- a. Según el contenido o naturaleza de la evidencia;
- b. según su relación con los hechos a acreditar.

### 9.1. Según el contenido o naturaleza de la evidencia

Acá encontramos distintos tipos de evidencia, desde las que tienen por finalidad acreditar o negar la ocurrencia de un hecho, hasta aquellas cuyo propósito es reafirmar una evidencia ya presentada, explicar

<sup>313</sup> No se trata de aquellas clasificaciones propias de la prueba legal o tasada, que distingúan entre los medios según su fuerza probatoria, si eran o no preconstituidas u otros criterios que no tienen mayor relevancia en cuanto a la prueba a rendirse en un juicio oral.

<sup>314</sup> Bergman, Paul, *op. cit.*, ps. 26 a 33.

el por qué ocurrió un hecho, etcétera. En este criterio podemos distinguir los siguientes tipos de evidencia:

### 9.1.1. Evidencia afirmativa

Es aquella en virtud de la cual el litigante acredita ante el tribunal la existencia de una proposición fáctica, da cuenta de la ocurrencia de un hecho pertinente y relevante para la resolución del caso, al decir de Bergman, es la que recae en los hechos que tienden a demostrar la exactitud de una proposición fáctica<sup>315</sup>. Un ejemplo clásico será la declaración prestada en el juicio por la víctima respecto de lo que le ocurrió, o la declaración de un testigo presencial.

Gran parte de la evidencia que se produce en un juicio oral tiene el carácter de afirmativa, mediante su utilización se puede construir y acreditar ante el tribunal nuestro relato de que fue lo que ocurrió.

### 9.1.2. Evidencia de refutación<sup>316</sup>

Es aquella destinada, fundamentalmente, a negar la existencia de un hecho o proposición fáctica alegada por la contraria, confrontar o debilitar las evidencias afirmativas aportadas por la contraparte. Como señala Bergman, ella tiende a debilitar la prueba afirmativa del adversario, aunque no sea parte de nuestra narración afirmativa<sup>317/318</sup>.

Esta refutación puede originarse a través de la declaración de testigos que nieguen la existencia de los hechos aseverados por los declarantes de la contraparte, o por peritajes que demuestren la imposibilidad de que los hechos hubiesen ocurrido como afirma la prueba contraria; mediante la incorporación a juicio de objetos o documentos que no hagan verosímil

<sup>315</sup> *Ibidem*, p. 26.

<sup>316</sup> Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española*, *op. cit.*, define refutación como la acción y efecto de refutar; argumento o prueba cuyo objeto es destruir las razones del contrario.

<sup>317</sup> Bergman, Paul, *op. cit.*, p. 27.

<sup>318</sup> Un ejemplo de lo dicho ocurre cuando se presenta a los jueces información a través de las preguntas de desacreditación, destinadas a afectar la credibilidad personal de un declarante de la parte contraria. Estos hechos aportados en el contraexamen son claramente una evidencia de refutación, pero por otra parte, los hechos que constituyen esta refutación no forman parte integrante del eventual relato afirmativo que pueda sostener la parte que contraexamina,

o sostenible esa versión; o mediante la acreditación en juicio de ciertos hechos que impactan en la veracidad de un relato, la credibilidad de un declarante o ponen en juego la credibilidad de una evidencia material.

La manifestación en juicio de la denominada evidencia de refutación puede ocurrir de dos formas diferentes:

#### 1) Como simple negación.

Consiste en presentar ante el tribunal una evidencia que confronta la veracidad o exactitud de una proposición fáctica, sostenida en la prueba afirmativa rendida por la contraparte, con la finalidad de que el tribunal reste o niegue valor probatorio a esa evidencia afirmativa<sup>319</sup>. Un ejemplo sería presentar en juicio un testigo que niegue lo afirmado por un declarante de la contraria, sin agregar más<sup>320</sup>; o el testimonio del propio acusado si ha decidido declarar en el juicio, y en él niega su participación en los hechos sin aportar otros antecedentes.

#### 2) Negación por conclusión<sup>321</sup>.

La otra forma de hacer valer una refutación es aquella en que lo atacado no es directamente la evidencia, sino las conclusiones o razonamientos que a partir de esa evidencia, ya producida, la parte que la presenta desprende. Procede precisamente cuando la contraparte ha hecho valer en su favor evidencia de carácter indirecta o circunstancial.

Se trata aquí, por una parte, de aceptar el presupuesto material en que se basa la proposición fáctica esgrimida por la contraria, pero a su vez señalar al tribunal que pese a haberse establecido dicho presupuesto, de él no pueden deducirse las conclusiones o razonamientos sostenidos por el contradictor que permitirían acreditar ante el tribunal la proposición fáctica buscada, sino que es posible desprender otras conclusiones o proposiciones fácticas que se indicarán expresamente

<sup>319</sup> Es posible sostener, cuando existen versiones distintas sostenidas por las partes en juicio, que de alguna manera la evidencia afirmativa producida por una de ellas, además tiene el carácter de evidencia de refutación o contradicción de la versión sostenida por la contraria.

<sup>320</sup> Bergman, Paul, *op. cit.*, p. 25, señala que uno intenta demostrar una proposición fáctica incluso cuando ésta es sólo la reformulación negativa de una proposición del demandante.

<sup>321</sup> *Ibidem*, p. 27, se refiere a esta forma de evidencia de refutación, como "reconocer y explicar", al señalar que consiste en aceptar la exactitud de la prueba del adversario, pero pidiendo al juzgador que extraiga una inferencia que difiere de la que la contraparte solicita.

al tribunal. Estaremos en este caso, normalmente, frente a evidencia de carácter indiciaria, de la cual la contraria extrae una determinada conclusión, la que no es compartida por el otro litigante, y respecto de la cual demostrará que es posible extraer con igual o mayor certeza otra conclusión o sostener una versión fáctica alternativa<sup>322</sup>.

### 9.1.3. Evidencia explicativa

Es aquella que permite al tribunal comprender mejor o de la manera querida por el litigante una proposición fáctica acreditada en el juicio. En numerosas ocasiones nos encontraremos frente a juicios en que si bien los hechos constitutivos del tipo penal se han acreditado de manera razonable, al tribunal que ha de resolver, y probablemente a los demás intervinientes y público también, les quedan dudas respecto del por qué ocurrieron los hechos de esa manera o qué motivó los comportamientos y acciones de los involucrados.

En estos casos, el presentar evidencia sobre los móviles o motivaciones de una determinada conducta o pericias que permitan comprender determinados fenómenos físicos o psicológicos, permiten que el tribunal pueda razonadamente dar cuenta en su sentencia de por qué los hechos probados sucedieron de una determinada manera y no de otra.

En definitiva, como dice Bergman, la prueba explicativa tiende a apoyar las proposiciones fácticas al suministrar razones que explican por qué los hechos ocurrieron como uno afirma<sup>323/324</sup>.

### 9.1.4. Evidencia emocional o persuasiva

Se trata de aquella evidencia que explota el hecho de que el relato que se pretende acreditar lo está siendo ante jueces que, como to-

<sup>322</sup> Recordemos aquí lo que Duce y Baytelman denominan el test de superposición de proposiciones fácticas, esto es la posibilidad de que una misma afirmación sea utilizada por ambos litigantes como integrante del relato que pretenden acreditar ante el tribunal.

<sup>323</sup> Bergman, Paul, *op. cit.*, p. 29.

<sup>324</sup> Un ejemplo de lo dicho sería el caso de una investigación por un robo a un local comercial. Si este hubiere ocurrido a las 21.00 horas en circunstancias que ordinariamente el negocio deja de atender público a las 18.00 horas, al tribunal le interesará saber por qué ese día el negocio se encontraba abierto hasta tan tarde, excediendo su horario de funcionamiento ordinario.

dos nosotros, tienen sus propias valoraciones y percepciones de la realidad. Ellos enfrentan el relato que se les presenta con un marco valórico y de conocimientos estructurado durante toda su vida. La imparcialidad del tribunal, nunca evita que en mayor o menor medida ese conocimiento y valores acumulados que tenemos los seres humanos y, por cierto los jueces, no aflore en algún grado al momento de percibir la prueba y luego al valorarla<sup>325</sup>.

En vez de negar este fenómeno es mejor estratégicamente aprovecharlo en nuestro beneficio en un juicio. Para ello recurriremos en las argumentaciones y preguntas, a las máximas de la experiencia, la lógica, los conocimientos científicamente afianzados y además a explotar, cuando sea beneficioso para nuestra teoría del caso, la emotividad del caso.

Siempre, se ha señalado que este tipo de evidencia sólo produce efecto respecto de los juicios por jurados, que a sus integrantes sí es posible conmoverlos, pero que ello no ocurriría con jueces profesionales. Me parece que tal aseveración desconoce el hecho de que los jueces son seres humanos como cualquiera de nosotros y que difícilmente podrán desprenderse de todo su acervo de formación personal, sus prejuicios, creencias religiosas, valores o experiencia acumulada al momento de resolver un caso concreto. Sin duda, el hecho de tener que fundar sus resoluciones los obligará a expresar la razones en virtud de las cuales llegan a las conclusiones que expresen en sus fallos, pero ello no impide que al aproximarse a los hechos o al momento de dar o no por acreditado un elemento fáctico, las particularidades de su "personalidad" no jueguen un rol más que relevante en la toma de sus decisiones<sup>326</sup>.

Todo lo dicho nos obliga como litigantes, a incorporar como un ítem a considerar al llevar una causa a juicio, el tener antecedentes del tribunal que conocerá de nuestra causa. En efecto, debemos tener un record de cada uno de los jueces que integra el tribunal y de los parámetros que con el tiempo han ido repitiendo en sus fallos tanto individualmente o como tribunal colegiado.

<sup>325</sup> DeShazo, Andrea, *op. cit.*, p. 44, donde se señala que los jueces de todo el mundo examinan un caso desde el punto de vista jurídico y, asimismo, del lado humano. Sería imposible que un juez no fuese afectado por sus experiencias, ideologías, formación como abogado, predisposiciones, etcétera.

<sup>326</sup> Como señala Bergman, Paul, *op. cit.*, p. 29, la evidencia emocional por lo menos, en un nivel subconsciente, puede determinar cuál es el relato más verosímil en la opinión de un juzgador.

### 9.1.5. Evidencia de credibilidad<sup>327</sup>

Es aquella en virtud de la cual, si bien no vamos a construir el núcleo central de nuestro relato y las proposiciones fácticas que los sostienen, sí nos permitirá darle un mayor soporte o verosimilitud. Como señala Rodrigo Cerda, permite valorar la fiabilidad de un medio de prueba, permiten extraer una conclusión de la calidad de un elemento probatorio<sup>328</sup>. Al decir de Bergman, afecta la verosimilitud y el carácter más o menos fidedigno de los relatos<sup>329</sup>.

En muchos casos esta prueba tiene por finalidad asentar o dar mayor fuerza probatoria a una evidencia ya presentada en el juicio, que se ve reforzada por la evidencia de credibilidad. Así, por ejemplo, ocurre con aquellos testigos que por una parte se presentan para resaltar la credibilidad de otro declarante, como ocurre con los denominados testigos de conducta del acusado, quienes lo que hacen en definitiva es sentar bases de credibilidad ante el tribunal sobre su persona o testimonio.

La información que permite reforzar la credibilidad y por tanto la calidad de un medio de prueba puede obtenerse del mismo medio de prueba, como ocurrirá con los testigos o los peritos, respecto de los cuales el litigante deberá con sus preguntas proporcionar información al tribunal que los haga creíbles, por ejemplo acreditar específicamente al perito en el área de la pericia que éste ha practicado o preguntar al testigo sobre antecedentes que confirmen la verosimilitud de su relato, como ocurriría respecto de alguien que no sólo es capaz de decir que vio, sino que justificar adecuadamente por qué en la posición en que se encontraba pudo ver con claridad lo declarado.

La evidencia de credibilidad puede provenir también de otra fuente de información o evidencia que viene a reforzar a otro medio probatorio, como por ejemplo resaltar las cualidades personales de un declarante que lo hacen creíble y objetivo, o pueden venir a aportar antecedentes relevantes para reforzar la credibilidad ya no del declarante sino de su

<sup>327</sup> Siguiendo a Roxin, Claus, *op. cit.*, p. 187, es aquella evidencia destinada a probar hechos que ayudan a la prueba. Son hechos como señala el autor que permiten extraer una conclusión de la calidad de un medio de prueba, por ej. la veracidad o la memoria de un testigo.

<sup>328</sup> Cerda San Martín, Rodrigo, *op. cit.*, p. 271.

<sup>329</sup> Bergman, Paul, *op. cit.*, p. 28.

testimonio, como ocurre usualmente hoy en día en ciertos ilícitos sexuales con el testimonio de psicólogos en apoyo de la credibilidad del relato de un menor objeto de abuso sexual<sup>330</sup>.

En ocasiones, será esta clase de evidencia la que permitirá que un tribunal de juicio pueda optar entre dos relatos que sean contradictorios<sup>331</sup>, cuando no existan en los testimonios elementos que permitan hacer primar unos sobre otros, deberá en ese caso recurrir el tribunal a otras pruebas que refuercen el testimonio de algunos de esos declarantes y fundamentalmente a toda aquella evidencia o información que se haya relevado por los litigantes sobre factores que influyan en la credibilidad personal de cada uno de quienes declararon en juicio.

De lo dicho se desprende la necesidad de abordar el interrogatorio encaminado a la acreditación de un declarante con seriedad y sentido estratégico, y no como una mera obligación procesal sin sentido<sup>332</sup>, pues puede ocurrir que sea precisamente la información obtenida durante la acreditación de un declarante la que al momento de la valoración de su declaración incline al juez a aceptar ese testimonio por sobre otro, que si bien contradijo al primero, no aportó ninguna información de interés para el tribunal tendiente a que éste pudiere formarse un juicio de credibilidad personal sobre la persona del interrogado. En ese contexto es posible que lo que defina cual testimonio prima en la valoración del tribunal no sea el aporte de los declarantes sobre los hechos, sino quien es la persona que aporta esa información.

Será necesario, como veremos más adelante, interrogar al declarante para que este proporcione al tribunal información referida entre otras cosas, a actividades, características de la personalidad, valores, creen-

<sup>330</sup> Sobre la procedencia de las pericias como verdaderas evidencias de credibilidad, ver a Duce Julio, Mauricio, "La prueba pericial y su admisibilidad a juicio en el nuevo proceso penal", *Revista Procesal Penal*, n° 37, Lexis Nexis, 2005, ps. 11-45.

<sup>331</sup> Así lo afirma Bergman, Paul, *op. cit.*, p. 28 al señalar que la evidencia de credibilidad aporta al juzgador una base para elegir entre historias contrarias.

<sup>332</sup> Nada aportan, hoy en día, la mayoría de las preguntas destinadas a la acreditación de un declarante, pues ellas indagan sobre aspectos que en nada ayudan a que el tribunal pueda formarse un juicio de credibilidad sobre el declarante. Nos referimos a las típicas preguntas sobre si alguien es casado, tiene hijos, o si trabaja, sin indagar más profundamente sobre esos temas. Nadie podría sostener seriamente que quien es casado es más creíble que quien es soltero, por ese sólo antecedente.

cias, experiencias de vida que permitan al tribunal formarse un juicio sobre la credibilidad personal del declarante.

## 9.2. Según su relación con los hechos a acreditar

No toda evidencia es capaz por sí sola de dar por acreditada una proposición fáctica de nuestro relato, muchas veces se requiere reunir varias evidencias que indirectamente permiten afirmar el hecho sostenido por el litigante, pero que analizadas todas en conjunto por el tribunal le permiten a través de una inferencia lógica dar por establecido el hecho pretendido por el litigante. Nos referimos en definitiva a la fuerza demostrativa que tiene la evidencia<sup>333</sup>. Lo anterior nos permite diferenciar entre evidencia directa y evidencia indirecta o indiciaria<sup>334</sup>.

### 9.2.1. La evidencia directa<sup>335</sup>

Es aquella que una vez rendida en la audiencia del juicio oral, es suficiente o bastante para acreditar por sí sola una proposición fáctica<sup>336</sup>. De su sola apreciación se desprende nítido el hecho a acreditar, no se requiere de parte del tribunal ningún razonamiento especial<sup>337</sup>. Al decir de Bergman, demuestra una proposición fáctica sin necesidad de que haya una inferencia<sup>338</sup>. Como señala Traversi, la distinción entre estos dos tipos de prueba se funda no ya en el valor intrínseco de cada medio de prueba abstractamente considerado, sino en la correlación perceptible en concreto entre el medio de prueba y el hecho que hay que probar<sup>339</sup>.

<sup>333</sup> En *Técnicas del Juicio Oral en el sistema penal colombiano*, op. cit., p. 109.

<sup>334</sup> En el derecho anglosajón hablaríamos de evidencia directa y evidencia circunstancial.

<sup>335</sup> Traversi, Alessandro, op. cit., p. 48, las define como aquellas que facilitan la representación directa del hecho-delito objeto de la imputación.

<sup>336</sup> En *Técnicas del Juicio Oral en el sistema penal colombiano*, op. cit., p. 109, se le define como aquella que establece la existencia del hecho en forma inmediata.

<sup>337</sup> Roxin, Claus, op. cit., ps. 186 y 187, esta evidencia directa serviría para acreditar lo que el autor denomina hechos directamente importantes, entre los cuales se cuentan todas las circunstancias que fundamentan por sí mismas la punibilidad o la excluyen.

<sup>338</sup> Bergman, Paul, op. cit., p. 30.

<sup>339</sup> Traversi, Alessandro, op. cit., p. 49.

Nos enfrentamos a esta situación cuando, por ejemplo, ha prestado testimonio en el juicio un testigo presencial de los hechos que ha pasado airoso el test del contrainterrogatorio. Si él nos dijo que vio a Juan cuando se abalanzó sobre Jorge con un cuchillo en su mano derecha y que luego se lo clavó en repetidas ocasiones en el pecho, la verdad es que nos encontramos ante un testimonio que nos pone en la obligación, simplificando las cosas, de creerle o no; si supera el contrainterrogatorio de forma satisfactoria y no hay otra evidencia o criterio de valoración que la contradiga, no nos quedaría otra opción que dar por cierto lo que el testigo ha señalado.

Lo dicho podría cambiar, sustancialmente, si existieren factores personales del testigo que afectaren seriamente su credibilidad como persona, más allá de las bondades de su testimonio ya prestado en el juicio, por ejemplo, que quien declara es un conocido y manifiesto enemigo de Juan o que posee otras características personales o en su historia personal que pueden hacer dudar de su credibilidad, por ejemplo, ha recibido pagos por declarar en otros juicios. Todas estas situaciones pueden afectar seriamente un testimonio que en principio parecía muy fuerte.

El litigante, frente a una evidencia directa, particularmente frente a un declarante (testigo<sup>340</sup>, perito o imputado) deberá poner particularmente énfasis en aquellos antecedentes destinados ya sea a sostener o impugnar su credibilidad personal o de su testimonio, según se trate de un declarante propio o ajeno<sup>341</sup>. Pasarán a tener mucha relevancia las preguntas destinadas a la acreditación del declarante, esto es, aquellas cuya finalidad no es entrar en los hechos debatidos en el juicio sino en presentar al declarante al tribunal resaltando en él todas aquellas características y circunstancias que lo hagan más creíble para el tribunal y aquellas destinadas a aportar antecedentes que justifiquen, den mayor verosimilitud a la declaración del deponente, que nos digan por qué pudo ver, oír o conocer de los hechos sobre los que depone.

<sup>340</sup> Incluimos en esa categoría a la víctima.

<sup>341</sup> En igual sentido Bergman, Paul, op. cit., p. 30.

### 9.2.2. Evidencia indiciaria o circunstancial<sup>342/343</sup>

Es aquella que por sí sola no es capaz de acreditar una proposición fáctica de aquellas que hemos denominado directa o principal, sino solo una proposición fáctica circunstancial, esto es un hecho o indicio que requiere para que de él se pueda inferir la proposición fáctica principal, de un razonamiento lógico del tribunal, el cual a partir de ese indicio<sup>344</sup> o de un conjunto de ellos acreditados en el juicio le permiten llegar a dar por establecida una proposición fáctica que fluye directa e inequívocamente de aquellas evidencias indiciarias acreditadas, como la conclusión única y razonable<sup>345</sup>.

Esta o estas evidencias circunstanciales permiten la acreditación en el juicio oral de una proposición fáctica principal a través de un razonamiento judicial inferencial<sup>346</sup>. Entenderemos por inferencia, siguiendo a Bergman, un nexo mental entre un elemento de prueba y una conclusión<sup>347</sup>.

Si estamos frente a una evidencia de estas características, el deber de un litigante que actúa de manera estratégica en el juicio es hacerse cargo de esto. En efecto, deberá al menos preocuparse de dos cuestiones fundamentales:

En primer lugar, presentar de la forma más certera posible cada uno de los indicios de los cuales se desprende la conclusión buscada. Para ello

<sup>342</sup> Traversi, Alessandro, *op. cit.*, p. 52, define indicio, como aquel que demuestra la existencia de un hecho secundario, es decir, de un hecho conocido desde el que es posible remontarse, a través de un razonamiento lógico, al hecho ignorado que hay que probar.

<sup>343</sup> En *Técnicas del juicio oral en el sistema penal colombiano*, *op. cit.*, p. 109, se expresa que en materia testimonial, también se le ha denominado evidencia indirecta, pues el deponente declara no sobre la acción misma, que no presenció, sino su momento inmediato posterior. Señala el siguiente ejemplo: el caso del testigo que oyó un grito, volvió a ver y pudo constatar que el ofendido estaba herido en el suelo y había varios sujetos, de los cuales uno tenía un cuchillo en la mano.

<sup>344</sup> Dígmer Johannsen, Enrique E. y Cerda Valdés de Dígmer, Olga, *Diccionario jurídico chileno y de ciencias afines*, volumen I, Lexis Nexis, 2006, p. 460, define indicio, como fenómeno que permite conocer o inferir la existencia de otro no percibido. Aquello que constituye una circunstancias reveladora del carácter jurídico o antijurídico de un hecho.

<sup>345</sup> Roxin, Claus, *op. cit.*, p. 187, señala que los indicios son hechos que permiten extraer una conclusión de un hecho directamente importante; así por ej., el hecho de que el sospechoso del asesinato inmediatamente antes del homicidio de X lo amenazó de muerte...

<sup>346</sup> Bergman, Paul, *op. cit.*, p. 30.

<sup>347</sup> *Ibidem*, p. 31.

deberá preocuparse de agrupar dichos indicios en un espacio de tiempo delimitado, ojalá en un mismo "bloque de información"<sup>348</sup>, pues de lo contrario corre el riesgo de que el tribunal no sea capaz de unir los indicios, presentados en distintos momentos del juicio, para extraer de ellos la conclusión que busca el abogado. Imaginemos un juicio que ha durado varios días y en el cual los distintos indicios han aparecido separados por varios testimonios y varias horas entre unos y otros, la verdad es que no parece razonable en esas condiciones pedir mayores razonamientos al tribunal, quien no sólo puede que no esté en condiciones de unir los distintos indicios, sino que dada la forma en que se rindió la prueba considere que algunos de esos indicios ni siquiera eran pertinentes o relevantes.

La segunda cuestión a considerar es que habiendo rendido los indicios más fuertes, ojalá en un mismo bloque de información, el litigante deberá dejar unos minutos de su alegato de clausura para señalarle al tribunal, mediante la argumentación, que cada uno de los indicios fueron acreditados durante el juicio y cómo de ellos se desprende lógicamente una determinada conclusión, que explicitará ante el tribunal<sup>349</sup>.

De lo que se trata es no dejar entregado al azar que el tribunal haya entendido nuestro trabajo y llegado a la conclusión que queremos, pues eso es demasiado riesgo. Debemos explicitar formalmente lo que entendemos debe darse por probado, señalándole al tribunal de qué manera la conclusión fluye natural e inequívocamente de los indicios acreditados en el juicio.

El carácter persuasivo de la evidencia indiciaria depende no sólo de su credibilidad, sino también de la fuerza de la inferencia<sup>350</sup>. En efecto, el tribunal considerará o no la conclusión que se extrae de los indicios acreditados durante el probatorio según la fuerza con la que dicha conclusión se desprenda de tales indicios. En la medida que ella sea más unívoca, coherente y certera el tribunal le dará mayor valor pro-

<sup>348</sup> Entendemos por bloque de información un espacio de tiempo reducido en el cual se hace énfasis probatoriamente sobre algunas de las proposiciones fácticas que sostienen nuestro caso. Ya volveremos más adelante sobre esto.

<sup>349</sup> En *Defensoría del pueblo "Habilidades comunicativas del defensor penal en juicio oral"*, *op. cit.*, p. 68, se menciona resumidamente que cuando se trata de probar y argumentar por medio de indicios se debe tener cuidado de realizar las siguientes tres operaciones: primero mencionamos la proposición que es objeto de demostración. Segundo, probamos el hecho indicador. Tercero, realizamos la inferencia lógica o la conexión entre el hecho indicador y el hecho indicado.

<sup>350</sup> Bergman, Paul, *op. cit.*, p. 30.

batorio. Si en cambio el razonamiento inferencial es débil, pues la verdad es que la conclusión buscada apenas se esboza a partir de los indicios e incluso sería posible sostener otras conclusiones en base a las mismas premisas, su valor probatorio decrecerá pudiendo perderlo enteramente. Lo anterior sin duda será recalcado por nuestra contraparte en su alegato de clausura.

Finalmente debemos señalar que una evidencia, un testimonio por ejemplo, podrá ser catalogado de evidencia directa o indirecta según sea la información que proporcione al tribunal. En efecto si el testigo lo que hace en su testimonio es describir físicamente al acusado de un ilícito según lo que pudo percibir de su observación presencial y cercana del mismo, manifestando además las acciones desplegadas por éste que se corresponden con el tipo penal imputado, será una evidencia o prueba directa; si en cambio, lo que hace el testigo es entregar antecedentes al tribunal sobre ciertos rasgos particulares de una persona, a quien vio merodeando el lugar en que ocurrió el ilícito el día y hora en que éste ocurrió, señalando que éste portaba un efecto del ilícito, estaremos frente a una prueba indiciaria o indirecta.

### 9.3. Utilizando las generalizaciones (máximas de la experiencia)<sup>351</sup>

Normalmente en un juicio vamos a solicitar a los miembros del tribunal que efectúen razonamientos destinados a extraer conclusiones, pero para ello no siempre vamos a utilizar solo evidencias indiciarias que hayamos producido en el juicio, sino que vamos a pedir que el tribunal, al decir de Bergman, extraiga ciertas conclusiones a partir de ciertas generalizaciones implícitas acerca del comportamiento de las personas y de las cosas. Estas generalizaciones derivan, no de un "saber jurídico" especializado, sino del sentido común y de la experiencia cotidiana<sup>352</sup>. Estas generalizaciones pueden estar destinadas por una parte a establecer determinadas proposiciones fácticas necesarias para la acreditación de nuestra versión de los hechos a partir de ciertas evidencias rendidas

<sup>351</sup> En la mayoría de los códigos procesales penales las máximas de la experiencia están contempladas como un elemento que los jueces deben tomar en consideración al momento de valorar la credibilidad de las evidencias producidas en juicio.

<sup>352</sup> Bergman, Paul, *op. cit.*, p. 31.

en juicio o, por otro lado, a establecer ciertos criterios para la valoración que haga el tribunal de la credibilidad de la prueba rendida<sup>353</sup>.

La fuerza de los razonamientos que pueda hacer el tribunal a partir de las generalizaciones que nosotros le proponemos va a depender de variados factores, entre ellos: lo compartida que es la generalización propuesta, dentro de la sociedad, el grupo al que pertenecen las partes del juicio, la comunidad jurídica, etcétera; la evidencia que se haya allegado al juicio destinada a confirmar la generalización propuesta, la correspondencia de ella con, por ejemplo, las máximas de la experiencia o el sentido común, la existencia o no de evidencia que controvierta el sentido de la generalización propuesta por la parte, entre otros factores.

## 10. LA FORMA DE PRESENTACIÓN DE LA EVIDENCIA

Finalmente, una vez que hayamos determinado frente a qué tipo de evidencia nos encontramos, a fin de determinar los énfasis o tópicos a resaltar durante los interrogatorios o contrainterrogatorios, deberán los litigantes establecer el orden en que producirán la evidencia ante el tribunal, los bloques de tiempo que utilizarán para ello; los tipos de relatos que presentarán al tribunal sea genéricamente o en relación a una evidencia en particular y cómo tratarán la evidencia indiciaria que aporten al juicio.

Nunca debemos olvidar que al llevar nuestro caso al tribunal lo hacemos para obtener una sentencia favorable a nuestros intereses, por lo que evidentemente la forma en que ese caso y particularmente la evidencia que lo sostiene son presentadas o rendidas al tribunal, tendrán una gran influencia en el resultado del mismo<sup>354</sup>. Reiteramos aquí que a veces no siempre ocurrirá así, pero no podemos exponernos a ese riesgo. Un

<sup>353</sup> *Ibidem*, p. 33, recomienda utilizar estas generalizaciones incluso en el alegato de apertura, al señalar que las afirmaciones extraídas de la experiencia cotidiana son elementos propios de la argumentación. Así no se rompería la regla de no extraer conclusiones de una prueba que aún no se ha rendido en juicio que, comúnmente, se hace en el alegato de apertura.

<sup>354</sup> En talleres de capacitación "Nuevo proceso penal acusatorio", módulo 2, *op. cit.*, p. 14, se manifiesta que los escritores y directores de cine (pero también su público) saben que una misma historia puede contarse desde distintas perspectivas, en distinto orden temporal, y con distintos tonos, y cada vez parecerá una historia distinta. En el juicio sucede lo mismo, y el momento de ordenar la lista de testigos, y dentro de cada declaración, ordenar el testimonio, es acaso el momento más creativo del litigante.



caso mal presentado ante un tribunal, aún cuando tuviésemos la razón en el fondo del asunto planteado, puede perderse. En ese evento la responsabilidad no debemos buscarla en el tribunal que tuvo todos los elementos para resolver en un determinado sentido y lo hizo en otro, sino que debemos ver en qué fallamos nosotros al presentar esa información al tribunal, dónde estuvieron nuestras ineficiencias en la presentación de la evidencia que sostenía nuestras proposiciones fácticas o en que fallamos al argumentar al tribunal sobre la prueba rendida<sup>355</sup>.

### 10.1. El orden o secuencia en la producción de la evidencia en juicio

El juicio oral es un escenario complejo para todos los operadores y particularmente para los jueces que al final del mismo deberán adoptar una decisión de absolución o condena, no existe tiempo, ni oportunidad para subsanar errores. Por ello si el litigante tiene toda la información que le permite acreditar su relato, la idea no es que arroje todas esas piezas frente a los jueces y se siente a esperar que el tribunal haga todo el esfuerzo en armar ese rompecabezas, pues puede ocurrir que al término del juicio no le sea posible hacerlo<sup>356</sup>.

Lo que se espera de un buen litigante es que, aún teniendo la razón, haga la presentación de su relato y la evidencia que lo sostiene de la manera más eficiente para asegurar un fallo favorable a sus intereses de parte, por lo que volviendo a nuestro ejemplo, lo deseable es que el

<sup>355</sup> La realidad nos muestra que este es un tema de gran complejidad: por una parte, porque en ocasiones los propios operadores del sistema descargan sus responsabilidades en los jueces criticando mediáticamente sus resoluciones y, por otra, la comunidad y en particular los medios de comunicación llamados a informarla, ignoran que los ejes de responsabilidad han variado con la instalación de un sistema acusatorio y siguen buscando las responsabilidades siempre en los jueces, y liberan a los operadores fiscales y defensores del tan necesario control ciudadano sobre el ejercicio de las funciones que les son propias, y generan a nuestro juicio un injusto incremento en la mala percepción de la ciudadanía sobre la labor del poder judicial.

<sup>356</sup> En igual sentido Duce J., Mauricio y Riego R., Cristian, *Proceso penal*, Jurídica de Chile, 2007, p. 397, donde señalan que en un modelo de juicio oral acusatorio el orden de presentación de la prueba queda entregado fundamentalmente a las partes y no a reglas rígidas que determinen el orden de presentación de las pruebas. La razón de ello obedece a que las partes son quienes conocen mejor sus propios casos y, en consecuencia, son quienes están en mejores condiciones de discriminar cuál es la información y en qué orden ésta debe ser presentada para construir un relato claro y comprensible para el tribunal que tendrá que resolver sobre la base de la misma información.

litigante sea proactivo, que en su alegato de apertura trace los límites del rompecabezas que va a presentar al tribunal y que luego mediante la producción de su evidencia vaya colocando cada una de las piezas en su lugar exacto, y que finalmente en su clausura indique por qué esas piezas calzan en ese relato y no existe otra forma de colocarlas para llegar a una imagen o relato distinto. Incluso debe indicar al tribunal como en aquellos lugares donde no colocó todas las piezas del rompecabezas es posible generar esa porción del relato o imagen, recurriendo a criterios de razonamiento universalmente reconocidos como: la lógica, las máximas de la experiencia, el sentido común, las generalizaciones, u otros; sería el caso del espacio ocupado por el cielo en nuestro rompecabezas, no es necesario que el abogado presente todas las piezas que expresan esa imagen, sino sólo algunas que estratégicamente colocadas le demuestren inferencialmente al tribunal que en aquellos espacios que aún permanecen vacíos, al término del juicio, sólo puede haber más cielo.

Entonces, el orden en que se va a presentar la evidencia es central en la estrategia de presentación de un caso. Debemos ser capaces, entre otras cosas, de:

#### 10.1.1. Determinar cuál será la evidencia eje en torno a la cual se presentará nuestro relato

Normalmente se necesitará un testigo, que podrá ser la víctima o un funcionario policial, o el testimonio del imputado como declarante ancla, y a partir de allí se presentará el resto de la prueba, sea dando credibilidad a ese testimonio, al explicar ciertos hechos complejos, al aportar los detalles indispensables, al generar contexto, o al aportar conocimientos técnicos que ratifiquen nuestras proposiciones fácticas, etc.

Estas evidencias que se constituirán en los pilares de nuestra construcción pueden ser una o varias, según si nos encontramos con una versión de hechos que tiene uno o más ejes temáticos.

#### 10.1.2. Determinar cuál evidencia se presentará primero y el orden consecutivo de las demás

No siempre la evidencia eje será la primera en producirse en el juicio. Muchas veces debiera ser así, pero existen casos en que antes de pre-

sentarla se privilegiará presentar otra que le dé credibilidad; quizá si la evidencia eje es la víctima o el imputado, antes de su declaración se presentará evidencia de credibilidad sobre sus características personales, de modo de predisponer de una manera más favorable al tribunal para escuchar su testimonio.

No sólo la admisibilidad del testimonio de uno o más declarantes, sino también la admisibilidad de cierta evidencia material, puede requerir establecer ciertas bases para ello con testimonios que deberán prestarse previamente a aquél en que se tratará el tópico en cuestión o con el cual se presentará la evidencia material<sup>357</sup>.

Una última recomendación aplicable a los testimonios, algunos autores proponen aplicar en los exámenes y contraexámenes una serie de principios para determinar el mejor orden de presentación de los declarantes: principio del orden cronológico; principio de la primacía y la novedad; principio del testimonio más creíble; principio del testigo más creíble y principio de adecuación al tipo de tribunal<sup>358</sup>.

### **10.1.3. ¿Qué evidencias materiales serán presentadas, y en torno al testimonio de qué o de cuáles declarantes se las introducirá al juicio?**

Las evidencias materiales, si bien pueden ser gravitantes en la resolución de un caso, presentan el problema de que no es posible en general desprender su aporte probatorio de ellas, pues requieren necesariamente como todo medio probatorio de acreditación, informar al tribunal dónde se la encontró, en qué circunstancias, que ella no ha sido manipulada ni alterada entre el momento en que se le recogió y el juicio oral en el que se la presenta y, por supuesto señalar cuál es la vinculación que ella tiene con un suceso o evento relevante para la acreditación de la teoría del caso del litigante.

González Lagier, señala que “dado que los objetos no pueden hacer verdaderas o falsas a nuestras creencias, esto es, dado que nuestras creencias no versan directamente sobre objetos (sino sobre la existen-

<sup>357</sup> Así, en Fontanet Maldonado, Julio E., *Principios y técnicas de la práctica forense*, 2ª edición, Jurídica Editores, San Juan de Puerto Rico, 2002, p. 31.

<sup>358</sup> Así, en *Técnicas del juicio oral en el sistema penal colombiano*, op. cit., p. 109.

cia de un objeto, o sobre la pertenencia de cierta propiedad al mismo, etc.), y dado que por medio de la prueba las partes pretenden suscitar ciertas creencias (el convencimiento) u otras actitudes psicológicas en el juez, entonces los objetos no son materia de prueba. Lo que puede probarse es la existencia de un objeto, esto es, un hecho (o, si se prefiere, la afirmación acerca de la existencia de un objeto), pero no el objeto en sí. Una pistola no puede probarse, pero sí que esa pistola estaba en posesión de un sujeto”<sup>359</sup>.

Para lograr el objetivo de incorporar al juicio los hechos o eventos asociados al objeto, debemos recurrir al testimonio de alguien que nos pueda entregar toda esa información. En otros casos necesitaremos además que alguien, normalmente un perito, nos informe de las características, composición, naturaleza, forma de uso u otras particularidades del objeto que son las que permiten vincularlo con un hecho relevante del juicio.

### **10.1.4. ¿Qué documentos<sup>360</sup> se acompañarán, y si ellos serán leídos de forma autónoma para su introducción o ésta se llevará a efecto a través del testimonio de un declarante, quien deberá previamente reconocerlo indicando su origen?**

Para determinar lo recién dicho habrá que discriminar entre aquellos documentos que por su naturaleza y características poseen cierta estandarización y conocimiento por parte de la generalidad de las personas, que hacen que sus necesidades de acreditación sea mínimas, como ocurriría con un certificado de nacimiento o la página editorial del diario más conocido de un país; y por otra parte aquellos documentos que, por carecer de las circunstancias descritas, requieren para su uso en juicio como prueba de una exigencia de acreditación

<sup>359</sup> González Lagier, Daniel, *Quaestio Facti (Ensayos sobre prueba, causalidad y acción)*, Palestra Editores, Lima-Bogotá, 2005, p. 3.

<sup>360</sup> Baytelman A, Andrés y Duce J., Mauricio, op. cit., p. 63, a propósito de qué debe entenderse por documento según el artículo 333 del Código Procesal Penal chileno, señalan que el artículo se refiere a la “prueba instrumental”, esto es, documentos que contengan declaraciones no producidas al interior del sistema de persecución penal –policía y Ministerio Público– y que sean relevantes para el fondo; éste sería el caso del contrato a través del cual se consumó la estafa o la carta en la cual el acusado reconoce a su amante haber cometido el homicidio.

mayor, que supone muchas veces el testimonio de un testigo que lo reconozca, señale su origen y dé cuenta de su contenido<sup>361</sup>.

## 10.2. La determinación de los bloques de información que se utilizarán para presentar la evidencia

Sin duda, las bondades de la oralidad, intermediación y concentración de la audiencia o audiencias sucesivas del juicio oral no están exenta de ciertos problemas, siendo el mayor de ellos la posibilidad de que todos los miembros del tribunal o alguno de ellos pierda la concentración y atención necesarias, en los momentos en que el litigante despliega una actividad probatoria prioritaria para la acreditación de la teoría del caso.

La situación expuesta puede transformarse en un serio problema toda vez que el sistema exige, en general, que los jueces deban pronunciar su veredicto de absolución o condena inmediatamente después de concluido el juicio, esto es, no existe la posibilidad de revisar los registros o de repasar partes significativas del juicio y, por lo tanto, si los jueces no percibieron una parte de la prueba<sup>362</sup> no podrán valorarla y considerarla en su veredicto, con lo cual las posibilidades de obtener una sentencia favorable decrece<sup>363</sup>.

Para evitar el problema descrito el litigante debe proceder a dividir el tiempo que utilizará para rendir su prueba en juicio en distintos bloques de información, ojalá cada uno de ellos no se extienda más de quince o veinte minutos<sup>364</sup>. Existe cierto consenso que en ese espacio de tiempo, quien esté escuchando una información puede mantener sin grandes problemas una alta concentración y retener en consecuencia la información aportada. Es probable que en el caso de jueces profesionales ese espacio de tiempo pueda extenderse hasta cerca de los

<sup>361</sup> *Ibidem*, ps. 288 a 291 Se refieren a la acreditación de los documentos en juicio, recalcando que no tiene que ver con el carácter público o privado del documento, sino su estandarización y fidelidad general.

<sup>362</sup> Nos referimos al caso en que esa percepción falta porque el tribunal no prestó la atención debida cuando se presentó la evidencia. En caso alguno nos estamos refiriendo a la ausencia física del juez en la audiencia de juicio.

<sup>363</sup> Obviamente, una situación como la descrita podría en ciertos casos derivar en que la sentencia dictada pueda ser objeto de un recurso de anulación del fallo e incluso del propio juicio oral.

<sup>364</sup> Mauet, Thomas A., *op. cit.*, p. 19.

treinta minutos, pero no más allá. Entonces se determinará la evidencia a rendir y se procurará extraer de ella toda la información relevante (las proposiciones fácticas que ellas sostienen) en dicho intervalo de tiempo.

### 10.2.1. Los principios de primacía y lo más reciente (o novedad)<sup>365/366</sup>

Se ha establecido que las personas prestan mayor atención al inicio de un relato o exposición y al final del mismo<sup>367</sup>, decayendo en parte su concentración en el medio de la generación de esa información. De lo dicho, se han elaborado dos principios que el abogado litigante debiera tener presentes al momento de enfrentar a un declarante en juicio, el de la primacía y el de lo más reciente, es decir, estratégicamente debemos ser capaces en nuestras actividades en juicio de presentar al tribunal las proposiciones fácticas más importantes y gravitantes para el caso al inicio y al final de nuestras intervenciones o derechamente reiterar el punto central de nuestras alegaciones al principio y al final de nuestras intervenciones<sup>368</sup>.

Así, si se trata de un alegato de apertura, el litigante ha de aprovechar los primeros minutos para presentar la idea central de su caso y el final del mismo, para reiterar dicha idea solicitando la consecuencia jurídica que sea procedente; si se trata de un examen directo, utilizará un bloque de información completo pero breve para acreditar al declarante, luego uno o más bloques de información para resaltar las proposiciones fácticas que se sostienen en éste declarante, siguiendo la misma regla de primacía y relevancia, las proposiciones fácticas más gravitantes en las primeras preguntas y las otras luego para darle contexto y detalles a esas declaraciones, para terminar focalizando de nuevo en la información más relevante. Si lo ejecutado fuere un contrainterrogatorio lo que hará es usar el principio y el final de éste para resaltar los puntos más fuertes que tenga para afectar, sea a la

<sup>365</sup> Bergman, Paul, *op. cit.*, ps. 67 y 68, alude a los principios de primacía y novedad, señalando que estos principios sugieren que recordamos mejor lo que vemos y oímos primero y lo último, sugiriendo comenzar y terminar con los testigos más sólidos.

<sup>366</sup> En talleres de capacitación "Nuevo proceso penal acusatorio", módulo 1, *op. cit.*, p. 6, se habla de un principio psicológico: lo que se retiene es lo primero y lo último que se percibe.

<sup>367</sup> Lo mismo señala respecto del jurado Hegaland, Kenney F., *op. cit.*, p. 92.

<sup>368</sup> Así lo señala también Fontanet Maldonado Julio E., *op. cit.*, p. 31.

persona del declarante o a su testimonio. En fin, si estuviéramos frente al alegato de clausura, colocamos los argumentos débiles en el medio, y los fuertes al principio y al final de la prueba<sup>369</sup>.

### 10.2.2. ¿Qué ocurre cuando las intervenciones del litigante en el juicio exceden del lapso de tiempo razonable para mantener la concentración del tribunal?

Los bloques de información pueden darse naturalmente o tendrán que generarse ex profeso por los litigantes. El primer caso, lo encontraremos cuando se trate de un testimonio o documento cuya exposición y presentación al tribunal naturalmente sea posible de efectuar en un período reducido de tiempo, que no exceda como se mencionó de veinte minutos. Ello ocurrirá, a modo ejemplar, con el bloque de información destinado a acreditar un declarante (testigo, imputado, perito) o cuando el interrogatorio de un declarante abarque estratégicamente sólo uno o dos temas relevantes, en esos casos es altamente probable que el tiempo invertido en obtener del declarante la información necesaria sea sólo de algunos minutos.

En este caso la preocupación del litigante será hacer saber al tribunal cuando está culminando su interrogatorio o contrainterrogatorio. Para ello se recomienda usar alguna frase que explicita esto antes de formular las últimas preguntas, por ejemplo, señalar al testigo antes de formularle una pregunta, "...Para ir terminando señor..."; "por último...", "quisiera que repasáramos o habláramos finalmente sobre..."; frases como esas harán que el tribunal si hubiese perdido su concentración la recupere al final de nuestras preguntas y así escuche con mayor atención aquellos temas que fueron expuestos durante el interrogatorio y que serán resaltados nuevamente o que se prepare para conocer a continuación un nuevo y relevante punto de impugnación del testimonio del declarante<sup>370</sup>.

<sup>369</sup> Vicente Fernandez, Alberto, *op. cit.*, p. 164.

<sup>370</sup> Reiteramos aquí que el presente texto no tiene por finalidad tratar las denominadas técnicas de litigación, sino exclusivamente la teoría del caso. Las referencias que se hacen a algunas técnicas de litigación en específico obedecen a su vinculación directa con algunos aspectos de la teoría del caso tratadas en el texto.

### 10.2.3. Generando bloques de información

Si estamos frente a un declarante que debe entregar mucha información al tribunal y ella además se refiere a tópicos distintos, es muy posible que su interrogatorio o contrainterrogatorio pueda fácilmente extenderse más allá de veinte o treinta minutos. Corresponderá entonces al litigante generar los distintos bloques de información mediante la incorporación de las denominadas preguntas de transición, a través del uso de titulares, y/o generando pausas de tiempo con el uso del silencio.

#### 1) Las transiciones<sup>371</sup>

Elas tienen por finalidad indicar al tribunal, al declarante y público que el litigante va a pasar en su interrogatorio a un área distinta de interrogación o va a focalizarse en un tema determinado<sup>372</sup>. Así, tendrá que señalar al tribunal, utilizando ojalá un tono o volumen de voz distinto al usado al interrogar, que va a pasar de una etapa del interrogatorio a otra, de la etapa de acreditación del declarante a su declaración sobre los hechos del caso. Por ejemplo diremos algo como: "...bien, ahora quisiera que habláramos sobre otra cosa..."; "el tribunal ya ha escuchado sobre usted, vayamos al motivo de que usted esté aquí"; "un momento atrás usted habló de un auto rojo, quisiera pedirle que lo describa...", etcétera.

En general, se trata de frases formuladas por el litigante que se intercalan antes de formular una pregunta o conjuntamente con ella, que permiten ordenar los interrogatorios en grandes aéreas temáticas, por ejemplo la acreditación del deponente y su declaración sobre los hechos<sup>373</sup>.

<sup>371</sup> A ellas se refiere también Hegland, Kenney F., *op. cit.*, ps. 94-95.

<sup>372</sup> En talleres de capacitación "Nuevo proceso penal acusatorio", módulo 2, *op. cit.*, p. 17, se señala: "No olvide que Ud. conoce todo el caso, pero el juez no. Cuando va a entrar en detalles de una narración larga que ha preferido no interrumpir, o cuando cambia de tema, avíselo mediante una transición previa a la pregunta que cambia de tema".

<sup>373</sup> Utilizar las transiciones en la formulación de las preguntas directas cumple dos funciones importantes: primero, llama la atención del testigo al tema acerca del cual ahora usted desea preguntar y, segundo, le indica al juzgador de los hechos cuál será el próximo tema a discutir. Materiales de clase del profesor Garry Watson, del "Curso de adiestramiento de instructores, edición para América latina", del Instituto Nacional de Litigio en Tribunales, Facultad de Derecho de la Universidad de Notre Dame, 1997.

## 2) Generación de titulares

Los titulares son de gran utilidad a la hora de organizar un testimonio directo que va a tener cierto grado de complejidad o de una duración prolongada, o los temas a abordar en una contraexamen cuando sean varios<sup>374</sup>. Permiten al tribunal saber desde un inicio las materias que se abordarán en un examen directo, cuál de ellas se está tratando específicamente y cuándo se pasará a un tema distinto pues el tópico que se estaba por abordar con el declarante se ha agotado, o cuando queremos volver y profundizar sobre una materia que fue abordado genéricamente por el declarante. Así, durante los interrogatorios el litigante utilizará frases como: "señor Quintana primero hablaremos de su trabajo y luego sobre la muerte del señor...", "...señora Perez, ahora quisiera que habláramos sobre el lugar en que ocurrieron los hechos...", "pasemos a otro tema, dígame qué sabe usted de...", o "usted acaba de mencionar que estuvo en tal lugar..., díganos qué ocurrió allí..."; "quisiera que volviéramos sobre algo que usted dijo, podría explicarnos" ..., etc.

## 3) El uso del silencio y del movimiento

Otra forma de generar los bloques de información más arriba aludidos, impidiendo la desconcentración del tribunal y/o de atraer la atención del tribunal cuando se va a ejecutar por el litigante algún momento de gran relevancia en sus interrogaciones, es el utilizar el recurso de hacer una pausa, guardar silencio por algunos segundos, antes de iniciar una nueva temática o formular una pregunta cuya respuesta es gravitante para su teoría del caso. Igual o mayor efecto se puede lograr combinando el silencio con proceder simultáneamente el litigante a desplazarse de un lugar a otro de la sala donde se está desarrollando el juicio antes de reiniciar sus preguntas, pues ello resalta aún más el hecho que se está pasando de una temática a otra, o que se quiere llamar la atención del tribunal para lo que viene<sup>375</sup>.

<sup>374</sup> Entonces los titulares sirven por un lado, para generar bloques de información y de esa manera mantener la concentración del tribunal, pero por otra parte tienen por finalidad prioritaria ordenar y sistematizar la forma en que se desarrollará un examen o contraexamen.

<sup>375</sup> La combinación del silencio y el movimiento será efectiva en aquellos tribunales donde está permitido que el litigante pueda estar de pie y desplazarse en la sala durante sus interrogatorios. Sin embargo, aún sentado es posible utilizar nuestras manos, cabeza y las pausas para hacer más eficiente la presentación de nuestro mensaje al tribunal.

## 10.3. Selección de los tipos de relato a utilizar

Una vez agotado el tema del orden de presentación de las evidencias corresponde dar un paso adicional, cual es determinar respecto de cada medio probatorio, particularmente de cada declarante, en qué orden se presentará la información que éste maneja.

Una primera regla es la esbozada *ut supra*, aplicar los principios de primacía y lo más reciente al presentar la información proveniente de cada fuente de prueba; una segunda regla es determinar si la información que ellos manejan estratégicamente es mejor presentarla dentro del contexto de un relato cronológico, lo que ocurrirá ordinariamente con los interrogatorios directos<sup>376</sup> y que tiene la ventaja de presentar la información al tribunal de aquella forma en que normalmente los seres humanos percibimos y aprehendemos el mundo que nos rodea<sup>377</sup>; o tercera, si la información que entregará el declarante es más eficiente presentarla temáticamente, pues obedece sólo a ciertos y puntuales episodios o temáticas del relato completo; como ocurre por ejemplo con los peritos, ciertos testigos y ordinariamente en los contra exámenes<sup>378</sup>.

A propósito de los relatos cronológicos, un par de comentarios, primero hay algunos autores que a diferencia de la mayoría no los recomiendan como una forma persuasiva de presentar un testimonio, señalan que es mejor dirigir o estructurar el relato en torno a temas, pues a veces resulta más efectivo que meramente reproducir una cronología de hechos<sup>379</sup>; y segundo, que no es verdad aquel conocimiento enciclopédico o común, que nos dice que las historias verídicas se relatan en orden cronológico, por el contrario es más fácil que un declarante que mienta recurra a la cronología para presentar su relato. Las personas que declaran verazmente muchas veces tienden a contar una

<sup>376</sup> Opina así Fontanet Maldonado, Julio E., *op. cit.*, p. 31.

<sup>377</sup> En talleres de capacitación "Nuevo proceso penal acusatorio", módulo 2, *op. cit.*, p. 15, se da un argumento más a favor de la presentación cronológica de la información, a saber, que es más fácil reforzar una idea previa en la mente del receptor que cambiarla, acaso la mejor forma de presentar el caso sea con un primer testigo capaz de contar el esquema cronológico principal del caso.

<sup>378</sup> *Ibidem*, p. 15, se da otra recomendación: acudir al suspenso, es decir no entregar toda la información sino dejar los elementos centrales para el final, para así mantener la atención del tribunal.

<sup>379</sup> Hegland, Kenney F., *op. cit.*, p. 91, habla de modelar el testimonio.

historia sin un claro orden o cronología, pues le añaden o incorporan eventos a medida que los van recordando<sup>300</sup>.

En definitiva el tipo de relato a utilizar es una decisión estratégica del litigante a la luz de las características de los hechos que pretende presentar al tribunal y el declarante, en particular, que la presentará. Muchas veces la decisión más apropiada para un declarante, en el caso de un examen directo, es la de combinar ambos métodos según la naturaleza de los hechos a tratar.

#### 10.4. Tratamiento de la evidencia indiciaria

Finalmente, si parte de nuestra evidencia, como lo será en un porcentaje significativo de los casos en que nos toque intervenir, es de carácter indiciario deberemos preocuparnos de agrupar todos o la mayor parte de esos indicios en un bloque de información o en bloques ojalá sucesivos, a fin de que de ellos fluya con claridad y certeza la conclusión buscada por el litigante.

Si no nos preocupamos de agrupar los indicios para presentarlos en un momento cercano en el tiempo al tribunal, éste puede, a pesar de nuestras argumentaciones en la clausura, no haber captado o entendido el sentido y fuerza de la inferencia que se desprendía de los indicios.

#### 10.5. Herramientas de apoyo a las evidencias presentadas<sup>301</sup>

La tarea del litigante siempre debe ser facilitar el conocimiento y percepción de los hechos por el tribunal, para ello debe recurrir no sólo a los medios de prueba a través de los cuales demostrará la ocurrencia de los hechos relevantes de su caso, sino también debe echar mano a otras herramientas que faciliten a los jueces la aprehensión de la información entregada por las pruebas. Para tales efectos se debe recurrir, muchas veces, no a la evidencia propiamente tal sino a otros elementos o técnicas, tales como el uso de elementos tecnológicos, todo tipo de diagramas o demostraciones.

<sup>300</sup> Materiales de clase del profesor Marc Rosenberg del programa de capacitación Desafíos y Oportunidades en la Valoración de la Prueba en los Juicios Orales Acusatorios, módulo: evaluación de credibilidad de testigos, organizado por el Centro de Estudios de Justicia de las Américas y el National Judicial Institute de Canada, Chile, 2010.

<sup>301</sup> Hegland, Kenney F., *op. cit.*, ps. 92-93, se refiere al uso de diagramas y demostraciones.

Dentro de estos apoyos encontramos la denominada evidencia demostrativa, que son aquéllas evidencias perceptibles por los sentidos cuya finalidad es ilustrar, clarificar o explicar otro testimonio o prueba real<sup>302</sup>.

El uso de elementos tecnológicos supone la habilidad del litigante para utilizar durante sus intervenciones en el juicio o durante la producción de la prueba de los diferentes elementos hoy existentes para la reproducción de la imagen, el sonido o la información. Así entonces presentará sus alegatos haciendo uso de un power point por ejemplo, o reproducirá imágenes o acciones ante el tribunal mediante su proyección en la sala del tribunal o reproducirá la voz de los implicados en el tema a resolver, más que sólo acompañar las transcripciones de sus diálogos o dichos, etcétera.

Los diagramas, modelos a escala, tablas o maquetas, permiten que los testimonios de quienes concurren a declarar ante los tribunales puedan ser entendidos de mejor manera, particularmente, si ellos son complejos o comprenden la descripción de muchos detalles. En general, será de utilidad para un juez que para describir ciertas acciones o sucesos se pueda tener a su vista una representación de donde ellas tuvieron lugar, como sería el caso de una maqueta de una casa y sus dependencias o de un cruce de calles. Más simple aún, pero no por ello menos útil a efectos de clarificar un testimonio, puede ser un dibujo realizado en un papelógrafo o pizarra por un declarante, previa autorización del tribunal.

También ha probado ser de gran utilidad a los fines mencionados más arriba el que durante un testimonio se hagan demostraciones por el declarante, sea que éste las haga por sí solo o con la ayuda del litigante que lo interroga. Así se podrá simular ante los jueces como ocurrió una agresión o como se defendió una persona; las posturas físicas en que se encontraba un sujeto, etcétera.

En esta labor de demostración se podrán usar objetos materiales que no necesariamente sean evidencias, por ejemplo si lo que se quiere demostrar al tribunal cómo se le arrebató un bolso a una mujer que no está disponible en el tribunal como prueba material, se podrá usar un bolso cualquiera, ojalá de similares características o que, al menos, permita aclarar el punto al que se refieren las preguntas del litigante.

<sup>302</sup> Ramos González, Carlos y Vélez Rodríguez, Enrique, *op. cit.*, p. 105.

Se ha dicho que cuando las demostraciones pueden jugar un papel positivo y útil en la búsqueda de la verdad los tribunales deben permitirlo, pero siempre alerta al peligro que puedan representar si resulta no ser pertinente o si no está debidamente diseñado y tiende a engañar, confundir, o crea prejuicio indebido<sup>383</sup>.

---

<sup>383</sup> El abogado defensor puertorriqueño, volumen II, op. cit., p. 419.

## Bibliografía

Araya Matarrita, Saúl, *Teoría del caso y técnicas de debate en el nuevo proceso penal*, Managua, 2002.

Aldert Vrij, *Detecting Lies and Deceit: Pitfalls and Opportunities*, 2° edition, Wiley Press, 2008.

AA.VV, *El defensor público en el sistema acusatorio colombiano*, Defensoría del Pueblo, Bogotá, 2005.

Baytelman A, Andrés y Duce J., Mauricio, *Litigación penal, juicio oral y prueba*, colección de derecho, Ediciones Universidad Diego Portales, 1° edición, Chile, 2004.

Blanco Suárez, Rafael y otros, *Litigación estratégica en el nuevo proceso penal*, Lexis Nexis, 1° edición, Chile, 2005.

Bergman, Paul, *La defensa en juicio, defensa penal y la oralidad*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2° edición, 1989.

Bofill Genzsch, Jorge, "Alcance de la obligación del fiscal de registrar sus actuaciones durante la investigación. Consecuencias de su incumplimiento en las diferentes etapas del procedimiento", en *Informes en Derecho, Doctrina Procesal Penal 2005-2006*, Centro de Documentación Defensoría Penal Pública, n° 3, 2006.

Cadena Lozano, Raúl, *Principios de la prueba en materia penal*, 2° edición, Nueva Jurídica, Colombia, 2003.

Cafferata Nores, José I., *La prueba en el proceso penal*, 4° edición, De Palma, Buenos Aires.

Carocca Perez, Álex, *La defensa penal pública*, Lexis Nexis, 2002.