

CAPÍTULO PRIMERO

EL CONCEPTO DE TEORÍA DEL CASO

I. DESDE EL ACIERTO AL ERROR

¿Dónde surge el concepto de “teoría del caso” para determinar las “técnicas del litigio” encaminadas a la etapa de juicio? El acierto procede de la interpretación pedagógica del proceso acusatorio y el error de la interpretación procesal de ese método, desde la enseñanza de las “técnicas de litigio”.

La pedagogía critica el sistema procesal penal que, desde la teoría del proceso, se limita al estudio de principios y normas procesales. ¿Existe algún problema metodológico al utilizar, en el juicio oral, una teoría del caso? Si el método de enseñanza ha sido el método del caso, es claro que aprender a esclarecer casos en la práctica de la enseñanza resulta, en definitiva, resolver casos en la práctica procesal. ¿Hay algún problema en utilizar el “método del caso” en la construcción de una “teoría del caso” para aprender el proceso? La respuesta es igualmente asertiva. No hay problema alguno. De hecho, el método enseñanza-aprendizaje a través del método del caso ha sido excelentemente evaluado porque exige, con la práctica, estudiar la teoría.

¿Cuál es, entonces, el problema? El problema de la “teoría del caso” se puede resumir en tres situaciones: la primera es que algunos académicos han confundido la “teoría del caso”, propia del método del caso, con las técnicas de litigio para el proceso acusatorio. La segunda es que algunos académicos han confundido “teoría del caso” con “alegato de apertura”. La tercera, y más preocupante, porque al reducir el proceso acusatorio a teoría del caso, los académicos centran la “teoría del caso” —que es un método de enseñanza para el litigio— en la etapa de juicio.

A estos tres problemas se suma una cuarta situación metodológica, en la que influye la capacitación de nuestros juristas en el sistema norteamericano: las técnicas de litigio oral. Estas, por lo general, se limitan a técnicas de alegato de apertura, alegato de cierre, interrogatorio o examen de testigos y contrainterrogatorio y/o contraexamen, propias del juicio oral ante el jurado. Nuestros juristas mezclaron las técnicas de litigio norteamericano con la teoría del caso —pedagógicamente concebida— y elaboraron un método de litigio. En esta tendencia a la “copia”, ya algunas codificaciones se han “animado” a admitir la “teoría del caso” en la normativa procesal penal porque ignoran que la teoría del caso nace, no como “estrategia de litigio”, sino como método de enseñanza del proceso —método del caso—, no así un concepto procesal.²

Se entiende esta diferencia y se aclara esta confusión en el estudio de las *Técnicas del juicio oral en el sistema penal colombiano*³ que en su presentación aclara como objetivo, “lo que se busca es reafirmar algunos conocimientos esenciales acerca de tal metodología y dar elementos fundamentales sobre su articulación con el método de casos, herramienta clave en el proceso de enseñanza-aprendizaje de las técnicas del proceso oral”. Como se hace ver en la introducción a la unidad I, enfoque del proceso enseñanza-aprendizaje, “durante mucho tiempo la educación legal se ha dedicado a reproducir conocimientos, aportando poco a procesos alternativos de desarrollo y transformación social. El sistema educativo en lugar de contribuir a la transformación del

² Cfr. Mauet, Tomas A., *Fundamentals of Trial Techniques*, Boston, Little, Brown & Co., 1992; Ghirardi, Olsen A., *La retórica y la dialéctica en el razonamiento forense*, Bogotá, Ediciones Academia Colombiana de Jurisprudencia, 2001; Villamil, Edgardo, *Programa de enseñanza e investigación sobre oralidad*, ponencia presentada al taller de Cultura de Oralidad Procesal desde la Universidad colombiana, mayo de 2000.

³ *Técnicas del juicio oral en el sistema penal colombiano, guía para el docente*, Colombia, Comisión Interinstitucional para el Impulso de la Oralidad en el Proceso Penal, Colombia, USAID, 2003.

sistema judicial, lo reproduce y consolida tal como este se manifiesta, formalista, ritualista, escriturista y lineal”.⁴

Se entiende, del mismo modo, como inicialmente lo comprendió Colombia, desde las técnicas de litigio en Chile, pues partiendo de que la “teoría del caso” se construye a lo largo de las etapas del proceso,

...el juicio oral es por excelencia la sede en la cual se despliegan los relatos en competencia, sobre la base de un conjunto de reglas que delimitan las atribuciones, derechos y deberes de las partes del juicio. Sin embargo, en cada audiencia de la fase de investigación se propende el mismo estilo de debate oral donde las partes —sobre la base de argumentaciones y antecedentes— intentan persuadir a un tercero imparcial sobre sus pretensiones, en pos de una decisión favorable.⁵

El error que se puntualiza en la “enseñanza” se transfiere luego a la “litigación”, cuando la *theory of case* se enfrenta, no al proceso latinoamericano, donde son fundamentales las técnicas procesales de la norma positiva, para concretarse en “técnicas de litigio” al modo como los juristas anglosajones enfrentaron a los sujetos procesales, especialmente al jurado⁶ a través de técnicas de interrogatorio. Por eso estrategia, técnica y alegato de apertura

⁴ Fernández Carrasquilla, Juan, “El problema de la enseñanza del derecho penal”, en *Pensamiento Penal Moderno*, Bogotá, Compilación Universidades Externado y Del Rosario, julio de 1991, p. 14, *cit.* en *Técnicas del juicio oral en el sistema penal colombiano, guía para el docente*, *cit.*

⁵ Blanco Suárez, Rafael *et al.*, *Litigación estratégica en el nuevo proceso penal*, Santiago de Chile, Lexis Nexis, 2006, p. 15.

⁶ *Cfr.* al respecto: Mauet, Thomas A., *Trial Techniques*, 5a. ed., Gaithersburg, Nueva York, Aspen Publishers, Inc., 2000; Bergman, Paul, *La defensa en juicio. La defensa penal y la oralidad*, 2a. ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1995 (versión original en inglés *Trial Advocacy in a Nutshell*, 2a. ed., West Publishing Co., 1989); Napley, Sir David, *The Technique of Persuasion*, 4a. ed., Londres, Sweet & Maxwell, 1991; Rudovsky, David, “The Criminal Justice System and the Role of the Police”, en Kayris, David, *The Politics of Law. A Progressive Critique*, Nueva York, Panteón, 1982.

se confundió con el concepto de “teoría del caso”. Nótese el error que, de principio, nace de una equivocada interpretación de las herramientas pedagógicas y procesales para el conocimiento y actualización de un sistema de justicia penal democrático.

Los códigos de procedimientos penales son *iter procesal* que sirve a las partes para comprender, dentro de un mínimo de disposiciones, sus derechos. Procuran evitar, en las decisiones de las autoridades, “sorpresas” procesales que perjudiquen sus derechos. Sin embargo, el positivismo convirtió el código —camino facilitador— en regla —como un túnel del que no se puede salir— que “predetermina” la acción de los sujetos procesales. La “teoría del caso”, necesaria para aprender a hacer lo que se enseña hacer a través del “método del caso”, se convirtió, para el comercio del procesal penal, en “técnicas de litigación oral y adversarial” hasta introducir en el proceso mismo el método de enseñanza de ese proceso.

Como se ha dicho —en cuanto método de enseñanza— anteriormente:

...no se trata solo de posibilitar al futuro abogado el descubrimiento del conocimiento, para decirlo en términos de la *pedagogía activa*, sino también, facilitarle el desarrollo de destrezas, habilidades y valores que le posibiliten una actuación judicial o administrativa con efectivos beneficios para él, para su cliente y para la sociedad. Sin esto último no podría ser posible la justicia material, ya que, como pasa en nuestro medio, la solución de los casos se quedaría en los escritos largos y tediosos que nadie lee; en las maniobras dilatorias soterradas ejecutadas para evitar la controversia pública y transparente de los intereses de parte; en los anaqueles de los despachos judiciales atiborrados de documentos probatorios, que pocas veces acercan a la certeza a los funcionarios decisores ignorantes de su verdadera esencia; y en la controversia probatoria ejecutada desde el papel, con una carga de injurias y ataques a los sujetos procesales, antes que a la prueba.

Consecuentemente, mi crítica no se dirige a la “teoría del caso” como método de enseñanza, porque de hecho utilizamos el método del caso para enseñar el derecho y el proceso penal desde el sistema acusatorio. Tampoco —ahora— para facilitar al Ministerio Público y a los órganos de policía, herramientas y técnicas para la investigación del delito desde el preciso momento en que se comete, porque la etapa de investigación ha sido concebida en el proceso acusatorio desde una teoría del caso; propiamente, la teoría del caso es la etapa de investigación.

Enseñamos la teoría del caso como técnica procesal, comprendiendo todas las “aristas” del sistema acusatorio que, lógicamente, nos centra en la investigación policial por delito, en la investigación ministerial, en la aplicación de criterios de oportunidad, en resaltar el principio alternativo desde la conciliación hasta el procedimiento abreviado y para aquellas pocas causas que terminan en juicio oral. Con ese objetivo —como técnica procesal y como técnica de enseñanza— nos centramos en la “teoría del caso” para aprender la etapa de investigación como descubrimiento y acopio de prueba para preparar, especialmente, las audiencias preliminares al juicio oral.

Por ese motivo, se puede estar de acuerdo y a la vez, puede no estarse de acuerdo con Andrés Baytelman y Mauricio Duce cuando, desde las proposiciones fácticas, se preguntan “¿qué pruebas necesito, para acreditar cuáles son las proposiciones fácticas, que satisfagan, qué elementos de cuáles teorías jurídicas son útiles?”.⁷ Porque, al responder que “esta es la expresión más importante que permite afirmar que el juicio es un ejercicio profundamente estratégico, y la respuesta a esta pregunta es lo que se conoce como *teoría del caso*”,⁸ hacen caer en el error de que la estrategia del litigio en el sistema acusatorio se concreta a la etapa de juicio oral.

⁷ Baytelman, Andrés y Duce, Mauricio, *Litigación penal y juicio oral*, Fondo, Justicia y Sociedad, Fundación Esquel, Proyecto para Ecuador, USAID, p. 37.

⁸ *Idem*.

La estrategia que exige la capacitación por medio del “método del caso” no está en la “teoría del caso” para la etapa de juicio; las “técnicas de litigio” no pueden concentrarse, entonces, en esa etapa, en la que ya se ha producido la etapa de investigación y el filtro de la etapa intermedia; los hechos ilícitos que se acusan no pueden reducirse al “alegato de apertura” del juicio oral, porque ya existe una imputación formal en la etapa de investigación y una acusación que abre la etapa intermedia. La verdadera estrategia y las técnicas de litigio en el sistema acusatorio centran su atención en el proceso todo, específicamente, en los principios por los cuales el proceso se abre a las personas: principio de alternatividad, para evitar la lentitud del procedimiento y facilitar la solución del conflicto y/o la reparación integral o parcial del daño con la participación de la víctima y el imputado; principio de reinserción social, cuando ha existido condena y es necesario facilitar la educación y capacitación para el trabajo de la persona sentenciada; principio de proporcionalidad, que procura penas coherentes no solo con el hecho ilícito, sino, a la vez, con la persona y responsabilidades del imputado y su familia; principio de inocencia, que procura proteger los derechos del sujeto sometido a proceso a través de una hipótesis de inocencia a lo largo del proceso; principio de libertad, por el cual, el imputado puede permanecer en libertad a lo largo del proceso, y al final del mismo, los jueces han de facilitar el ejercicio de ese derecho de libertad por encima de su privación.

Es claro que desde la “teoría del caso” el enfoque del proceso se encamina —contrario al sistema acusatorio— al juicio oral y público. Es también claro que el sistema acusatorio enfoca a las partes al uso de estrategias y técnicas de litigio que lo encaminen a la solución de las controversias y a procurar la armonía social entre sus protagonistas y la sociedad. Como puede observarse, el enfoque es diametralmente distinto.

II. DESDE EL ERROR AL ACIERTO

1. *Teoría del caso en fase policial*

Cuando escribí la *Etapa de investigación en el sistema procesal penal acusatorio* manifesté, al introducir el tema, lo siguiente:

...la diferencia entre hipótesis delictiva, hipótesis del caso y teoría del caso me permite explicar el problema y ofrecer algunas soluciones de la actuación policial con o sin control del ministerio público. Esta obligada división me permite, igualmente, explicar la importancia de la acción policial, la naturaleza procesal de la investigación policial por delito, la necesidad estratégica de contar con oficiales de policía en la investigación, sin necesidad de que el ministerio público deba estar presente, para evitar dos órganos que a la vez que coadyuvan se estorban. Este primer capítulo me permite, además, explicar qué debe entenderse por teoría del caso, distinto a lo que actualmente se ha escrito que confunde la concepción de la litis que se fija en la audiencia de vinculación a proceso.⁹

Como puede notarse, luego de criticar los “desaciertos” y “equivocaciones” en el uso de la “teoría del caso”, mi “teoría del caso” se integra, dentro del proceso penal mexicano, en la “etapa policial” —como hipótesis delictiva— y/o a lo sumo, en la etapa de investigación ministerial —como hipótesis de caso—, no así como suele hacerse, en la etapa de juicio, como estrategia de litigio de las partes procesales, aunque se admite —y conviene hacerse por eficacia pedagógica— que se use el método del caso para estudiar dicha etapa.

⁹ Hidalgo Murillo, José Daniel, *La etapa de investigación en el sistema procesal penal acusatorio mexicano*, México, Porrúa, 2009. Utilicé un nombre tan largo a propósito para acentuar la importancia de la primera etapa y el éxito procesal cuando se trabaja coordinadamente, porque es la etapa de la teoría del caso. Además, quise puntualizar que el sistema procesal penal se abre en México, como acusatorio y como mexicano, es decir, que las variables constitucionales daban un acento especial y mexicano al sistema de justicia penal.

Para entender mi razonamiento se hace necesario reconocer dos realidades “procesales” que, aunque “admitidas”, no han sido “aceptadas” por los juristas mexicanos que han escrito en relación con el tema, entre otras razones, porque así lo “copiamos” y así “lo aprendimos”. La primera es que toda investigación por delito es investigación policial —bajo control y/o dirección del Ministerio Público—, y se puede aceptar el concepto de naturaleza policial de la investigación procesal por delito. La segunda es que la teoría del caso es la hipótesis sobre la cual se basa la policía para esa investigación, pues en estrados procesales nuestro sistema ha implementado —dogmáticamente y con acierto— la teoría del delito. Si se admite, en contrario, que la teoría es una “estrategia” del agente del Ministerio Público y/o del abogado defensor en la etapa de juicio, ha de aceptarse que, entonces, la investigación es ineficaz porque hasta esos estrados se ha llegado tarde.

La teoría del caso, como técnica de litigio del juicio oral, es el efecto de una hipótesis delictiva que fija los criterios de actuación de la policía una vez que se ha cometido un delito. Procura, inicialmente, determinar si el hecho al que se enfrenta es un hecho típico, y una vez comprobado el hecho, su misma comprobación exige demostrar quién es el autor de ese hecho. Cuando se investiga el hecho, la policía se encuentra ante una hipótesis delictiva —¿es este hecho, un hecho típico?—; cuando el hecho investigado es típico, la policía se enfrenta a una hipótesis del caso —¿existe un autor responsable de este hecho?—. Solo cuando cuenta con hecho y autor, se llega a la teoría del caso; teoría del caso que desaparece en el auto de vinculación a proceso porque en nuestro proceso penal acusatorio, la teoría del delito exige determinar o cuerpo del delito y/o elementos del tipo y/o hecho delictivo.¹⁰

¹⁰ He sido exhaustivo para explicar la diferencia entre estos tres supuestos en mi libro *La etapa de investigación en el sistema procesal penal acusatorio mexicano*, *cit.*, por ende, creo que no es necesario ampliar más el tema.

2. Método del caso como técnica de investigación policial

De la lectura de los manuales que introducen el “método del caso” como técnicas de litigio, parece existir una “confusión” o, propiamente, una contradicción de esa teoría con conceptos más procesales, como debido proceso, derecho de defensa, garantía de imputado de conocer los hechos y las pruebas para su contradicción, o el igual derecho de aportar prueba de descargo, y lógicamente, los principios de lealtad procesal, objetividad, *in dubio pro reo* e inocencia.

Esta realidad ha permitido cuestionar si el sistema acusatorio renuncia al derecho penal, es decir, a la teoría del delito. Una pregunta que se ha respondido negativamente, y sin embargo, los que la responden siguen hablando de teoría del caso, concepto que en parte “niega” la teoría del delito, en particular, cuando se propone como una “estrategia” del Ministerio Público y de la defensa en la etapa de juicio, es decir, como la “historia” a la que debo introducir al juez en busca de mis personales pretensiones jurídicas. En estos casos, la “teoría del caso” mezcla variables de teoría del delito, argumentación jurídica e interpretación jurídica, hasta afirmarse que el debate de juicio oral no es el momento procesal para la “averiguación de la verdad”, sino la “estrategia” de las partes para convencer sobre esa “historia” que desacredite la contraria.

Este error de comprensión de nuestro sistema de justicia penal ofrece, sin embargo, una respuesta importante si, como lo hemos hecho, admitimos la teoría del caso desde la estrategia de investigación en fase policial. Los órganos de investigación policial, a quienes no corresponde en el proceso su inicio, su impulso y su continuidad, sino impedir que los hechos arriben a consecuencias ulteriores y realizar la investigación para que el Ministerio Público pueda asumir una acusación, procuran, con la “teoría del caso”, una estrategia de investigación que, partiendo de una hipótesis, facilita la determinación probatoria del hecho y la responsabilidad del autor de ese hecho.

Si se ha escrito tanto sobre la teoría del caso, conviene mantener el concepto bajo dos supuestos: el primero, que la teoría del caso es lo que en nuestro medio llamamos etapa de investigación, y segundo, que no es posible hablar de la teoría del caso en la etapa de juicio cuando el tribunal cuenta, en ese momento procesal, con un auto de vinculación a proceso que ha fijado y cerrado la litis, y con una acusación que, abriendo la etapa intermedia, ha forjado el hecho delictivo objeto del juicio en el auto de apertura a juicio.

El error de confundir “método del caso” con “teoría del caso”, y el error de “entender” dicha teoría como una “estrategia” del juicio oral, como “técnicas de litigio, llegó al extremo de ser considerada en algunas codificaciones como “supuesto procesal”, confundiendo más la propuesta procesal. En otros casos, la doctrina ha sido la que asume el concepto, en particular aquellos que han escrito sobre las “técnicas de litigio”, para quienes solo se llega a la teoría del delito a través de la teoría del caso.

Los primeros han “introducido” a la misma defensa letrada a la teoría del caso, con el agravante de que la defensa letrada ha admitido la propuesta procesal revelando su “teoría del caso”.¹¹ En

¹¹ En Colombia se presentó y conoció la demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 371 (parcial) de la Ley 906 de 2004 “*por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal*”. Actor: Mario Williams García. Magistrado Ponente: Dra. Clara Inés Vargas Hernández. Expediente No. D-7318. Concepto No. 4633. Se presentó en mayo 21 de 2008 el ciudadano Mario Williams García, quien interpuso demanda de inexequibilidad en contra de la expresión “si lo desea, podrá hacer”, contenida en el artículo 371 de la ley 906 de 2004 por considerar que la misma quebranta los artículos 1o., 2o., 5o., 13, 29 y 250 de la Constitución Política, según los siguientes cargos principales: la teoría del caso, en el marco del sistema penal acusatorio, constituye la base estructural para una defensa técnica, preparada, calificada, científica y académica que garantice los derechos y garantías procesales, superiores y legales del acusado. Por tanto, el aparte normativo acusado, al prescribir su formulación en el juicio oral como una mera facultad discrecional de la defensa: *i*) relativiza la eficacia del debido proceso, en tanto la supedita a la libre voluntad del abogado, de oficio o de confianza del procesado, a quien autoriza para desatender sus deberes profesionales dentro de la causa penal; *ii*) quebranta el derecho a la igualdad, en tanto rompe con el equilibrio procesal entre las partes enfrentadas en el juicio oral en la medida en que la propia norma impugnada, a su vez, le impone a la Fiscalía

ambos casos, tanto la legislación como la doctrina admiten, para mayor confusión de los aspectos procesales, los distintos conceptos de “hipótesis fáctica”, “imputación formal”, “acusación”; este último, al que no ha renunciado ninguna legislación en razón misma del “sistema acusatorio”, por ser la palabra de la que procede el nombre del sistema; sin acusación del órgano acusador —distinto al órgano jurisdiccional— no hay debido proceso.

Sin acusación —que respete la inmediación y la contradicción— en la continuidad y la concentración de la publicidad, no hay debido proceso. Si en el juez se reúnen las acciones de investigador y juzgador, no hay debido proceso. A ello se suma que —por la igual incomprensión del concepto y del sistema— casi todos los sistemas latinoamericanos hayan fijado la “litis”, y hasta la hayan “cerrado” en la etapa de investigación con la “formulación de la imputación” y no con la acusación en la etapa intermedia, que es cuando corresponde. Consecuentemente, terminan exigiendo, por la misma influencia del concepto de “teoría del caso”, que la acusación sea coherente con la imputación formal.

III. LA TEORÍA DEL CASO EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA

Solo en el Código Procesal Penal de Colombia, el Código de Procedimientos Penales de Durango y el Código de Procedimientos Penales del Estado de Quintana Roo se utiliza como concepto procesal la frase “teoría del caso”. Esto es importante porque no es posible encontrar en ninguna Constitución política, y menos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la teoría del caso de la forma como en estas páginas se procura su crítica. Sin embargo, desde el propósito que me he fijado, de “reconstruir” la teoría del caso para “rescatar” la teoría

el deber perentorio de presentar su teoría del caso en dicha etapa procesal, y *iii*) desconoce el principio adversarial que rige en el sistema penal acusatorio, en tanto promueve una defensa pasiva, o “de escritorio”, contraria a la defensa proactiva y diligente que requiere este modelo de justicia para desplegar su efectividad garantista.

del caso, conviene descubrir —interpretando las normas vigentes—, en nuestra Constitución federal, la teoría del caso al modo como espero enseñarla.

¿Existe disposición constitucional relacionada con la teoría del caso? ¿Puede alegarse —como se ha planteado en la revisión constitucional colombiana— que la teoría del caso es una garantía del derecho de defensa? ¿Tiene el imputado un derecho a la teoría del caso, es decir, conocerla desde el planteamiento del Ministerio Público, o plantearla desde el punto de vista de su abogado defensor? Todas las preguntas han de responderse de modo negativo, porque la teoría del caso no es un instituto procesal, y menos aún, una exigencia constitucional. Sin embargo, conviene aclarar que la reforma constitucional del 18 de junio de 2008 ha otorgado lineamientos muy precisos —hasta introducir una codificación acusatoria única, desde la Constitución— para la construcción del sistema de justicia penal en México, y consecuentemente, si la mejor “estrategia” y las mejores “técnicas” de litigio se cifran en una teoría del caso, esta debe respetar y proteger los derechos y garantías constitucionales.

1. La teoría del caso del Ministerio Público es previa a la teoría del caso del abogado defensor

Si bien el imputado tiene “derecho a una defensa adecuada por abogado” (artículo 20, B, VIII), puede elegirlo “libremente incluso desde el momento de su detención. Si no quiere o no puede nombrar un abogado, después de haber sido requerido para hacerlo, el juez le designará un defensor público”.

Si la detención es un acto primero al nombramiento del abogado, es porque la norma constitucional acepta la existencia de una investigación previa que ha demostrado, por lo menos, a criterio del agente del Ministerio Público, la existencia de un hecho delictivo. Si bien el imputado tiene igual derecho “a que su defensor comparezca en todos los actos del proceso y este tendrá obligación de hacerlo cuantas veces se le requiera” (artículo 20,

B, VIII), es lo cierto que no existe el nombramiento del abogado defensor hasta tanto no se cuente con un imputado, y este puede nombrarlo a partir del momento en que sea detenido o en el momento en que se le da conocer, con fines de vinculación, los hechos y datos de prueba (artículo 19).

Así se entiende, igualmente, ya que la propia Constitución Política admite que, ante la “teoría del caso” del Ministerio Público y, con acceso a los datos de prueba, el abogado defensor y, el propio imputado, pueden preparar su defensa; esto es, “el imputado y su defensor tendrán acceso a los registros de la investigación cuando el primero se encuentre detenido y cuando pretenda recibirse declaración o entrevistarlo. Asimismo, antes de su primera comparecencia ante juez podrán consultar dichos registros, con la oportunidad debida para preparar la defensa” (artículo 20, B, VI).

2. La teoría del caso del Ministerio Público se construye con el auxilio de la policía de investigación

Ante la existencia de un hecho delictivo que, como sabemos, resulta una violación de fines jurídicos y derechos humanos legalmente protegidos por el derecho penal, la Constitución Política federal dispone que su “investigación... corresponde al Ministerio Público”. En esa investigación, en la que por lo general actúan los órganos de policía, estos lo hacen “bajo la conducción y mando” del agente del Ministerio Público (artículo 21). Esto es así porque “el ejercicio de la acción penal ante los tribunales corresponde al Ministerio Público”.

En nuestro sistema de justicia penal, bajo el supuesto de “conducción y mando”, la acción policial:

...comprende la prevención de los delitos; la investigación y persecución para hacerla efectiva, así como la sanción de las infracciones administrativas, en los términos de la ley, en las respectivas competencias que esta Constitución señala. La actuación de

las instituciones de seguridad pública se regirá por los principios de legalidad, objetividad, eficiencia, profesionalismo, honradez y respeto a los derechos humanos reconocidos en esta Constitución. Las instituciones de seguridad pública serán de carácter civil, disciplinado y profesional. El Ministerio Público y las instituciones policiales de los tres órdenes de gobierno deberán coordinarse entre sí para cumplir los objetivos de la seguridad pública y conformarán el Sistema Nacional de Seguridad Pública (artículo 21).

3. La teoría del caso del Ministerio Público es, inicialmente, secreta, y consecuentemente, desformalizada

Varias disposiciones constitucionales nos permiten argumentar la existencia previa de una investigación que al mismo tiempo es secreta para el propio imputado y para terceros, lo que a su vez legitima la existencia de datos de prueba que “comprueban” la necesidad procesal, y los motivos y fundamentos para los actos de molestia. El primero es la logicidad, porque la investigación tiene como objetivo, además de la averiguación de la verdad del hecho, la identificación del probable responsable. En estos casos, sin que se haya identificado al probable autor del hecho, garantiza sus derechos el derecho a la defensa técnica, y sus propios derechos humanos, que no se protegen en razón de una persona identificada sino, en razón de la persona humana sujeto de los mismos.

Sin embargo, la propia Constitución exige motivos para los actos de molestia; denuncia, querrela y datos para la orden de aprehensión; indicios que motiven, por delito grave para la detención en caso urgente; que se trate de investigación por delincuencia organizada para el arraigo, es decir, la investigación de una organización de hecho de tres o más personas para cometer delitos; que existan datos para la orden de cateo o intervención de comunicaciones, y que existan datos para que legitime la privación de libertad o la vinculación a proceso. En todo caso, aun cuando la Constitución Política reconoce que “para los efectos

de la sentencia sólo se considerarán como prueba aquellas que hayan sido desahogadas en la audiencia de juicio” (artículo 20, A, III), de modo tal que solo la “ley establecerá las excepciones y los requisitos para admitir en juicio la prueba anticipada, que por su naturaleza requiera desahogo previo” (artículo 20, A, III), permite la existencia de “medios de convicción suficientes para corroborar la imputación” (artículo 20, A, VII) para el procedimiento abreviado, y la existencia de “registros de la investigación” para el procedimiento ordinario (artículo 20, B, VI).

De hecho, la propia Constitución Política dispone que a partir de la declaración del imputado “no podrán mantenerse en reserva las actuaciones de la investigación, salvo los casos excepcionales expresamente señalados en la ley cuando ello sea imprescindible para salvaguardar el éxito de la investigación y siempre que sean oportunamente revelados para no afectar el derecho de defensa” (artículo 20, B, VI).

4. La teoría del caso del Ministerio Público debe hacerse del conocimiento del imputado y su abogado desde el primer acto de molestia

El derecho de defensa es exigencia constitucional. Coherente con el artículo primero, “todo individuo gozará de las garantías que otorga esta Constitución, las cuales no podrán restringirse ni suspenderse”, y consecuentemente, “nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento” (artículo 16), carga probatoria que corresponde al Ministerio Público (artículo 20, A, V). En relación con estos dos principios, la orden de aprehensión, la detención en flagrancia, la detención en caso urgente, la orden de cateo, la de intervención de las comunicaciones privadas, el arraigo, el aseguramiento de documentos públicos o privados —todos ellos como datos de pruebas— exigen, ante todo, la existencia de una denuncia o de una querrela que determinen un hecho que la

ley señale como delito (artículo 16), que ese hecho esté sancionado con pena privativa de libertad, y que obren datos que establezcan que se ha cometido ese hecho (artículo 16). En todo caso, la detención debe ser ratificada por la autoridad jurisdiccional (artículo 16), y la existencia de datos suficientes para justificar el hecho o la misma detención exigen de una audiencia ante el juez de control (artículo 19).

Protegido por el principio de inocencia y por el derecho de “declarar o a guardar silencio”, el imputado tiene derecho, “desde el momento de su detención”, a conocer “los motivos de la misma y su derecho a guardar silencio, el cual no podrá ser utilizado en su perjuicio” (artículo 20, A, II); “a que se le informe, tanto en el momento de su detención como en su comparecencia ante el Ministerio Público o el juez, los hechos que se le imputan y los derechos que le asisten” (artículo 20, A, III), y consecuentemente, que le sean “facilitados todos los datos que soliciten para su defensa y que consten en el proceso” (artículo 20, A, VI), entre ellos, tener “acceso a los registros de la investigación” mismos que puede utilizar “con la oportunidad debida para preparar la defensa”.

5. La teoría del caso del Ministerio Público debe concretarse en audiencia y admitirse en el auto de vinculación a proceso

Cuando la Constitución Política dispone que “nadie podrá ser privado de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho” (artículo 14) protege la garantía de audiencia.

Con fundamento en este principio constitucional, México exigirá, como requisito de su sistema de justicia penal, que el Ministerio Público justifique, en audiencia de vinculación a proceso, “el delito que se impute al acusado; el lugar, tiempo y circunstancias de ejecución, así como los datos que establezcan que se ha cometido un hecho que la ley señale como delito y que exista

la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión”, hecho y responsabilidad que el juez deberá plasmar en un auto de vinculación a proceso (artículo 19).

Tan importante es determinar hecho y autor dentro de la “teoría del caso” del Ministerio Público en la audiencia y auto de referencia, que la propia Constitución determina que “todo proceso se seguirá forzosamente por el hecho o hechos delictivos señalados en el auto de vinculación a proceso” (artículo 19), de modo que “si en la secuela de un proceso apareciere que se ha cometido un delito distinto del que se persigue, deberá ser objeto de investigación separada, sin perjuicio de que después pueda decretarse la acumulación” (*idem*).

6. La teoría del caso del Ministerio Público ha de facilitar, para el imputado y su abogado defensor, los mecanismos alternativos de solución de conflicto

En la Constitución Política el sistema acusatorio mexicano renuncia a los principios de obligatoriedad de la acción penal pública y de monopolio de la acción penal pública (artículo 21), por lo cual corresponde a la legislación secundaria determinar los casos en que los particulares pueden ejercer la acción penal, y el Ministerio Público podrá considerar la aplicación de criterios de oportunidad. No toda causa que sea denunciada o querellada exige, entonces, la acción penal del Ministerio Público, ya que es posible su archivo, abstenerse o no del ejercicio por alguna disposición legal o por conveniencia procesal.

Es posible —y muchas veces conveniente— que una causa siga un rumbo procesal distinto al procedimiento ordinario, porque el imputado, en razón de los beneficios que le ofrezca la Procuraduría, haya contribuido en la investigación con el Ministerio Público (artículo 20, A, VII) o haya admitido la suspensión condicional del proceso (artículo 20, A, VIII) al no ejercer oposición, pero, especialmente, porque “las leyes preverán mecanismos alternativos de solución de controversias” (artículo 17), como la

conciliación, la mediación y otros mecanismos, mismos que “en la materia penal regularán su aplicación, asegurarán la reparación del daño y establecerán los casos en los que se requerirá supervisión judicial” (artículo 17).

7. El Ministerio Público puede introducir al propio imputado, como facilitador, en su teoría del caso

Con la posibilidad procesal genérica de “considerar criterios de oportunidad” (artículo 21), la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos ofrece al imputado beneficios procesales cuando se pueda “decretar su terminación anticipada” (artículo 20, A, VII), sin que exista oposición del inculpado, y “si el imputado reconoce ante la autoridad judicial, voluntariamente y con conocimiento de las consecuencias, su participación en el delito” (artículo 20, A, VII). Son, como se dijo, las disposiciones que legitiman la suspensión condicional del proceso, y el procedimiento abreviado.

Especial importancia tiene que la propia Constitución permite que el imputado por delito pueda ayudar al Ministerio Público en la definición del hecho —cuestión fáctica—, de la prueba —cuestión probatoria— y de los probables autores del hecho punible —cuestión jurídica— cuando “el inculpado, procesado o sentenciado... preste ayuda eficaz para la investigación y persecución de delitos en materia de delincuencia organizada” (artículo 20, B, III).

Las entidades federativas de Durango, Oaxaca y Zacatecas no han permitido esta “negociación” con el imputado al concebir los criterios de oportunidad procesal. Las demás codificaciones han previsto varios supuestos jurídicos para este tipo de negociación, ofreciendo, a la vez, distintos beneficios. Ninguna de las legislaciones ha considerado, a la fecha, la posible negociación con el “condenado” como se dispone en el numeral constitucional de referencia.

Ese imputado, que se beneficia del proceso, contribuye a la teoría del caso del Ministerio Público; en su propia causa, cuando coadyuva a identificar a otros o a esclarecer los hechos mismos; en la misma causa, cuando facilita que el delito no continúe; en otra causa, cuando sirve como testigo, agente encubierto y/o informante; en alguna causa local, cuando se beneficia de causas federales; en alguna causa federal, cuando se beneficia de causas locales; en alguna causa federal o local, cuando se beneficia de causas en las que procede su extradición; o para evitar la misma causa local o federal, cuando, en lugar de la extradición, coadyuva con el Estado que lo requiere.

8. *La teoría del caso del Ministerio Público debe respetar, en todos los procedimientos, los derechos fundamentales del imputado*

Aunque la reforma del 18 de junio de 2008 no consideró el artículo 1o. —garantías del gobernado— y el artículo 14 —garantía de irretroactividad, audiencia, legalidad, interpretación y analogía—, ha procurado introducir con mayor claridad el debido proceso para proteger el derecho de defensa, representación y participación del imputado, nombramiento de abogado perito; derecho de contradecir, en la inmediación de los jueces, los medios de prueba; derecho de conocer al juez, en la concentración y continuidad del debate; derecho de protegerse, ante un posible injusto, en la publicidad de las audiencias; derecho de recurrir las decisiones jurisdiccionales ante otra instancia. A la vez, determina los principios del derecho procesal penal en el apartado A del artículo 20 que dispone, por un lado, que “cualquier prueba obtenida con violación de derechos fundamentales será nula” (fracción IX) y que “los principios previstos en este artículo, se observarán también en las audiencias preliminares al juicio” (fracción X).

9. *La teoría del caso del Ministerio Público solo puede sustentarse en datos de prueba, salvo las excepciones de prueba anticipada*

Contrario a lo que hoy ocurre en la averiguación previa, el Ministerio Público, responsable de la investigación por propio mandato constitucional, no tiene potestad de desahogo de medios de prueba. Por consiguiente, la Constitución Política le exigirá, únicamente, que sustente la petición de medidas cautelares, precautorias o audiencias, fundamentado en datos de prueba.

Es cierto que esos “datos de prueba” tienen valor probatorio, porque sirven para fundamentar y motivar los distintos actos de molestia que exige la teoría del caso, y la acción, tanto de la policía como del Ministerio Público en la investigación de los delitos. Además, como se ha dicho, son el fundamento por el cual el abogado defensor y el propio imputado admiten, con la formulación de la imputación, los mecanismos alternativos de solución de controversias, la suspensión condicional del proceso, y el propio procedimiento abreviado que exige “elementos de convicción”.

Sin embargo, esa imputación formal que determina la legalidad o ilegalidad de la detención del imputado en flagrancia o caso urgente, que permite o no la orden de aprehensión del imputado por parte de la autoridad jurisdiccional, que facilita la vinculación a proceso, que sustenta el arraigo o las actuaciones de la investigación, deviene en una “hipótesis fáctica” que, como *questio iuris*, exige al Ministerio Público —o a los órganos acusadores— comprobar, ante el juez o tribunal, mediante el desahogo de los medios de prueba.

10. *La teoría del caso del Ministerio Público solo puede comprobarse con el desahogo de los medios de prueba ante el tribunal de juicio*

Aun cuando la “teoría del caso” sustentada en datos de prueba, permite, como se dijo, fundar y motivar las medidas cautelares

y las audiencias, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos ha exigido, por un lado, que toda audiencia se desarrolle “en presencia del juez”, que dicho juez no puede “delegar en ninguna persona el desahogo y la valoración de las pruebas”, que debe valorar la prueba “de manera libre y lógica” (artículo 20, A, II), y por otro lado, que “para los efectos de la sentencia sólo se considerarán como prueba aquellas que hayan sido desahogadas en la audiencia de juicio” (artículo 20, A, III).

Corresponde al Ministerio Público comprobar su teoría del caso pues, en esos casos y en situaciones de acción de particulares, “la carga de la prueba para demostrar la culpabilidad corresponde a la parte acusadora, conforme lo establezca el tipo penal” y “las partes tendrán igualdad procesal para sostener la acusación o la defensa, respectivamente” (artículo 20, A, V). Esta realidad procesal en relación con la prueba debe analizarse con cuidado, pues corresponde a la legislación secundaria, misma que debe ser congruente con los principios constitucionales del debido proceso, establecer “las excepciones y los requisitos para admitir en juicio la prueba anticipada, que por su naturaleza requiera desahogo previo” (artículo 20, A, III).

Es la razón por la cual si la “teoría del caso” ha sido ofrecida ante el juez de control en las audiencias de control de detención, medidas cautelares, formulación de la imputación, vinculación a proceso, etcétera, sustentada en datos o medios de prueba que no han sido desahogados previamente, “el juicio se celebrará ante un juez que no haya conocido del caso previamente”, de modo que “la presentación de los argumentos y los elementos probatorios se desarrollará de manera pública, contradictoria y oral” (artículo 20, A, IV).

11. La teoría del caso del Ministerio Público debe contemplar los efectos dañinos del hecho y su reparación

Salvo el caso de los criterios de oportunidad (artículo 21), el sistema de justicia penal en México exigirá, con la aplicación de

mecanismos alternativos de solución de controversias (artículo 17), con la suspensión condicional del proceso (artículo 20, A, VII) y con el procedimiento abreviado (artículo 20, A, VII,) la reparación del daño a la víctima y/u ofendido. Se puede decir que el nuestro es un sistema reparatorio.

En efecto, la víctima tiene derecho a “recibir asesoría jurídica; ser informado de los derechos que en su favor establece la Constitución y, cuando lo solicite, ser informado del desarrollo del procedimiento penal” (artículo 20, C, I). Dentro de esos derechos, que incluye el de “coadyuvar con el Ministerio Público; a que se le reciban todos los datos o elementos de prueba con los que cuente, tanto en la investigación como en el proceso, a que se desahoguen las diligencias correspondientes, y a intervenir en el juicio e interponer los recursos en los términos que prevea la ley” (artículo 20, C, II); el más importante está determinado por la fracción IV del artículo 20 constitucional. La víctima tiene derecho a “que se le repare el daño”.

La reparación del daño se sustenta en dos objetivos; el primero, que la víctima pueda recibir “desde la comisión del delito, atención médica y psicológica de urgencia” (fracción III) y, segundo, que el Ministerio Público asuma la obligación de “solicitar la reparación del daño” (fracción IV). De hecho, “el juzgador no podrá absolver al sentenciado de dicha reparación si ha emitido una sentencia condenatoria”, y para asegurar ese objetivo, la “ley fijará procedimientos ágiles para ejecutar las sentencias en materia de reparación del daño”. Aun cuando la víctima no se haya constituido como parte, tiene derecho a “impugnar ante autoridad judicial las omisiones del Ministerio Público en la investigación de los delitos, así como las resoluciones de reserva, no ejercicio, desistimiento de la acción penal o suspensión del procedimiento cuando no esté satisfecha la reparación del daño” (artículo 20, C, VII).

12. *La teoría del caso del Ministerio Público debe permitir la participación y coadyuvancia de la víctima y/u ofendidos*

No ha sido la criminología, sino la victimología la que ha permitido introducir en el derecho procesal penal la aplicación de criterios de oportunidad, los mecanismos alternativos de solución de conflicto, en particular, la mediación y la conciliación, la reparación del daño, los delitos de acción pública a instancia de la parte ofendida. La víctima —víctima del delito y del proceso— no ha sido, únicamente, una aferrada acusadora; por el contrario, ha comprendido que su función en el proceso —como coadyuvante— lo es, igualmente, a favor del principio de reinserción social.

No se trata, como algunos han dicho, de una concepción meramente garantista del proceso penal. Pero la víctima ha ingresado, también, como actora civil, como acusadora privada en delitos de acción privada, como acusadora privada en delitos de acción pública —cuando la legislación permite privatizar la acción—, y como acusadora coadyuvante. No sin razón, la reforma de la Constitución deja a la ley determinar los casos en que los particulares pueden ejercer la acción penal (artículo 21).

Con la reparación del daño, la Constitución insta a la víctima a “coadyuvar con el Ministerio Público; a que se le reciban todos los datos o elementos de prueba con los que cuente, tanto en la investigación como en el proceso, a que se desahoguen las diligencias correspondientes, y a intervenir en el juicio e interponer los recursos en los términos que prevea la ley” (artículo 20, C, II). Por eso, con la teoría del caso del Ministerio Público la víctima puede tener su propia teoría del caso, aunque es conveniente que los dos actúen en asocio —de ahí la importancia de la coadyuvancia— para evitar contradicciones en el planteamiento acusatorio.

En todo caso, el Ministerio Público no puede actuar a espaldas de la víctima y, si bien puede considerar que “no es necesario el desahogo de la diligencia”, en estos casos “deberá fundar y mo-

tivar su negativa” (artículo 20, C, II). Por eso, en la construcción de la teoría del caso, el Ministerio Público debe procurar

...el resguardo de su identidad y otros datos personales... cuando sean menores de edad; cuando se trate de delitos de violación, secuestro o delincuencia organizada; y cuando a juicio del juzgador sea necesario para su protección, salvaguardando en todo caso los derechos de la defensa. El Ministerio Público deberá garantizar la protección de víctimas, ofendidos, testigos y en general todas los sujetos que intervengan en el proceso (artículo 20, C, V).

13. *La teoría del caso del Ministerio Público ha de respetar la teoría del caso en pueblos y comunidades indígenas*

Aunque la Constitución Política elimina el principio de obligatoriedad y monopolio de la acción, lo cierto es que depende de la legislación secundaria la mayor o mejor participación de la víctima, la mayor o menor participación del Ministerio Público. Sin embargo, fuera del modo como se determinen las responsabilidades conforme al artículo 21 constitucional, la misma

...reconoce y garantiza el derecho de los pueblos y las comunidades indígenas a la libre determinación, y en consecuencia, a la autonomía para aplicar sus propios sistemas normativos en la regulación y solución de sus conflictos internos, sujetándose a los principios generales de esta Constitución, respetando las garantías individuales, los derechos humanos, y de manera relevante, la dignidad e integridad de las mujeres. La ley establecerá los casos y procedimientos de validación por los jueces o tribunales correspondientes (artículo 2o., A, II).

Lo anterior significa que en situaciones en las que un imputado indígena se vea implicado en una causa penal, el Ministerio Público deberá construir una teoría del caso tomando en consideración sus costumbres, concepción de la propiedad y de la persona, y procurando resolver el conflicto suscitado, coherente con sus formas de vida. Los códigos acusatorios mexicanos han considerado estas variables como procedimiento especial.

14. *La teoría del caso del Ministerio Público debe facilitar la reinserción social del imputado*

Dos principios exigen una variable en la acción represiva del Ministerio Público: el principio de inocencia y el principio de reinserción social. Ambos han de considerarse a la hora de acusar, a la hora de determinar los hechos delictivos y las penas correspondientes para facilitar mecanismos alternativos de solución de conflicto, la suspensión condicional del proceso, y el propio procedimiento abreviado.

En efecto, conforme al artículo 22 de la Constitución federal “toda pena deberá ser proporcional al delito que sancione y al bien jurídico afectado”. Este principio de proporcionalidad debe entenderse, y consecuentemente aplicarse a la luz del artículo 18, que en su párrafo segundo indica: “el sistema penitenciario se organizará sobre la base del trabajo, la capacitación para el mismo, la educación, la salud y el deporte como medios para lograr la reinserción del sentenciado a la sociedad y procurar que no vuelva a delinquir, observando los beneficios que para él prevé la ley”. De hecho, se procura que “las mujeres” se encuentren “en lugares separados de los destinados a los hombres para tal efecto” y que ambos “extingan las penas en establecimientos penitenciarios dependientes de una jurisdicción diversa”. Con el mismo objetivo, “los sentenciados, en los casos y condiciones que establezca la ley, podrán purgar sus penas en los centros penitenciarios más cercanos a su domicilio, a fin de propiciar su reintegración a la comunidad como forma de reinserción social”.

IV. TEORÍA DEL CASO EN LA DOCTRINA LATINOAMERICANA

1. *Doctrina y técnicas de litigio*

Hay seis preguntas que debe responder la doctrina si queremos aceptar la “confusión” que hace entre la teoría del caso y las técnicas de litigio:

- a. La primera es ¿por qué —salvo el caso Colombia y el caso Durango— ningún código procesal penal acusatorio confunde el alegato de apertura con la teoría del caso?
- b. La segunda es ¿por qué ningún código asume, dentro de la etapa de investigación, la teoría del caso?
- c. La tercera es ¿por qué la teoría del caso es una estrategia para los abogados, si, de previo, ha existido una etapa de investigación policial y/o ministerial que ha arribado, necesariamente, a un hecho delictivo, y al probable autor —penalmente responsable— de ese hecho?

Además de esas primeras preguntas hay otras tres que también debe contestar la doctrina para comprender que con la teoría del caso ha sometido a confusión, la teoría del proceso en la teoría del derecho procesal penal y en la teoría del delito:

- a. La primera es ¿es la situación jurídica —propia de la teoría del caso— la teoría del delito, y por ende, debe cifrarse en el cuerpo del delito o en los elementos del tipo penal, dependiendo de la escuela jurídica positiva?
- b. La segunda es ¿es la situación fáctica —propia de la teoría del caso— el descubrimiento del hecho delictivo, objeto propio de la etapa de investigación —y/o preliminar o preparatoria— en el sistema acusatorio que se exige, procesalmente hablando, para la formulación de la imputación?
- c. La tercera es ¿es la cuestión probatoria —propia de la teoría del caso— la investigación del delito, que corresponde en el sistema acusatorio al Ministerio Público y a las policías?

La enseñanza de las técnicas de litigio —que por lo general se concentran en el juicio oral— han resultado ser manuales de conocimiento del sistema acusatorio que, encaminadas “al litigio”, es decir, a los abogados actores en el sistema procesal penal —ya como acusador público o patrocinador de la víctima como acusadora privada o particular, o a los abogados defensores de los

imputados, y en algunas legislaciones, como patrocinadores del actor civil y del demandado civil— ofrecen una “técnica” para enfrentar el juicio oral en el proceso penal.

Comprueba esta realidad, en parte, el propio Carlos Natarén Nandayapa cuando admite:

...de acuerdo con la doctrina chilena, las destrezas más importantes para el litigio oral pueden agruparse en tres categorías: a) Definición de una teoría del caso; es decir, la capacidad para planear estratégicamente el juicio y su preparación; b) Introducción al juicio de la información relevante que sustenta la teoría del caso, mediante el interrogatorio y, en su caso, contra interrogatorio a las partes, los testigos y peritos; c) Uso de la información durante la argumentación inicial, que es, en parte, el anuncio previo de la información que intencionalmente se generará durante el juicio por medio de sus participantes, y el alegato de clausura final, que es la interpretación de la información generada. Se trata de tres actividades de la estrategia de defensa o acusación interrelacionadas, en las que es determinante la teoría del caso, a la cual se subordinan de manera lógica las otras dos.¹²

Si analizamos todos los programas de capacitación que se han impartido a la fecha, estos se limitan a enseñar el alegato de apertura, el alegato de cierre, el interrogatorio de testigos y peritos y el contrainterrogatorio de peritos y testigos. Para todo ello se exige la “construcción” de la propia historia del hecho ilícito, cuando es más propio pensar, con Bacigalupo, que se trata de “una operación mental consistente en vincular un hecho con un pensamiento y comprobar si los elementos del pensamiento se reproducen en el hecho. Particularmente subsumir un hecho bajo las categorías del delito (tipicidad, antijuricidad, culpabilidad, etcétera) consiste en comprobar que dicho hecho posee todas las características esenciales del delito”.¹³ Por eso, muy pocos

¹² Natarén Nandayapa, Carlos y Ramírez Saavedra, Beatriz, *Litigación oral y práctica forense penal*, Oxford, 2009, p. 72.

¹³ Bacigalupo, Enrique, *Técnicas de resolución de casos penales*, Madrid, Colex, 1995, p. 37.

han concentrado la academia en las técnicas de investigación dirigidas a los encargados de la investigación, si bien para los expertos en derecho procesal penal la respuesta a esas técnicas se centra en la criminalística —con todas sus ramas anejas—, la criminología —con todas sus variables científicas—, y la investigación e inteligencia policial.¹⁴

La ciencia criminológica ha dado respuestas, desde hace ya muchos años, al problema de la “teoría del caso”, procurando servir a la función que ocupa en el proceso el Ministerio Público, tanto en la investigación procesal por delito como en la etapa de juicio, como auxiliares de los fiscales de juicio. Alejados de esas “técnicas”, todos los países han sabido “construir” manuales de procedimiento para la capacitación de los órganos de investigación, tanto de la policía como del Ministerio Público, los defensores de oficio y los jueces. Esto ha hecho que, por lo general, las técnicas de litigación y los cursos de capacitación en las técnicas de litigación, resulte una capacitación privada para abogados litigantes. Se entiende, desde el mercadeo de los mismos cursos, que algunos resulten un “barniz” de capacitación y que otros sean un poco más serios. Algunos cursos comprenden la lectura y estudio de textos valiosos referidos al sistema acusatorio procesal penal y otros se limitan al uso del manual. No se puede negar —como he procurado analizar críticamente— que mucho de esto es “negocio”, y mucho de aquello es “competencia” educativa.

¹⁴ A partir del siglo XXI es viable hablar de la magnitud y aporte procesal que encierra el “*lugar de los hechos*”, entendido como el sitio donde se debe comprobar la comisión de conductas punibles, producto de un presunto homicidio, suicidio, explosión, hurto, violación o de cualquiera de los delitos tipificados por el Código Penal. Luego que la autoridad judicial (Ministerio Público) en compañía de los investigadores (pesquisa policial), criminalistas y peritos han establecido, por medio del análisis técnico-científico y de las diferentes diligencias judiciales, que en la actuación intervinieron manos criminales y se tipificó la conducta penal, se estará ante una “escena del crimen o delito”. López Calvo, Pedro y Gómez Silva, Pedro, *Investigación criminal y criminalística*, Colombia, Temis S.S., 2000, p. 11.

¿Cuál podría ser la razón de fracaso en el futuro del sistema acusatorio en México? Si queremos adelantar respuestas o analizar lo que ocurre actualmente en las entidades federativas, esta se encamina casi siempre a las organizaciones policiales y al Ministerio Público. Basta estudiar la situación real de estos dos órganos en los estados de Nuevo León, Chihuahua, Oaxaca, Morelos, Zacatecas, Estado de México, Durango y Baja California para apreciar que, a pesar de la capacitación que se ha recibido, estos órganos impiden el trabajo de los jueces, y que el avance es poco en el momento procesal más adecuado.

La razón es que el Poder Judicial en las entidades federativas ha procurado, a través de las escuelas judiciales, institutos de capacitación y la misma Conatrib, la capacitación de magistrados, jueces y secretarios de acuerdos. Algunas procuradurías han facilitado la capacitación de los agentes del Ministerio Público, y es poco lo que se ha hecho con los órganos policiales, a pesar de la ardua labor del Instituto de Formación Policial (IFP) y el Instituto Nacional de Ciencias Penales (Inacipe), entre otras razones, porque la mayoría de los cursos de estos dos institutos han mezclado la participación de distintos actores, siendo los oficiales de investigación uno más entre muchos.

Los académicos —y algunos abogados expertos— se han centrado más en las técnicas de litigio para abogados que en estos funcionarios, quienes aparentemente no requieren “técnicas” de litigio.

La honradez intelectual ha llevado a muchos juristas al estudio de las “técnicas de litigación” y descubrir en ellas las verdaderas intenciones, y las mismas fuentes dogmáticas de las que surge la famosa “teoría del caso”. Muchos otros se han quedado con la simple técnica. Una gran mayoría ha podido descubrir en ellas herramientas valiosas para mejorar la administración de justicia penal en sus propios países. Rodrigo Rivera Morales —por ejemplo— centra el principio de contradicción —preventivamente— mucho antes del desahogo de prueba en la audiencia de juicio.

En efecto, para el autor citado:

...el principio del contradictorio es entendido, en términos generales, como la posibilidad real y efectiva para las partes de cuestionar preventivamente todo aquello que pueda influir en la decisión. El principio del contradictorio tiene la particularidad de que, además de ser garantía que protege la libertad de las partes en el proceso, facilitan la tarea del conocimiento sobre los hechos.¹⁵

El contradictorio es el único método que permite contestar adecuadamente la demanda o acusación, controlar los medios probatorios ofertados, y participar activamente en la formación de la prueba. Es claro que el principio del contradictorio adquiere mayor dinamicidad en el proceso oral.

Ahora bien, el contradictorio tiene su mayor relevancia en la formación dialéctica de la prueba. En este sentido, la parte contra la cual se postula, se opone o aporta una prueba, debe conocerla. La prueba producida no se puede apreciar si no se ha celebrado con audiencia o con conocimiento de esa parte —*cfr.* el sistema norteamericano denomina *adversary system* o el sistema alemán—. Al proceso no pueden ingresar pruebas en forma subrepticia, clandestina o a espaldas de la contraparte. El principio del contradictorio exige que la prueba se rinda con conocimiento de la otra parte para que tenga oportunidad de hacer valer sus derechos de refutación y contraprueba en el debate probatorio.¹⁶

La pregunta es obvia: ¿si el 90% de las causas se resuelven sin tener que ir a juicio, por qué se ofrecen técnicas de litigio para la etapa de juicio, no así técnicas de litigio para las etapas anteriores?

Sin ignorar la génesis pedagógica del “método del caso”, de los estudios realizados hemos podido clasificar la doctrina en

¹⁵ Guzmán, Nicolás, *La verdad en el proceso penal: una contribución a la epistemología jurídica*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2006, p. 137, *cit.*, por Rivera Morales, Rodrigo, “La pericia en el proceso penal”, *III Encuentro Latinoamericano de Posgrado en Derecho Procesal*, Universidad Central de Venezuela, octubre de 2009.

¹⁶ Rivera Morales, Rodrigo, *op. cit.*

tres áreas, con tres intereses procesales distintos. Los primeros provienen de los procesalistas que procuran descubrir el derecho procesal penal acusatorio para ofrecer una respuesta a la recta administración de justicia. ¿Es lo propio que, si estos académicos escriben, lo hagan en relación con los verdaderos principios del sistema acusatorio? Es decir, los principios de alternatividad, reinserción social y proporcionalidad, los criterios de oportunidad, los derechos de las víctimas, el debido proceso penal y los derechos del imputado sometido a proceso, los principios procesales, los recursos en el sistema procesal penal, la acción civil resarcitoria, el procedimiento abreviado y, la prueba, en particular, su desahogo y, la prueba ilícita. Otros, por lo general, aprovechan el cambio para hacer negocio, y entonces se abocan a la redacción de manuales, el desarrollo de cursos cada vez menos exigentes y cada vez más caros, para ofrecer algunas herramientas de litigación. Un tercer sector se dedica a la capacitación en el sistema acusatorio utilizando la teoría del caso como método del caso.

El primer sector procura discriminar la acción de cada sujeto procesal y órgano de prueba para introducir a cada uno en la función procesal que le corresponde. Es común que esa mayoría que se dedica a las “técnicas de litigación”, confundiendo la teoría del caso con el alegato de apertura y, por ende, centrando las técnicas en la etapa de juicio, sea la que más confunde el proyecto. Por eso, hemos procurado distinguir, para realizar una clasificación que nos permita demostrar lo que hasta este momento hemos venido criticando.

2. Doctrina que integra la teoría del caso en la etapa de investigación

Un grupo de la doctrina ha descubierto que aunque la teoría del caso confundió el método del caso, en el concepto de “teoría del caso” está implícita la etapa de investigación en el proceso penal acusatorio. Entonces, se admite la teoría del caso como recurso

pedagógico, pero se utiliza para las distintas etapas del proceso penal. Procura enseñar, desde la academia, con casos prácticos, la participación de los distintos sujetos procesales en la investigación por delito. No puntualiza en el alegato de apertura y cierre en las técnicas del interrogatorio porque conoce que son propias de la audiencia de desahogo de prueba, es decir, la etapa de juicio oral.

Este grupo de expertos entiende, desde su experiencia, que algunas de las pinceladas que se han dado, desde la reforma constitucional al sistema acusatorio, mismas que provienen de los códigos en ese momento vigentes, no son propias o exclusivas del sistema acusatorio, con lo cual tienen la capacidad de marcar la diferencia. Analizando el sistema procesal penal acusatorio desde la teoría del proceso, concretan:

1. Que los principios rectores asumidos por los códigos mexicanos y traducidos a norma constitucional —publicidad, contradicción, intermediación, concentración y continuidad— son, por lo general, principios que rigen el desahogo de prueba más que el sistema acusatorio, y por lo tanto, no pueden denominarse principios rectores.
2. Que el sistema acusatorio persigue principios procesales más importantes que los propios del desahogo de prueba, como son el de alternatividad, libertad, defensa técnica, letrada y material, lealtad procesal, objetividad, solución del conflicto, reparación del daño, proporcionalidad y reinserción social.
3. Que el sistema acusatorio procura evitar el juicio oral, abocándose a la solución del conflicto, sin denegar, por ello, el derecho del imputado a un juicio justo e imparcial.
4. Que la eficacia de esos mecanismos alternativos está en la eficacia de la investigación por delito, que se asume como “estrategia” en la acción policial y del Ministerio Público.
5. Que la capacitación de los actores debe enfocarse a la técnica procesal, y por ende, al conocimiento del derecho penal y procesal penal.

6. Que la eficacia “técnica” del proceso no se centra en técnicas de alegatos e interrogatorios, a los que es posible no tener que acudir, sino a la conveniencia de la negociación conforme al debido proceso y los derechos de las víctimas.
7. Que los mecanismos alternativos, al beneficiar tanto a víctimas como a imputados, permiten formas procesales de solución del conflicto y renuncian al juicio oral y público, que en todo, perjudican al imputado.
8. Que la mejor técnica procedimental se encuentra en la mejor técnica policial de acopio de prueba a la luz de los principios de transferencia, relación y causalidad, y el imputado, la víctima, el objeto y el lugar, como escenas del crimen.
9. Que el sistema acusatorio no se centra en técnicas de litigio, sino en técnicas de investigación.

En las técnicas de litigación chilena —país que ha influido especialmente en la génesis de la reforma del sistema de justicia penal mexicano— se suscitan concepciones distintas: mientras algunos comprenden la investigación preliminar, para luego analizar la etapa de juicio, con todas sus reservas procesales, otros se estancan en la etapa de juicio como si no existiera la etapa de investigación.

Como siempre ocurre, la posición depende de quien asuma el liderazgo. Chile, por ejemplo, entiende el sistema desde el proceso. Algunos, que se dedicarán a la “capacitación” luego centrarán el estudio en la “teoría del caso”. Sin embargo, desde la Universidad Alberto Hurtado se entiende que

...el diseño del nuevo sistema procesal penal se apoya en la idea de un modelo acusatorio que contempla una fase de investigación informal, a cargo de un órgano de naturaleza administrativa denominado Ministerio Público, que cumple la función de representar el interés de la comunidad en la persecución del delito. En contrapartida, se ha creado un sistema de defensa penal que intenta satisfacer la exigencia constitucional de proveer un abogado que represente en forma profesional y oportuna los inte-

reses del imputado en un proceso, por la vía de homologar en el ámbito de la defensa pública, las exigencias que un particular establece respecto de un abogado privado. La fase de investigación se constituye en el espacio en el que estos dos actores, Ministerio Público y defensa, despliegan estrategias para revelar paulatinamente sus puntos de vista y el conjunto de antecedentes que respaldan sus posiciones, hasta llegar al juicio oral, ocasión en la que encontrarán a un tercero situado en condiciones de imparcialidad y que resolverá el conflicto penal.¹⁷

El profesor Hesbert Benavente, aunque admite la “teoría del caso”, indica:

...si los hechos que el abogado maneja no son subsumibles dentro de un tipo penal no tiene un caso penal sino una historia pura y simple. Si los hechos son subsumibles dentro del tipo penal, pero no hay pruebas, se tiene una buena historia delictiva. Si los hechos son subsumibles dentro del tipo y además se tiene una buena prueba, se tiene un caso.¹⁸

Se trata, en mi interpretación, de una aceptación sin admitir, ya que el mismo autor reconoce:

...las diligencias de investigación preliminar son fundamentales para la construcción del caso, dado que, en la misma se realizan los primeros actos de investigación urgentes o inaplazables destinados a determinar si han tenido lugar los hechos de conocimiento y su delictuosidad, así como asegurar los elementos materiales de su comisión, individualizar a las personas involucradas en su comisión, incluyendo a los agraviados.¹⁹

La fiscal peruana Liliana Ángeles Ramírez sostiene:

El nuevo modelo procesal penal de corte acusatorio le otorga al Ministerio Público... la conducción de la investigación del de-

¹⁷ Blanco Suárez, Rafael *et al.*, *op. cit.*, p. 15.

¹⁸ Benavente Chorres, Hesbert, *Estrategias para el desahogo de la prueba en el juicio oral*, México, Flores Editor, 2010, p. 63.

¹⁹ *Ibidem*, p. 85.

lito; siendo que, con dicho propósito, el fiscal deberá trazar las estrategias más convenientes desde el noticiamiento del delito, las mismas que deberá efectivizar con miras a obtener la mayor información de los hechos objeto del proceso.²⁰

El maestro Benavente Chorres asume la misma posición que la mía, es decir, tanto se ha hablado de la teoría del caso que en lugar de destruirla, la admite, dándole, sin embargo, un giro procesal —más que de litigio— como la solución más viable.²¹ Llegar a la etapa intermedia y/o a la de juicio “armando” una teoría del caso como “estrategia”, es ya un modo de admitir que las etapas anteriores se han manejado sin estrategia alguna. Es tan “falsa” la teoría del caso —como táctica o estrategia únicamente del juicio oral— que el mismo Benavente debe aceptar que existe una fase constructiva, una fase recolectiva, una fase depurativa y una fase expositiva de la teoría del caso; en definitiva, una etapa de investigación, una etapa intermedia y una etapa de juicio.

Si la “teoría del caso” no es una estrategia del Ministerio Público en investigación con la policía, es una farsa procedimental en las demás etapas, pues se ha perdido la prueba en la fase prioritaria de prueba que es la policial. Por ejemplo, si en la escena del crimen no se trabaja bajo una teoría del caso, se ha perdido por ello el noventa por ciento del hallazgo probatorio necesario para demostrar el hecho y al probable autor. He aquí el gran problema procesal que se ocasiona con “determinar” la teoría del caso como “estrategia” del Ministerio Público en la etapa de juicio, pues, como lo ha sostenido Volmar Pérez Ortiz, defensor del pueblo de Colombia, la teoría del caso como estrategia o diagnóstico “no es privativo del juicio oral sino que resulta indispensable desde la primera audiencia preliminar en la que el defensor

²⁰ Ángeles Ramírez, Liliana, *Breves apuntes a la estructura del proceso común en el nuevo código procesal penal peruano*, Iuris Lex Societas, 5 de noviembre de 2009.

²¹ Cfr. Benavente Chorres, Hsbert, *La aplicación de la teoría del caso y la teoría del delito en el proceso penal acusatorio y oral*, México, Flores Editores, 2011.

deba participar y, aún antes, si se trata de indiciado o implicado, de acuerdo con el nuevo Código de Procedimiento Penal”.²²

Al plantear mi hipótesis, no ignoro que el propio Benavente Chorres ha citado a algunos otros autores para conceptualizar respecto a la teoría del caso, pero igualmente coincido con él en que la teoría del caso debe considerarse más bien como “la correspondencia de la hipótesis fáctica, la hipótesis jurídica y la hipótesis probatoria”,²³ teoría que “es elaborada a partir de la prueba —y por ende, en el momento procesal en que el hallazgo y acopio de prueba debe realizarse, no cuando el hallazgo y acopio de prueba debe incorporarse y/o desahogarse— y sus inferencias, y a partir del tipo penal que aparece como posible de aplicar”. En definitiva “esta teoría —dice— es la que guiará la investigación, se someterá al contradictorio en el juicio oral y finalmente se valorará o rechazará en la sentencia”.²⁴

Así lo entiende el abogado Alfredo Huaranga Romero cuando explica lo siguiente:

...la teoría del caso no nace en la etapa del juicio oral sino que está presente desde el momento en que se tiene conocimiento del hecho que es materia de investigación y que es considerado un ilícito penal, procediendo a identificar la acción, el sujeto activo, el sujeto pasivo, los objetos involucrados, las circunstancias de modo, tiempo y lugar, y las compara con los requisitos que en ese

²² Pérez Ortiz, Vomar, *La prueba en el sistema penal acusatorio colombiano*, Módulo IV para Defensores Públicos, presentación, Manual para Colombia, 2008, p. 4. Este Manual de Capacitación resulta de especial importancia; primero, porque siendo colombiano, este es el único país que ha introducido el concepto de “teoría del caso” en el Código Procesal Penal; segundo, porque el manual concentra al abogado defensor de oficio en la “teoría del caso” desde el inicio de la investigación, la oportunidad o no de solicitar prueba anticipada y sus posición estratégica en cada una de las distintas audiencias del proceso penal. Vale agregar que los manuales sobre técnicas de litigio del Perú centran la teoría del caso en la etapa de juicio. *Código Procesal Penal. Manuales Operativos*, Academia de la Magistratura.

²³ Benavente Chorres, Heshbert, *Estrategias para el desahogo...*, cit., p. 68.

²⁴ *Idem*.

mismo sentido exige el tipo penal, es decir se empieza a armar la historia criminal identificando personajes, lugares y detalles.²⁵

Aunque con una explicación más confusa, influido quizá por los textos ya criticados, sigue nuestra posición el magistrado Arturo León de la Vega del Tribunal Superior de Justicia del Estado de Oaxaca que al definir la teoría del caso la considera como la “herramienta más importante para planear la actuación del proceso” que “cada una de las partes empieza a construir desde el momento en que tienen conocimiento de los hechos”. Agrega entonces, para mayor claridad, que la teoría del caso “primero se plantea como hipótesis de lo que pudo haber ocurrido, hipótesis que debe verificarse o comprobarse mediante las diligencias que se practican durante la investigación”.

Con claridad de ideas, Rafael Blanco Suárez entendió:

...arribar al juicio oral supone por parte del órgano acusador contar con un relato acompañado de antecedentes que lo respaldan; tales como, declaraciones de testigos o peritos, documentos en los cuales se basa, funda y sostiene el relato de los hechos que alega el acusador, pruebas materiales, etcétera. A su turno, la defensa desplegará un relato paralelo que, apoyado igualmente en los antecedentes recopilados durante su investigación o por el propio Ministerio Público, intentará desdibujar el relato de la fiscalía, explicando los hechos desde una óptica diferente. El defensor tendrá que optar por la construcción de un relato alternativo (defensa positiva) o basado en la concentración puntual sobre problemas, inexactitudes o contradicciones de las pruebas de la fiscalía (defensa negativa), o combinar ambas modalidades de un modo coherente y verosímil.²⁶

Aunque a la par, influida por las “técnicas de litigio”, la doctora María Elena Contreras admite, previo a la teoría del caso, la existencia de una acusación:

²⁵ Huaranga Romero, Alfredo, “Importancia de la teoría del caso en el nuevo Código Procesal Penal”, *Revista Virtual Iuris*, Perú, 20 de mayo de 2008.

²⁶ Blanco Suárez, Rafael *et al.*, *op. cit.*, p. 15.

...la actividad y dinamismo que impregnen las partes en el proceso penal debe canalizarse en las imputaciones o cargos que el Ministerio Público formule en su acusación, caso contrario, el proceso penal caería en un desorden procesal en donde cada parte apuntaría a diferentes blancos. La necesidad de la acusación fiscal es tal, que sin ella no habría la necesidad de continuar con un proceso penal. Esta es la exigencia que trae el *acusatorio* y, que a su vez, exige que el Ministerio Público sea el director de las investigaciones, por la sencilla razón que investigar y acusar son las dos caras de la misma moneda: Se investiga para saber si se acusará, y se acusa de lo que se ha investigado. Por otro lado, el dotar de esa importancia a la Fiscalía no significa el minimizar la labor de la defensa, al contrario, en aras de la igualdad procesal (o de armas) los medios de investigación y de probanza que la ley flanquea a la fiscalía lo debe también ejercer la defensa. Ambos deben tener los mismos derechos procesales para alcanzar las fuentes de información, procesarla, analizarla e integrarla en interés a su teoría del caso que presentará ante el órgano jurisdiccional. Para ello, ambas partes deben entender que son *adversarios*, contrincantes, rivales, en el proceso penal, y que deben desplegar su mayor esfuerzo en aras de sus intereses procesales. Si esto así ocurre, el debate que se dará en el juicio oral estará enriquecido de contenido e información que facilitará una adecuada decisión por parte del juzgador.²⁷

En el mismo sentido, Jorge Sánchez Álvarez, defensor de oficio, define la teoría del caso como

...la visión estratégica del litigante para resolver un caso concreto, lo que significa que ésta debe permitir al fiscal o al abogado adoptar las decisiones adecuadas en el momento oportuno. La teoría del caso es la visión estratégica de cómo se va afrontar el caso, con miras a llegar al juicio oral. Es el planteamiento que el fiscal o el abogado realizan sobre los hechos penalmente relevantes,

²⁷ Contreras González, María Elena, “Modelo Acusatorio con tendencia adversarial en el nuevo Código Procesal Penal”, *Revista Internauta de Práctica Jurídica*, núm. 20, julio-diciembre de 2007.

las pruebas que lo sustentan y los fundamentos jurídicos que lo afirman.²⁸

Coincide con el defensor citado el fiscal de Piura, Jorge Rosas Yataco que sostiene:

...la investigación debe ser dinámica, por tanto, el fiscal debe asumir también una actitud dinámica, recolectando los elementos de prueba que le permita en el futuro elaborar una teoría del caso, pero para ello tendrá que desprenderse de formalidades y ritualismos. Lo importante es llegar a cumplir con los fines de la investigación y aclarar la imputación hecha y para dicho cometido tendrá que imprimir en su actuación ese dinamismo en plantearse las hipótesis ante un caso conjuntamente con la Policía. El Fiscal ya no es más un funcionario de escritorio, encerrado en cuatro paredes y examinando friamente un expediente, el fiscal tiene que salir a buscar sus elementos de convicción o evidencias que le van a permitir sustentar una posición.²⁹

Carlos Manuel Lee Vásquez, defensor de oficio de Panamá, al plantearse el problema de la implementación del sistema acusatorio en su país y la función que corresponde a la defensa, se preocupa de la investigación preliminar más que de la acción en juicio. En efecto, su preocupación es no contar “con personal que apoye a la defensa en la parte de investigación, así como peritos que ayuden a proveer a la defensa de los elementos necesarios para adversar al Ministerio Público frente a sus pretensiones”, porque entiende que en el sistema acusatorio, el abogado defensor

...deberá realizar su propia investigación, ha de lograr su propia información del caso si quiere tener éxito en desvirtuar la pretensión del fiscal que quiere demostrar ante el juez. Deberá tener

²⁸ Sánchez Álvarez, Jorge, “Análisis de la teoría del caso según el nuevo sistema procesal penal”, en *Panorama Cajamarquino*, 22 de septiembre de 2009.

²⁹ Rosas Yataco, Jorge, “Breves anotaciones a la investigación preparatoria en el nuevo código procesal penal”, en revista electrónica *Análisis del Derecho*, CISE, p. 3.

la capacidad para interrogar a los testigos con el fin de detectar fallas o contradicciones que creen dudas sobre la tesis de la acusación, visitar el lugar de los hechos con el fin de preparar su defensa, apartar pruebas técnicas o científicas que puedan confrontar las versiones de los hechos que plantea la fiscalía.³⁰

Para el fiscal Rosas Yataco, la teoría del caso es un efecto de la investigación, no así una propuesta en la etapa de juicio, pues entiende con su experiencia de fiscal lo siguiente:

...la investigación científica del delito, es el conjunto de procedimientos que se utilizan para explicar el fenómeno del delito y el delincuente, aplicando en ellos conocimientos científicos y técnicos. Puede abarcar el estudio de diversos aspectos como la etiología, incidencia, relación, efectos, tendencias, etcétera. Por otro lado, la investigación policial es el proceso metodológico, continuo, organizado, especializado y preciso de análisis y síntesis que el pesquia policial desarrolla respecto a los diversos aspectos que expliquen la perpetración de un delito a fin de lograr su esclarecimiento.³¹

Con ese criterio, citando a Binder, explica que la investigación es “una actividad eminentemente creativa, en la que se trata de superar un estado de incertidumbre mediante la búsqueda de todos aquellos medios que puedan aportar la información que acabe con esa incertidumbre. Se trata pues, de la actividad que encuentra o descubre los medios que servirán como prueba en el proceso”.³² Finalmente, Arsenio Oré Guardia y Giulliana Loza Ávalos, al analizar las características de la teoría del caso, dirán, en lo que ahora interesa, que el mismo “se diseña desde el momento en que se asume el caso: A partir de allí se construye de manera secuencial

³⁰ Lee Vásquez, Carlos Manuel, *La defensa pública en el sistema acusatorio panameño*, VI Programa Interamericano de Formación de Capacitadores para la Reforma Procesal Penal, 2009.

³¹ Rosas Yataco, Jorge, *op. cit.*, p. 4.

³² Binder, Eduardo, *Iniciación al proceso penal acusatorio, alternativas*, Lima, 2002, p. 45, *cit.* por Rosas Yataco, Jorge, *op. cit.*, p. 5.

y ordenada”. Aunque admiten que “la teoría del caso se orienta al juicio oral”, precisan que

...la teoría del caso es mutable durante la investigación: Desde que se asume el caso y durante toda la investigación la teoría del caso es mutable. La teoría del caso puede cambiar e ir evolucionando hasta la acusación fiscal, a partir de la cual es inamovible, porque en el juicio oral ya no se puede generar nueva evidencia.³³

Cabe agregar que aun cuando el Código Procesal Penal de Colombia admite la figura de la “teoría del caso” (artículo 371), uno de sus manuales de capacitación, a la vez que admite que el “propósito de cada una de las partes en juicio es convencer al juzgador de que su versión o interpretación de los hechos es la correcta, que su teoría del caso, y no la de la contraparte, es la que debe acoger”,³⁴ y por ende, la “teoría del caso es, pues, el planteamiento que la acusación o la defensa hace sobre los hechos penalmente relevantes, las pruebas que los sustentan y los fundamentos jurídicos que los apoyan”, admite, concomitantemente, coherente con nuestro planteamiento, lo siguiente:

...la teoría del caso se empieza a construir desde el primer momento en que se tiene conocimiento de los hechos. Una vez que se posea la información que servirá a cada una de las partes se debe definir cuál será la teoría del caso por demostrar. Se plantea inicialmente como hipótesis de lo que pudo haber ocurrido. Estas hipótesis deben estar sujetas a verificación o comprobación mediante las diligencias que se practican durante la investigación. Las hipótesis de investigación se convierten en teoría al finalizar la misma. Se modifica y se ajusta hasta que empieza el juicio.³⁵

³³ Oré Guardia, Arsemio y Loza Ávalos, Giulliana, *Teoría del caso*, Perú, Instituto de Ciencia Procesal Penal.

³⁴ *Técnicas del Proceso Oral en el Sistema Penal Acusatorio Colombiano*, Programa de Fortalecimiento de Justicia / USAID Colombia, República de Colombia, Bogotá, marzo de 2009, p. 123.

³⁵ *Ibidem*, p. 124.

Esa postura en México debe considerarse con cuidado, pues si la “litis” se cierra con el auto de vinculación, es difícil hablar de “modificación” y “ajuste” del hecho delictivo admitido en el auto de apertura a juicio. En el mismo sentido, en el *Manual de procedimientos de la fiscalía de Colombia* se aconseja al Ministerio Público realizar

...sesiones de trabajo con el investigador de policía judicial para elaborar el programa metodológico dirigido a precisar los objetivos de la hipótesis delictiva; evaluar la información recibida; delimitar y asignar tareas; establecer los procedimientos de control para la realización de las labores y recursos de mejoramiento para adelantar la misión; determinar las actividades que requieren control judicial, entre otros aspectos que en el futuro serán necesarios para preparar y elaborar la teoría del caso, ante una eventual acusación. Ordenar la realización de los actos de investigación que no impliquen restricción de derechos fundamentales.

3. Doctrina que confunde teoría del caso con estrategia en juicio

La doctrina que confunde la teoría del caso con estrategia en juicio involucra varios supuestos procesales en el sistema acusatorio:

1. Consideran que los principios rectores del sistema acusatorio son los de oralidad, intermediación, contradicción, continuidad y concentración.
2. Concentran el estudio del proceso penal en la etapa de juicio oral.
3. Centran la capacitación en los abogados, a los que ubican, únicamente, en la audiencia de juicio oral.
4. Ignoran la determinación del hecho ilícito como efecto de la investigación policial y/o ministerial del delito, y lo conciben como una “estrategia” fáctica que debe convencer, porque debe probarse en la audiencia del debate.

5. Confunden en la “teoría del caso” la teoría del delito.
6. Confunden “método del caso” con “teoría del caso”.

En efecto, Valerio Jeminián, dominicano, al admitir la importancia de la técnicas de litigio en el sistema acusatorio, acepta, a la vez, que “el avance ha sido únicamente en cuanto a la forma del juicio..., pero quedan aún grandes retos respecto a las posiciones de la teoría del proceso y de la dogmática jurídico-penal para completar la obra iniciada con las técnicas de litigación”.³⁶

Desde esa posición considera que

...la teoría del caso con sus tres proposiciones fácticas, jurídicas y probatorias ordena desde el inicio el debate. Ello permite verificar un escenario común entre las partes, en que ambas tienen que fijar posiciones sobre cada proposición, lo que trae como consecuencia que el juzgador pueda determinar en el juicio qué argumento tiene mayor peso jurídico y qué pruebas avalan esta situación, punto fundamental en un sistema procesal acusatorio.³⁷

McCullough sostendrá que la teoría del caso es “la historia que el abogado quiere que acepte el juzgador... Es la ‘trama’ para su obra que es el juicio”.³⁸ Admitir este concepto es aceptar, por un lado, que el derecho penal se ha alejado del principio de legalidad, que el juicio oral es un teatro:

...la teoría del delito es un presupuesto sobre el cual el proceso entra en mofa, y que no es la prueba la que demuestra la verdad de un hecho, por el contrario, la farsa de un debate, en que prosperan las cualidades y capacidades de los oradores. Se entiende, bajo este concepto, por qué —por ejemplo— en los Estados Uni-

³⁶ Valerio Jeminián, Miguel Ernesto, *Gaceta Judicial*, República Dominicana, Derecho y Litigación, Buenas Tareas, 2010.

³⁷ *Idem*.

³⁸ McCullough, Michael, *Teoría del caso y tema*, citado por Pastrana Berdejo, Juan David y Benavente Chorres, Heshbert, *El juicio oral. Técnicas y estrategias de litigación oral*, 2a. ed., México, Flores Editor, 2010, p. 153.

dos de Norteamérica hay expertos en juicios orales y expertos en negociación de causas penales. Sin embargo, sobre este o conceptos parecidos, se ha sustentado en Latinoamérica la “teoría del caso.

Tantaleán Odar dirá de la teoría del caso que “no es más que el planteamiento que la acusación o la defensa hace sobre los hechos penalmente relevantes, las pruebas que los sustentan y los fundamentos jurídicos que lo apoyan”,³⁹ lo que confunde con el planteamiento que las partes hacen en la etapa intermedia, o el que utilizan para el alegato de cierre del juicio oral.

Para Julio César Torrico Salinas la teoría del caso es “una explicación jurídica”⁴⁰ que para el Ministerio Público conlleva convencer el por qué “ciertos hechos ocurridos deben dar una sanción penal”, y para la defensa, “del por qué no debe sancionarse al ser humano a quien se atribuye una conducta”, tesitura que nos coloca más ante una teoría de la penalidad que ante el derecho penal. Nótese que, en el mismo sentido, Claudio Lovera dirá que la teoría del caso es “la narración sucinta de los hechos o de la historia que será presentada y sobre la que se pretende su aceptación... debe ser la trama para la obra del fiscal que es el juicio”.⁴¹

Diana Estela Regalado se preocupa más de las técnicas de litigio que de la teoría del caso, en relación con el principio de inocencia. Parte de que la etapa de juicio es la fase estelar del proceso. Con ese criterio considera que las técnicas de litigación

³⁹ Tantaleán Odar, Christian Fernando, “Principios básicos del interrogatorio directo en base a las exigencias del nuevo Código Procesal Penal Peruano”, *Derecho y Cambio Social, Revista Jurídica Cajamarca*, avances 15, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Privada Antonio Guillermo Urrelo de Cajamarca, Colombia.

⁴⁰ Torrico Salinas, Julio César, *Estrategias de litigación. Teoría del caso y dibujo de ejecución*, Sistemas Judiciales, Bolivia, Instituto de la Judicatura, 2002, cit. por Benavente Chorres, Heshbert, *Estrategias para el desahogo...*, cit., p. 66.

⁴¹ Lovera, Claudio, *Teoría del caso*, cit. por Benavente Chorres, Heshbert, *Estrategias para el desahogo...*, cit., p. 67.

...pueden ser definidas como las destrezas y habilidades utilizadas en la etapa estelar del proceso penal, es decir en el juzgamiento, a efectos de demostrar cada una de las hipótesis sostenidas por las partes en litigio. Estas técnicas de litigación oral, contribuyen de forma relevante en el cumplimiento y realización de los principios del juicio oral, como son el de inmediación, contradicción, oralidad y publicidad... [y] para la aplicación de las técnicas de litigación oral, se debe partir por reconocer que la prueba no habla sola, sino a través de los litigantes, de modo que depende de ellos se despliegue plenamente o extravié en detalles intrascendentes, pase inadvertido o pierda credibilidad; y que la mejor forma de producir la mayor cantidad de información de calidad, es en el contradictorio, con la utilización de las indicadas técnicas, que implican o comprenden, además de la elaboración de la teoría del caso, saber cómo realizar un efectivo examen directo, contra examen, presentar la prueba material, saber objetar, saber realizar un buen alegato de apertura y alegato de clausura; todo ello, con el propósito de establecer sólidas bases para juzgar y emitir un fallo justo.⁴²

Augusto Renzo Espinoza ha dicho que

...litigar en un juicio oral es un ejercicio profundamente estratégico, tanto para quien acusa como para quien defiende, implica el diseño de una teoría del caso, en donde cada parte busca explicar cómo ocurrieron los hechos y la participación del imputado en ellos, con la única finalidad de convencer al Juez de que su versión es la verdadera.⁴³

Su posición, como hemos venido criticando, es centrar la “teoría del caso” en la etapa de juicio, y la razón de esa teoría es convencer al tribunal. Omite decir, con ese argumento, que los hechos de la acusación ingresan a la etapa del juicio producto de

⁴² Regalado Urquiaga, Diana Estela, *Relación entre el principio de presunción de inocencia y las técnicas de litigación oral*, Universidad Nacional de Trujillo, 5 de febrero de 2010.

⁴³ Espinoza Bonifaz, Augusto Renzo, “Estrategias de litigación penal: teoría del caso”, en <http://www.derechopenalonline.com/derecho.php>.

la investigación y conocidos desde la formulación de la imputación. Así se entiende cuando sigue diciendo que

...el litigante en el juicio oral debe narrar y persuadir. Esa será su principal tarea y primordial objetivo. Esto no solo se logrará con tener habilidad histriónica y talento intuitivo, sino será necesario el diseño de una teoría del caso consistente, suficientemente probada y adecuadamente expuesta que tenga por finalidad lograr una decisión favorable por parte del juez.⁴⁴

Para el autor de cita, la teoría del caso es

...un ángulo, un punto de vista desde el cual mirar la prueba, en términos tales que si el juez la mira desde allí verá en ella lo que nosotros vemos. Es nuestra simple, lógica y persuasiva historia acerca de lo que realmente ocurrió, la brújula del litigante, un mapa que se diseña desde el momento en que se tiene conocimiento de los hechos.⁴⁵

Christian Salas Beteta, quien promoció un seminario sobre técnicas de litigación oral, y pautas del juicio oral, sostiene:

...en un proceso adversarial, el debate se torna necesario, pues al motivar su decisión, el juez expresa sus razones o fundamentos. Tal motivación exige someter el derecho y la prueba a controversia. Así tenemos que cada una de las partes al desarrollar su tesis se convierten en colaboradores del juez, pues le aportan ideas y elementos para que pueda fallar. En el sistema acusatorio la actuación está orientada por la idea de debate, de contradicción, de lucha de partes contrarias. Es un diálogo abierto entre los intervinientes del proceso, sujeto a acciones y reacciones, quienes armados de la razón luchan por el predominio de su tesis.⁴⁶

⁴⁴ *Idem*. El autor, de la Procuraduría Pública Anticorrupción del Perú, se apoya particularmente en Andrés Baytelman y Mauricio Duce, *Litigación penal, juicio oral y prueba*, cit.

⁴⁵ Espinoza Bonifaz, Augusto Renzo, *op. cit.*

⁴⁶ Salas Beteta, Christian, *Seminario sobre técnicas de litigación oral y pautas del juicio oral*, Perú, octubre de 2007.

Dicho autor define la teoría del caso como “la brújula del litigante, es un mapa sobre el que se ha diseñado el transcurso del proceso, es el planteamiento que el fiscal y el abogado defensor hace sobre los hechos penalmente relevantes, los fundamentos jurídicos que lo apoyan y las pruebas que los sustentan”. Sin embargo, luego la confunde con los alegatos de las partes, pues sostiene que “el fin de las alegaciones orales es persuadir al juez”. De hecho, Salas Beteta considera que

...el discurso judicial tiene un objetivo general y uno o varios objetivos específicos, que al ser concretados permiten construir lógicamente el discurso. El objetivo general es persuadir, convencer. Persuadir significa ganar la adhesión a la tesis o teoría del caso que se plantea, es lo que se desea que el auditorio o público crea o decida. De ahí la importancia que en esta fase se procure conocer al auditorio, en particular al juez y a los jurados que desea convencer, esto le permitirá adaptarse a su público y precisar sus objetivos. Es fundamental analizar el auditorio, por cuanto esto guía para determinar los objetivos, desarrollar estrategias, seleccionar el material de apoyo, organizar el material y pronunciar el discurso.

Como puede notarse, todos los autores citados centran el proceso penal en el juicio oral, y las técnicas de litigio en la etapa de juicio. Sin embargo, como técnica de litigio, la prueba no puede “prefijarse” en el desahogo, sin considerar que la misma ha sido previamente hallada, copiada, procesada y, posteriormente, incorporada al proceso. No resulta estratégico “analizar” el medio de prueba desahogado en juicio si no se ha participado en él, contradiciéndola, en la etapa en que la misma ha sido procesada. No podemos ignorar la especial estrategia que exige la audiencia intermedia para alegar la nulidad o ilicitud del medio de prueba y/o para tener por comprobados algunos hechos delictivos antes del juicio.

4. *Doctrina que confunde teoría del caso con alegato de apertura*

Las confusiones en que incurren los autores que asemejan teoría del caso con la estrategia en juicio a través de las técnicas de litigio, admiten la existencia de un hecho delictivo y la probable responsabilidad.

Los que confunden la teoría del caso con el alegato de apertura parece que entienden la etapa de juicio como la única etapa del proceso, lo que les permite admitir que el juicio se abre y define con el alegato, como si dicho alegato definiera la litis sobre la cual se entabla el debate. Es lo que ocurre, por ejemplo, con la profesora peruana Ana Calderón Sumarriva al sostener que

...el Fiscal y la defensa le deberán presentar una hipótesis sobre los hechos (teoría del caso) en un alegato preliminar, buscando vincular, en forma coherente y creíble, los hechos de la causa, la teoría legal y la prueba. Luego deberá introducirse la información en el juzgamiento, con el objetivo de demostrar la hipótesis.⁴⁷

Este equívoco permite confundir el mismo objetivo del alegato de apertura pues, como ocurre con Calderón Sumarriva y muchos otros que veremos, introducen con el alegato la teoría legal y la prueba. Así lo vemos también en Alberto José Prieto Vera, defensor colombiano, al explicar que en el juicio oral

...se llevan a cabo los alegatos o argumentaciones de apertura, obligatorios para el fiscal y potestativos para la defensa, en los que cada parte hace una exposición breve de su teoría del caso,

⁴⁷ Calderón Sumarriva, Ana, “El juez en el nuevo Código Procesal Penal Peruano”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Garantista*, 2006. Para la autora citada, el juicio oral peruano —según su interpretación, porque la norma dice lo contrario— no se inicia con una acusación y/o con los hechos admitidos en el auto de apertura a juicio, sino, como se desprende de su artículo, de una “hipótesis” que debe ser demostrada en juicio, a la que llama “teoría del caso”.

entendiendo por ésta la hipótesis fáctica, jurídica y probatoria, para que el juez tenga una visión de la prueba que desfilará en el juicio y lo que se busca al presentarla.⁴⁸

Baytelman y Duce —cuyo libro sobre litigación y juicio oral me gusta como una verdadera estrategia del juicio oral para abogados litigantes que han llegado tarde al proceso— parten de un principio, a mi criterio, equivocado que por influencia en distintos países, ha sido copiado en otros textos y manuales. Para ellos, desde el alegato de apertura “la teoría del caso es, por sobre todas las cosas, un punto de vista. Siendo el juicio penal ineludiblemente un asunto de versiones en competencia”,⁴⁹ así, la “técnica” y la “estrategia” termina siendo, en definitiva, un asunto del “mejor alegato” —el mejor punto de vista, diríamos con los autores citados— para “convencer” al juez o tribunal. En efecto, centrando el proceso en la etapa de juicio —como se ha criticado—, sostienen que “la teoría del caso es un ángulo desde el cual se ve toda la prueba, un sillón cómodo y mullido desde el cual se aprecia la información que el juicio arroja, en términos tales que si el tribunal contempla el juicio desde ese sillón, llegará a las conclusiones que le estamos ofreciendo”,⁵⁰ consecuentemente

...el alegato de apertura es una actividad fundamental del litigante, pues constituye la oportunidad para presentar su teoría del caso ante el tribunal. Por medio del alegato de apertura, los jueces tomarán por primera vez contacto con los hechos y antecedentes que fundamentan el caso de la parte.⁵¹

Es claro que iniciar la “estrategia” del juicio oral —como “técnica de litigio”— con el alegato de apertura es, en primer lu-

⁴⁸ Prieto Vera, Alberto José, *Esquema del proceso penal en el sistema acusatorio colombiano*, agosto de 2004, en <http://www.defensoria.org.co/pdf/publica/apelaciones>.

⁴⁹ Baytelman, Andrés y Duce, Mauricio, *Litigación penal y judicial...*, cit., p. 37.

⁵⁰ *Idem*.

⁵¹ *Ibidem*, p. 178.

gar, rechazar el principio acusatorio; en segundo lugar, admitir la ausencia de lealtad y objetividad del órgano acusador o aceptar la presencia de hechos falsos sustentados en pruebas igualmente falsas. Bajo estos supuestos, tendríamos que preguntarnos si se trata, más bien, de la estrategia de cómo descubrir la verdad desde la mentira en el juicio.

Pero, especialmente, partir de una realidad que por lo menos para México no se está considerando para la audiencia de juicio oral, y es la secuencia —como exigencia constitucional— de un hecho delictivo (artículo 16) que debe fundamentar cualquier acto de autoridad, en particular, la legítima detención en flagrancia o caso urgente (artículo 16); la orden de aprehensión (artículo 16); el auto de vinculación a proceso (artículo 19) que legitima el dictado de medidas cautelares de carácter personal (artículos 18 y 19), mismo hecho que debe sustentar la acusación, el auto de apertura a juicio, y que finalmente, abre la audiencia de debate.

El juez José Leovigildo Martínez Hidalgo incurre en este error cuando, al copiar a Rafael Blanco Suárez,⁵² sostiene que

⁵² Blanco Suárez, Rafael *et al.*, *op. cit.* “El discurso de apertura es el primer relato de las partes ante el tribunal oral en lo penal, cuyo objetivo principal es dar a conocer la teoría del caso y ofrecer a los jueces una mirada particular sobre los hechos. También puede conceptualizarse como aquel relato inicial que presenta los hechos desde la posición de cada litigante, con el objeto de ofrecer al tribunal una óptica, lente, o mirada coherente, completa y creíble de los mismos, a partir de la cual los jueces logren ordenar, entender y aceptar los hechos del caso. De lo que se trata es de intentar persuadir al tribunal oral con una teoría del caso definida, que logre formar en el tribunal una imagen de lo ocurrido y a partir de la cual pueda seguir la presentación de las evidencias del caso. Bien podría decirse que el discurso de apertura equivale de algún modo al guión resumido de una obra de teatro que le es entregada al espectador para que pueda de modo más sencillo, entender las distintas escenas que componen la obra, pudiendo de esta forma darle coherencia a los distintos momentos del desarrollo de la misma. Desde el punto de vista de la importancia estratégica del discurso de apertura, vale tener presente que se trata de la primera (y quizá única) oportunidad que tienen las partes para transmitir al tribunal el sentido y las características de la teoría del caso propia. En general, lo que hace el litigante, y obligatoriamente el fiscal, es mostrar las piezas centrales que cons-

...el discurso de apertura es el primer relato de las partes ante el juez de juicio oral, cuyo objetivo principal es dar a conocer (la teoría del caso) su concepción acerca de las posiciones planteadas ya en la acusación, o bien, las posiciones que se deduzcan respecto de los cargos formulados, y ofrecer a los jueces una mirada particular sobre los hechos. También puede conceptualizarse como aquel relato inicial que presenta los hechos desde la posición de cada litigante, con el objeto de ofrecer al juez una óptica, lente o mirada coherente, completa y creíble de los mismos, a partir de la cual, los jueces logren ordenar, entender y aceptar los hechos del caso.

El tribunal de juicio no abre el debate con un “extraordinario” alegato de apertura que cambia su concepción de la realidad, que proviene de una etapa de investigación, filtrada en la etapa intermedia. Contrario al sistema de “litigio anglosajón”, nuestros tribunales de juicio no ignoran el hecho delictivo que se acusa. Lo afirma el propio juez Martínez Hidalgo cuando, citando el Código del Estado de México, admite que “el juez señalará las acusaciones que deberán ser objeto de juicio contenidas en el auto de apertura a juicio”.⁵³ De derecho conoce el hecho y, a la vez, los acuerdos probatorios, las pruebas descartadas y/o rechazadas y las pruebas admitidas, y los criterios esgrimidos por las partes en audiencias anteriores. Abre el juicio oral y público para

tituyen el caso de una manera ordenada y comprensible. Al tratarse del primer momento en el cual el litigante se dirige al tribunal, el discurso de apertura puede ser aprovechado asimismo para mostrar un rostro humano del conflicto, y en especial mostrar seriedad y credibilidad”. Blanco Suárez, Rafael *et al.*, *op. cit.*, p. 156.

Resulta de importancia la corrección que del concepto hace el juez del Estado de Morelos al prescindir del concepto de “teoría del caso” y sumar la “acusación” en la definición. Sin embargo, no resulta acertado que, a la vez, introduzca la frase “posiciones que se deduzcan respecto de los cargos formulados”, pues con ello permite un cambio de posición fáctica por parte del Ministerio Público, lo que no admite nuestra disposición constitucional ni el propio Código del Estado de México.

⁵³ Martínez Hidalgo, José Leovigildo, *Nuevo sistema de justicia penal para el estado de Hidalgo*, capítulo XII, Etapa de juicio oral, México, Porrúa, 2010, p. 215.

el desahogo de pruebas, porque ha sido convocado por el juez de la etapa intermedia cuando le remite el auto de apertura a juicio. Lo hace propiamente con el auto de apertura a juicio, porque existió, de previo, una acusación formal. Nuestro juez o tribunal de juicio no es un órgano judicial ignorante —como sí lo es el jurado— que llega al debate para enterarse del suceso histórico acontecido en la voz del órgano acusador o del abogado defensor.

Por este motivo, los que opinan que el juicio oral se abre con el alegato de apertura, consideran que el debate se entabla cuando, determinado el “móvil” sin que exista “coartada” del acusado, el juicio resulta el modo procesal para descubrir, con los indicios, la responsabilidad penal del imputado ante el jurado. Como diría Gómez Colomer, el sistema adversarial de los Estados Unidos enfrenta “problemas reales” que no conviene dejar de lado;

...por ejemplo, el inmenso poder de la policía, la amplísima discrecionalidad del fiscal a la hora de decidir la acusación, el papel demasiado pasivo del juez, el gran poder de las partes para conformar el proceso, la casi ausencia de límites en la negociación sobre la culpabilidad y la sanción a aplicar, la no fundamentación del veredicto del jurado o las limitaciones del recurso de apelación.⁵⁴

Bajo esa tesis, Sergio Casanueva Reguart confundirá alegato de apertura con teoría del caso. Citando a Patricio Llanacamán Nieto, definirá los alegatos de apertura como “la facultad de todo litigante de exponer oralmente su ‘teoría del caso’ al tribunal del juicio oral en lo penal”.⁵⁵ A partir de esa definición, Casanueva Reguart ofrecerá una serie de respuestas —desde mi criterio, equivocadas— de lo que es la teoría del caso y lo que es el alegato de apertura. En efecto, para el autor de cita el juicio oral es el momento procesal para exponer ante el juez “las pretensiones

⁵⁴ Gómez Colomer, Juan Luis, *El sistema de enjuiciamiento criminal propio de un Estado de derecho*, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2008, p. 51.

⁵⁵ Llanacamán Nieto, Patricio, *El juicio oral penal*, Santiago de Chile, Ediciones Jurídicas, 2003, cit. por Casanueva Reguart, Sergio, *El juicio oral, teoría y práctica*, 3a. ed., México, Porrúa, 2008.

motivo de sus reclamos, de manera tal que el juez, a través de esta exposición, conozca de manera directa el problema ante el cual tendrá que formular una resolución”.⁵⁶ ¿Por qué no puede aceptarse esta primera conclusión? Hay varias respuestas, algunas ya han sido analizadas en este libro. La primera —particularmente para México— es que el hecho delictivo y el probable responsable ya ha sido predeterminado —por mandato del artículo 19 constitucional— en el auto de vinculación a proceso. De hecho, el primer acto procesal que debe hacer el juez o tribunal de juicio es determinar si los hechos del auto de apertura a juicio —con el cual dicho tribunal inicia el debate de juicio oral— reúnen los mismos hechos del auto de vinculación a proceso. No se trata, por tanto, como sí ocurre en el caso de los jurados, de un juez o tribunal que ignora el hecho sobre el cual procede el juicio.

Casanueva Reguart dirá, posteriormente, que “la presentación de la teoría del caso se realiza... a través del alegato de apertura”.⁵⁷ Con esa finalidad repetirá el concepto diciendo que “ese alegato de apertura, es la primera ocasión de poner en contacto al juez con los hechos y los antecedentes del caso que se le va a plantear, el cual se le va a fundamentar desde la perspectiva adversarial”.⁵⁸ Como si estuviera confundiendo al juez o tribunal de juicio con el jurado —porque está copiando de Llanacamán las técnicas de litigio anglosajonas—, dirá que ese alegato es fundamental “para mostrar al juez el tema de la teoría del caso y la visión que de ella tiene cada sujeto procesal” porque “contiene todos los elementos de la teoría del caso; es una narración persuasiva de los hechos (elemento fáctico), de los fundamentos jurídicos que permiten soportar legal y doctrinalmente la tesis (elemento jurídico) y de las pruebas”.⁵⁹

A partir de ese momento, Casanueva Reguart ofrecerá —copiando de otros autores— el modo como se plantea, como estra-

⁵⁶ Casanueva Reguart, Sergio, *op. cit.*, p. 122.

⁵⁷ *Idem.*

⁵⁸ *Idem.*

⁵⁹ *Ibidem*, p. 123.

tegia, la teoría del caso en el alegato de apertura, para finalizar citando a Gerardo Laveaga Rendón, que señala que el alegato de apertura “no es un puro ejercicio de retórica u oratoria... Las palabras, imágenes retóricas u otras equivalentes pueden ser útiles, pero atención, que si no están al servicio de una teoría del caso sólida y consistente, por sí mismas no tienen ningún valor en el alegato de apertura y deben ser evitadas”.⁶⁰

El juez del estado de Oaxaca, Israel González Zurita, que para argumentar cita los manuales y técnicas de litigio escritas para Chile,⁶¹ de igual modo, confundirá, pero a la vez interpretará, que las normas del Código de Procedimientos Penales para el estado de Oaxaca contienen la “teoría del caso” en el “alegato de apertura”. En efecto, al citar el artículo 362 del código de su jurisdicción interpreta que la exposición del Ministerio Público “en forma oral, breve, clara y sumaria, las posiciones planteadas en la formalización de la acusación” es la teoría del caso.

A pesar de que se trata de un juez de legalidad que no puede ignorar los fundamentos constitucionales y, aun cuando el Código de Oaxaca no contiene en su normativa la teoría del caso, el juez González Zurita asume que

...el nuevo sistema procesal, introduce un juicio oral acusatorio-adversarial, que contempla garantías procesales básicas, como lo son la oralidad, publicidad, intermediación, concentración, contradicción, continuidad, y en torno a su propia estructura, se dará el debate entre las partes contendientes, entendida esta como una competencia de relatos o historias (teoría del caso), que los liti-

⁶⁰ Laveaga Reondón, Gerardo, “Retos de la capacitación hacia la Oralidad en México”, *Ciclo de Conferencias sobre Técnicas y Destrezas de Litigio Adversarial y Oral*, México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 23 de agosto de 2006, *cit.* por Casanueva Reguart, Sergio, *op. cit.*, p. 123.

⁶¹ El autor cita a Chaúan Sarrás, Sabas, *Manual del nuevo procedimiento penal*, Chile, Lexis Nexis, 2002; Caroca P. Alex, *Nuevo proceso penal*, Santiago de Chile, Jurídica Conosur Ltda, 2000; Vial Campos, Pelayo, *Técnicas y fundamentos del contraexamen en el proceso penal chileno*, Santiago de Chile, Librotecnia; Baytelman, Andrés y Duce, Mauricio, *Litigación penal en juicios orales...*, *cit.*

gantes presentaran ante un tribunal, que no tiene conocimiento previo de los hechos, bajo las reglas claras de litigación y desde luego en el cual se verán en juego la capacidad, técnica, estrategia y destreza, tanto de la defensa como del Ministerio Público, que a la postre, bajo un “justo” o “debido proceso” dará como resultado una condena absolucón dictada por los jueces que conozcan del caso, emergiendo la verdad procesal, que es más certera en un proceso de corte acusatorio adversarial.⁶²

Finalmente, en las conclusiones de su artículo dirá que “los litigantes deberán exponer técnicas y destrezas en el contraexamen, a fin de justificar su teoría del caso y con ello aportar al tribunal elementos de absolucón o condena”.⁶³

Sin alejarnos del estado de Oaxaca, los funcionarios judiciales Gildardo Alejandro González León (secretario judicial) y Lucio Reyes Venegas (juez mixto de primera instancia) consideran que

...la primera actuación de cada sujeto procesal en el juicio consiste en la exposición de los argumentos que conforman su teoría del caso, entendida ésta como un relato de hechos y de la ley, integrada por sus proposiciones fácticas y teorías jurídicas, porque constituye el primer acercamiento de los intervinientes con los jueces, ya que a través de los argumentos que exponen, estos tienen conocimiento primario de los hechos, dado que la litigación como ejercicio estratégico, es el método del sistema acusatorio en virtud de que los alegatos que viertan deben sustentarse en una teoría del caso, que se fundamenta en las pruebas que se producirán en el juicio; por tanto, el éxito de un juicio depende de la construcción de una historia o relato que logre en el juzgador la convicción necesaria para obtener una resolución favorable, y ello se plasma en los alegatos de apertura, que en síntesis, constituyen la versión de los hechos que relata cada sujeto procesal, así como una promesa de lo que demostrará en juicio, siendo importante la versión que argumente cada interviniente, por ser

⁶² González Zurita, Israel, “El principio de contradicción en el sistema procesal acusatorio-adversarial”, en *El juicio oral penal*, Oaxaca, 2008.

⁶³ *Idem*.

el primer acercamiento con el tribunal que resolverá el conflicto existente; de ahí, la importancia de los alegatos de apertura, por ser el primer acto procesal de los sujetos del proceso en la audiencia del juicio.⁶⁴

La cita carece de referencias bibliográficas, aunque me parece un resumen de alguna propuesta escrita sobre la teoría del caso, en la que, con respeto, se confunden hechos con derecho, e interpretación con argumentación; teoría del delito con construcción fáctica, y calidad probatoria de la prueba con calidad probatoria del alegato.

Para no ser “fríos” en la crítica del resumen, analicemos algunos de sus aspectos. No es tan cierto que “la primera actuación de cada sujeto procesal en el juicio consiste en la exposición de los argumentos que conforman su teoría del caso”, porque es posible iniciar el juicio con una excepción de incompetencia, una recusación de jueces o un incidente de nulidad de lo actuado. A la par es posible aceptar cargos y admitir abreviado o algún otro mecanismo de solución de controversias. Por su parte, el alegato de apertura no es una argumentación, pues el hecho de los alegatos no se prueba, sino que se expresa, y por ende, las razones se expresan con la finalidad de demostrarlas con el desahogo de prueba. Tampoco es tan cierto que el alegato sea el instrumento procesal por el cual los jueces “tienen conocimiento primario de los hechos”, pues en nuestro sistema acusatorio el juicio no se abre con y por razón del alegato de apertura, sino con y en razón del auto de apertura a juicio que contiene los hechos de la acusación. Igualmente, no es cierto que “el éxito de un juicio depende de la construcción de una historia o relato que logre en el juzgador la convicción necesaria para obtener una resolución favorable”, porque el éxito del juicio depende de la existencia de medios de prueba —de cargo o de descargo— que comprueben el hecho de la acusación o lo desmientan, y consecuentemente,

⁶⁴ González León, Gildardo Alejandro y Reyes Venegas, Lucio, “La etapa de juicio oral o de debate”, Libro séptimo, *Juicio oral penal. Reforma procesal penal de Oaxaca*, Editorial Jurídica de las Américas, p. 327.

ofrezcan al juez la convicción necesaria de que el hecho acusado —no el alegado— es delito y que el imputado es responsable penal de ese hecho. Debe recordarse que el alegato de apertura no puede alejarse de los hechos de la acusación pues, caso contrario, causaría indefensión.

Los conceptos nos enfrentan, casi sin proponerlo, ante el alegato de apertura propio del sistema anglosajón, en el que el fiscal del Ministerio Público, y en su caso, el abogado defensor del imputado, procuran que un jurando “ignorante” ingrese a su propia visión de los acontecimientos. De esa posición, el jurista latinoamericano ha olvidado que en ausencia de jurado, Ministerio Público y abogado defensor se enfrentan a un juez o tribunal que cuenta, en cualesquiera de las audiencias —control de detención, formulación de la imputación, vinculación del hecho delictivo, acusación, audiencia de juicio oral— con un documento escrito en que se ha plasmado —y/o cerrado— la litis y sobre la cual debe girar la presentación, incorporación y/o desahogo de los medios de prueba, y por lo tanto, que no se trata de un “ignorante” ingenuo, sino de un experto en derecho, con la experiencia necesaria y la sabiduría suficiente para conocer, en el juego de intereses de las partes, la estructura del tipo objetivo y/o subjetivo, el modo de comprobar el hecho delictivo, los elementos del tipo, y la farsa que se “contradice” en su inmediación cuando se interrogan testigos y peritos o se incorpora la documental pública y privada, y por consiguiente, la capacidad de cada uno de los medios de prueba para comprobar ese hecho. El propio Benavente ha admitido “dos grupos de modelos conceptuales” a los que denomina “aquellos que denotan el carácter narrativo o explicativo de la teoría del caso; y por otro lado, aquellos que resaltan su carácter sistémico”.⁶⁵

Consecuentemente, sin determinar la teoría del caso en la etapa de juicio, Ricardo Abdalá Ricaurte lo define desde sus efectos necesarios, es decir, como “el planteamiento que hace la acusación o la defensa, sobre los hechos penalmente relevantes, las

⁶⁵ Benavente Chorres, Hesbert, *Estrategias para el desahogo...*, cit., p. 66.

pruebas que los sustentan y los fundamentos jurídicos que los apoyan”,⁶⁶ concepto que en el mismo sentido admite Christian Salas Beteta cuando lo define como “el planteamiento que la acusación o la defensa hace sobre los hechos penalmente relevantes, las pruebas que lo sustentan y los fundamentos jurídicos que lo apoyan” aunque, este último regresa al error de colocar la teoría “en el alegato inicial como una historia que reconstruye los hechos con propósitos persuasivos hacia el juzgador”.⁶⁷

Ana Montes —igualmente citada por Benavente— considera la teoría del caso como la

...conjunción de la hipótesis fáctica, jurídica y probatoria que manejan el Fiscal y el defensor respecto de un caso concreto. O sea, el conjunto de hechos que él ha reconstruido mediante la prueba, y ha subsumido dentro de las normas penales aplicables de un modo que pueda ser probado.⁶⁸

Analizando la teoría del caso desde el sistema acusatorio, asumido en el Código de Procedimientos Penales del estado de Chihuahua, Cristal González Obregón la definirá desde varios supuestos. Inicialmente son “las pruebas que se utilizarán para acreditar las proposiciones fácticas, que a su vez satisfagan los elementos de las teorías jurídicas”,⁶⁹ para luego sostener que “es el relato de cómo sucedieron los hechos, observados desde nuestro punto de vista”. Cristal enfoca la teoría del caso en la etapa de juicio oral. Por eso se atreve a sostener, sin diferenciar los supuestos ya analizados, que “debemos relacionar cada alegato de apertura, interrogatorio, contra interrogatorio y alegato de clau-

⁶⁶ Abdalá Ricaurte, Ricardo, *Técnicas del juicio oral*, en <http://www.ricardo-abdala.com/juicr1kww.html>, p. 67.

⁶⁷ Salas Beteta, Christian, *Técnicas de litigación oral*, cit. por Benavente Chorrres, Hesbert, *Estrategias para el desahogo...*, cit., p. 67.

⁶⁸ Montes Calderon, Ana, *Teoría del Caso*, cit. por Benavente Chorrres, Hesbert, *Estrategias para el desahogo...*, cit., p. 68.

⁶⁹ González Obregón, Cristal, *Manual práctico del juicio oral*, México, Instituto de Formación Profesional, Ubijus, 2008, p. 135.

sura con nuestra teoría del caso”.⁷⁰ Citando a Baytelman y Duce, argumenta que

...mi teoría del caso domina todo lo que hago dentro del proceso —particularmente dentro del juicio— y nunca hago nada inconsciente con mi teoría del caso... de lo contrario, cada vez que me aparto de mi teoría del caso, pierdo credibilidad en un escenario donde ‘credibilidad’ es el nombre del juego.⁷¹

Consecuentemente, sin salirse del juicio oral, y por consiguiente, centrando la teoría del caso en esa sola fase procesal, conceptúa que

...la teoría del caso es la idea básica y subyacente a toda nuestra presentación en juicio, que no solo explica la teoría legal y los hechos de la causa, si no que vincula la evidencia tanto como es posible dentro de un todo coherente y creíble. Sea que se trate de una idea simple y sin adornos o de una compleja y sofisticada, la teoría del caso es un producto del trabajo del abogado. Es el concepto básico alrededor del cual gira todo lo demás.⁷²

Esta concepción de la mencionada teoría lleva a Cristal a deducir algunos supuestos procesales que, quizá coherentes con su planteamiento, y porque así lo ha aprendido, deviene en confuso para una recta administración de justicia penal. En efecto, desde su óptica es posible sostener —con un claro error en la apreciación del proceso— que “en este nuevo sistema basta con que el Tribunal no crea ni la teoría del caso ni las declaraciones de los testigos para que perdamos el caso”, y consecuentemente, “mentir en el nuevo sistema no es nada fácil” por lo que “el abogado no puede improvisar, tiene que estudiar su caso y conocerlo muy bien” porque “al construirla” no debe ser probada —como sos-

⁷⁰ *Idem.*

⁷¹ Baytelman, A. y Duce, Mauricio, *Litigación penal, juicio oral y prueba*, Ibáñez, 2007, p. 89, *cit.* por González Obregón, Cristal, *op. cit.*, p. 135.

⁷² *Idem.*

tendríamos en cualquier foro ético—, “debemos creer en ésta, para poder hacer que el Tribunal crea también en nuestra teoría del caso”. Con esta visión, se le facilitará decir, citando a Steven Lubert, que “litigar juicios orales es un ejercicio profundamente estratégico”.⁷³ Concluye —a mi criterio equivocadamente, porque es criterio propio de los jurados— que “será lo que el juez escuchará de las partes en el juicio, ambas versiones, y conforme a esto decidirá sobre la que crea que explique lo que realmente pasó”.

En esta secuencia, Cristal Obregón ofrece algunas ideas que no dejan de preocupar desde la búsqueda de la verdad en el proceso penal. Una de ellas es que “por regla general también es cierto que el alegato de apertura empieza a influir en los jueces”, argumentando que es por dicho alegato “por el que conocen por vez primera y de las partes los hechos y medios de prueba”. Otra idea confusa es que por el alegato de apertura —como teoría del caso— “los convencerán para poder obtener el carácter y valor de las pruebas”. Finalmente, como en el juicio anglosajón, considera que el alegato que expresa la teoría del caso resulta un “fuerte impacto” para los jueces y el momento procesal, ya que “los jueces comienzan a interpretar los hechos que las partes les expongan” a su criterio, “si no son explicados con claridad y de manera cronológica, relacionada con los hechos y el fundamento jurídico de la teoría del caso, los jueces pueden confundirse al tratar de interpretar la teoría del caso”.⁷⁴

Carlos Natarén N., quien admite una versión de lo sucedido en las distintas audiencias del proceso acusatorio,⁷⁵ considera, sin embargo, que “el alegato de apertura tiene como finalidad tratar de motivar al juez que adopte, aun sin proponérselo voluntaria

⁷³ Lubert, Steven, *Trial Advocacy. Analysis and Practice*, 3a. ed., NITA. National Institute for Trial Advocacy, 2004, p. 9, *cit.* por González Obregón, Cristal, *op. cit.*, p. 141.

⁷⁴ González Obregón, Cristal, *op. cit.*, pp. 147 y 148.

⁷⁵ *Cfr.* Natarén Nandayapa, Carlos y Ramírez Saavedra, Beatriz, *op. cit.*, p. 86.

y conscientemente, una opinión provisional sobre el litigio favorable a la parte representada, la cual se espera que le sirva de base y orientación en el momento de dictar sentencia”.⁷⁶ Con ese objetivo, centra en el alegato de apertura la teoría del “efecto de la primera impresión” que consiste —citando a Gramsci— en lo siguiente:

...en que el haber sido convencido una vez de manera fulgurante es la razón permanente de la persistencia de la convicción aun cuando no se la sepa argumentar, debido a que la explicación primera por la cual algo desconocido se declara como conocido hace tanto bien, que se la toma por cierta, aunque al no haber sido plenamente comprendida no pueda ser argumentada. Con base en este efecto se espera que el alegato inicial propicie que el juez formule, sin proponérselo conscientemente, una expectativa sobre lo sucedido favorable a la causa representada, en virtud de su oportunidad. Su efectividad para influir en la comprensión del juez se basa en que fue el primer conjunto de ideas interrelacionadas por las que tuvo conocimiento del caso, al margen de su solidez lógica o de lo completo de su correlato fáctico... La efectividad de esta intervención inicial reside en su carácter persuasivo.⁷⁷

⁷⁶ *Ibidem*, p. 99.

⁷⁷ *Ibidem*, p. 100.