

LA TEORÍA DEL CASO EN EL PROCESO PENAL ADVERSARIAL

Víctor Manuel BEDOYA

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Las etapas procesales*. III. *La verdad en el proceso penal*. IV. *La justificación de la teoría del caso*.

I. INTRODUCCIÓN

Antes de explicar qué significa estrategia de litigación, o más significativamente, si es importante contar o realizar una litigación estratégica en el proceso penal, es fundamental recordar que

...la mayoría de los países latinoamericanos herederos de los modelos de justicia criminal europeo-continental migraron del modelos inquisitivos hacia modelos mixtos, donde se separó la función de investigación de la de juzgamiento, quedando sin embargo ambas radicadas en el Poder Judicial. De este modo nació la figura del juez instructor, distinto del juez sentenciador, como una forma de acrecentar el nivel de imparcialidad del juzgador. Parte de este esfuerzo avanzó luego hacia la creación de fiscales a cargo de poner en movimiento la acción penal, pero sometidos a investigaciones realizadas finalmente por jueces. El último paso que varios países de la región han dado ha sido el dotar a los fiscales del Ministerio Público de las atribuciones de dirigir las investigaciones criminales en forma exclusiva, conducir el accionar de la policía, presentar acusaciones, y sostener la pretensión penal en juicio...¹

¹ Blanco, Rafael *et al.*, *Litigación estratégica en el nuevo proceso penal*, Chile, Lexis-Nexis, 2005, p. 7, citando a Maier, Julio, *Reformas procesales en América Latina*, Santiago, Corporación de Promoción Universitaria, 1993; Pereira, Anthony W., "Authoritarian Legalism: Explaining Judicial Reform Outcomes in Argentina, Brazil and Chile", *Human Rights Review*, 4, 2003; Dakolias, María, "A Strategy for Judicial Reform: The Experience in Latin America", *Virginia Journal of International Law*, 36, 1995, pp. 167-231.

Sin embargo, la “historia del cambio” (para que nada cambie) no me dejó convencido, con lo cual repasé el marco de justificación teórica que impone el estudio y desarrollo de una nueva lógica y destreza en la litigación penal, encontrando que todos (o casi todos) han llegado a la conclusión de que ello se debe:

1. *Al intento de sustituir un sistema inquisitivo por uno de raigambre acusatoria*

Aquí prevalece la separación de funciones entre la investigación y el juzgamiento, la radicación de la investigación en el Ministerio Público, la creación de tribunales de control de la investigación como instancias distintas de los tribunales de juzgamiento, y la instauración de juicios orales.

2. *A la preparación de los operadores*

Se sostiene que el viejo sistema de enjuiciamiento se caracteriza porque los operadores del sistema de justicia criminal tienen una preparación más o menos artesanal, resaltándose que existe una real y concreta necesidad de capacitación de la justicia criminal.

3. *A las funciones de la defensoría penal pública y el Ministerio Público*

En el nuevo sistema, tanto la defensoría como el Ministerio Público resurgen como instituciones nuevas, lo que indica que los funcionarios designados en dichas áreas deben ser sometidos a procesos de capacitación específicos para el cumplimiento de tales roles.

4. *Al estado de capacitación de los abogados penalistas*

Si a los operadores judiciales se les imputaba falta de capacitación, surge claro que antes de la reforma los abogados penalistas no contaban más que con un muy precario y desarticulado mercado de capacitación de posgrado.

Se sostiene que la idea que quizá más contribuya a entender este estado de cosas anterior al proceso de reforma es que en un sistema de justicia criminal de corte inquisitivo existen pocas razones estructurales para tomarse

en serio la preparación tanto de jueces como de abogados, al menos en el sentido más consistente con la imagen que tenemos de la profesión jurídica.

Para superar este estado de cosas, se debe considerar:

1. Que los incentivos simplemente no apuntaban en esa dirección, y todo más bien parecía invitar a que el sistema se comportara exactamente del modo en que tradicionalmente lo había venido haciendo.
2. Que existen tres buenas razones por las cuales un profesional, “juez o abogado”, en lugar de volver temprano a su casa y disfrutar de su familia o gozar de una buena obra de teatro, preferiría invertir esfuerzo, tiempo y recursos en adquirir nuevos conocimientos y destrezas y, de esa manera, estar en la punta de su disciplina. Estas tres buenas razones son: a) ingresos, b) ascenso y c) prestigio.

Como justificación, se culpa (inexorablemente) al sistema inquisitivo, que se lo califica de “...indulgente con la ineptitud, la ignorancia y la falta de destreza de abogados y jueces...”, y se agrega que ello (indudablemente) era favorecido por la escrituración y el secreto de las actuaciones, argumentándose que antes de la reforma procesal, en su tránsito hacia el sistema acusatorio, un abogado podía perfectamente encontrarse en el tribunal con resoluciones que no entendía, pero que podía responder en la calma de su oficina tras consultar un manual o conferenciar con un colega; al tiempo que los jueces gozaban del refugio de su despacho, y escasamente debían rendir cuentas por sus decisiones; así, podían con total impunidad rechazar el más perfecto argumento jurídico sin haber jamás llegado a entenderlo, simplemente poniendo “no ha lugar” al final de la página u ofreciendo fundamentaciones puramente formales que no se hacen cargo realmente de los argumentos presentados. Por supuesto, se aclara que no se quiere ofender, y se indica que “no... quiere decir que los abogados y los jueces sean ineptos, poco profesionales o ignorantes... pues aun en el entorno de incentivos construido por el sistema inquisitivo, un abogado o un juez puede ser inepto, poco profesional o ignorante, y aun así ser perfectamente exitoso y competitivo...”, culminándose que lo cierto es que

...en el entorno de incentivos del sistema inquisitivo, la mayor preparación profesional no parece hacer gran diferencia, ni ser lo suficientemente rentable como para que valga la pena, desde el punto de vista de los actores, invertir en ella, en desmedro de ocupar tiempo, energía y recursos en las otras destrezas que el sistema sí parece recompensar (como el cultivo de su “llegada” en los tribunales, o el dominio del “trámite”), lo que parece que el nuevo sistema

acusatorio (establecido en nuevo Código Procesal Penal)... está llevando adelante son reformas que están cambiando de manera significativa y profunda ese entorno de incentivos.

Estos cambios se deben fundamentalmente:

1. A la publicidad de los procedimientos, especialmente del juicio oral.
2. Que en esta publicidad de los procedimientos judiciales se instala la vida de los tribunales dentro de la convivencia social y permite que “...los abogados y jueces se encuentran con que su trabajo pasa a estar bajo el escrutinio público, en todos los niveles...”.
3. El sistema acusatorio ha alterado de una manera importante la estructura de incentivos de los operadores jurídicos respecto de la capacitación de la lógica competitiva, pues se encuentra diseñado y basado sobre la base de una importante confianza en la competencia adversarial; esto es, en la idea de que el proceso “y especialmente el juicio” promueve el enfrentamiento intenso entre las partes y apuesta a que esta instancia de confrontación arrojará la mayor cantidad de información sobre el caso, a la vez que depurará la calidad de dicha información, lo que impone: *a)* una nueva metodología de enseñanza; *b)* mayores exigencias a los estudios jurídicos que debieron alterar sustancialmente la organización de su trabajo penal.

Se dice que el sistema acusatorio promueve a que en un entorno de juego justo los abogados exploren todas las armas legales disponibles, investiguen todos los hechos, desconfíen de toda la información (y, por lo tanto, la verifiquen), detecten todas y cada una de las debilidades en el caso de la contraparte (de argumentación y de prueba), construyan su propio caso sobre la base de que la contraparte hará lo mismo y, en consecuencia, cada defecto del caso propio implicará un mayor riesgo de perder, como así de lo que ello genera, pues todo lo que hacen (jueces y abogados) es público (y ante el público).

Desde el punto de vista objetivo, la doctrina entiende que litigar juicios orales “y dirigirlos” es un arte complejo y exigente, y no hay demasiado espacio “por no decir ninguno”, para la improvisación: si los abogados no están preparados, los casos se pierden ante los ojos de todo el mundo; si los jueces no están preparados, las injusticias que ello genera se comete de cara a la sociedad.

Desde el punto de vista subjetivo, que justifica la transformación de la cultura de capacitación de los operadores jurídicos del sistema penal “...hace

el ejercicio de la profesión de abogado y de juez algo extraordinariamente atractivo; profesionalmente más digno y más estimulante, allí donde el sistema inquisitivo ha hecho de la profesión algo más tedioso e indigno”;² todo ello solucionable desde la perspectiva de una nueva lógica y destreza en el desarrollo de los procesos penales.³

Quiero, al respecto, fijar mi posición, diciendo que si bien es cierto que los fundamentos tienen algo de verdad —desde mi óptica—, no puedo aceptar como válido, ni la justificación basada en la reforma, ni aquella que se sustenta en los aspectos objetivos o subjetivos,⁴ reconociendo, sí, que estas nuevas formas de abordamiento en el “estudio del proceso penal”, y la capacitación en el desarrollo de nuevas técnicas, estrategias de litigación o lógica del discurso, se han precipitado con ellas, y cuyos fundamentos trataremos de explicar en las siguientes páginas.

No creo que el diseño del nuevo sistema procesal penal (aun apoyado en el modelo acusatorio) que contempla una fase de investigación informal, a cargo del Ministerio Público, ni su función de representar el interés social —en la persecución del delito— tenga que ver con la necesidad de capacitar nuevas destrezas, pues indicaría que es igual la destreza o técnica del abogado, juez o fiscal, en la etapa preliminar (si es que allí pudiera fundarse

² Sin embargo, no ignoramos que en la capital federal aún rige un código arraigado al sistema mixto, y cuya estructura no ha impedido que la CSJN haya fijado una posición de garantía de los justiciables, y del ideal de proceso penal, al decir en la causa Santillán, Francisco Agustín s/recurso de casación (S. 1009. XXXII) al interrogante de ¿qué debe entenderse por procedimientos judiciales a los efectos del artículo 18 de la Constitución Nacional?, estableció “...que esa norma exige la observancia de las formas sustanciales del juicio relativas a la acusación, defensa, prueba y sentencia dictada por los jueces naturales (Fallos: 125:10; 127:36; 189:34; 308:1557, entre muchos otros), y dotó así de contenido constitucional al principio de bilateralidad sobre cuya base, en consecuencia, el legislador está sujeto a reglamentar el proceso criminal (Fallos: 234:270)...”, que evidentemente responde a los nuevos vientos. Creo que es un problema más de hombres que de sistemas.

³ Baytelman, Andrés A., en “Capacitación como fútbol”, en http://www.cejamerica.org/sistemas-judiciales/tema_central.php?revista=1&idioma=espanol&secc=192&TemaNiv2=192.

⁴ No creo que un abogado se ilustre o estudie nuevas lógicas y destreza por el solo hecho de generar un mayor ingreso, ni que un juez lo haga por su exposición pública, o la publicidad de los actos del proceso (se entiende que esto es resultado de nuestra forma republicana de gobierno), ni aun para lograr un ascenso en su carrera, pues la realidad me obvia de mayores comentarios; un breve análisis de lo que acontece en nuestra República, desde 1991 a la fecha hace a las verdades y virtudes de lo que aquí se dice. Es cierto que existe un marcado énfasis en la capacitación, pero lo que antes era escaso (la capacitación de posgrado) hoy es una golosina del mercado, con lo cual estamos al borde del colapso, en un área tan sensible como es la capacitación, tanto docente como de los operadores jurídicos, sean de la justicia, sean de la comunidad de abogados.

una lógica estratégica), a la que se requiere en la etapa de proceso (y al que —injustificadamente— se la denomina “juicio”).

Por tanto, no asiste razón a los autores⁵ cuando pretenden justificar su obra en este diseño, sino muy por el contrario: el diseño nos indica que existen distintos niveles, requerimientos y lógicas, y que desde las proposiciones fácticas, normativas o probatorias requieren nuevas respuestas.

Al respecto, y considerando que es casi unánime la recepción normativa respecto de la estructuración de un modelo o método judicial para la persecución de los delitos, en el proceso penal se reconoce como cierto que lo pretendido tiene que ver con aquello que

... logre satisfacer aquel conjunto de derechos y garantías que se erigen a nivel constitucional y a nivel de los tratados internacionales, entre los que se cuentan los derechos a ser juzgado por un tribunal imparcial, imparcial e independiente; y, en el contexto de un procedimiento transparente, donde se respeten los principios de inmediación e inocencia, no se invierta la carga de la prueba ni se presuma la responsabilidad penal, donde se provea de un adecuado servicio de defensa penal, y se diriman los conflictos en el contexto de un juicio público adversarial y oportuno...⁶ pero lo que no es cierto es que esta aspiración se encuentre cumplida, o que se encuentre influenciada en mayor o menor medida por el conjunto de habilidades o destrezas de los operadores, sino muy por el contrario, hoy la sociedad está más disgustada que nunca, la seguridad más afectada que nunca, y el mecanismo de control social no encuentra respuestas adecuadas,⁷ lo que significa que no estamos

⁵ Blanco, Rafael *et al.*, *op. cit.*, p.16.

⁶ *Idem.*

⁷ Para su justificación se dice que la expansión del derecho penal se presente como producto de una especie de perversidad del aparato estatal, que buscaría en el permanente recurso a la legislación penal una (aparente) solución fácil a los problemas sociales, desplazando al plano simbólico (esto es, al de la declaración de principios, que tranquiliza a la opinión pública) lo que debería resolverse en el nivel de lo instrumental (de la protección efectiva). Sin embargo, es claro que existen causas algo más profundas, que hunden sus raíces en el modelo social que se ha ido configurando durante, al menos, los dos últimos decenios, y en el consiguiente cambio de papel del derecho penal en la representación que del mismo tienen amplias capas sociales, por lo cual si la existencia de una demanda social constituye un punto de partida real, de modo que la propuesta que acabe acogándose en cuanto a la configuración del derecho penal no habría de eludir el darle a la misma una respuesta también real; y así no es un problema de técnica ni de estrategia, sino de algo más profundo, cual es la reforma del sistema penal, adecuadas a un criterio de realidad más razonable y menos inequitativo, Sánchez, Jesús María, *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Madrid, Civitas, 2001, pp. 19 y 20.

ante un problema estrictamente procesal, sino también de fondo (el derecho penal está en grave crisis).⁸

Desde lo procesal, y aun con la creación de las distintas escuelas judiciales, centros de capacitación, nueva organización de ONG para el control y apoyo de la modernización del sistema de justicia en América Latina, se advierte que no cubre las necesidades de los pueblos; por lo cual el cambio —en definitiva— parece más un fracaso que una victoria, lo cual —obviamente— no impide reconocer que el nuevo modelo es el ideal, por responder a la idea constitucional de proceso.⁹ Resulta innegable que la normatización del método procesal tiende paulatinamente a su estandarización en la estructura, en América Latina¹⁰ y, por tanto, merece todo nuestro total apoyo.¹¹

II. LAS ETAPAS PROCESALES

Desde siempre, “conceptualmente” se entiende al proceso penal como la totalidad de las etapas cumplidas; esto es, abarcativa tanto de la etapa preliminar, la de inicio, la de investigación, la etapa intermedia y de clausura o elevación a juicio, y el juicio propiamente dicho (como sustitutivo del concepto proceso), cuando la realidad nos indica que sólo habrá proceso cuando se

⁸ Prueba de ello constituye la existencia de una criminalidad organizada que, además, opera a nivel internacional, constituye claramente uno de los nuevos riesgos para los individuos y los Estados, cuyo fenómeno más exponencial lo constituye el nuevo concepto de “terrorismo” y su consecuente diseño de lucha contra el mismo (que excede el plano de cualquier Estado) y justifica hasta invasión y toma de naciones, en nombre de la humanidad.

⁹ Para algunos, el proceso cumple una función pública al constituirse en “...la garantía que otorga el Estado a todos sus habitantes en contrapartida de la prohibición impuesta respecto del uso de la fuerza privada; en virtud de lo cual el Estado organiza su Poder Judicial y describe *a priori* en la ley el método de debate así como las posibles formas de ejecución de lo resuelto acerca de un conflicto determinado...”, posición que comparto, Alvarado Velloso Adolfo, *El debido proceso de la garantía constitucional*, Rosario, Zeus, 2003, p. 38.

¹⁰ Prueba de ello es la estandarización del Manual de Cejas, aplicado en Chile, Panamá, Ecuador, entre otros, cuyo contenido no se advierte haya variado, sino en aquellos aspectos normativos —específicos—, lo que es natural porque el contenido filosófico se mantiene inmanente.

¹¹ Coincido con Binder, cuando afirma que la naturaleza y fuerza institucional de la reforma procesal penal proviene de su estrecha vinculación con la dinámica del conflicto, con la ineludible inserción social de ese conflicto y con las finalidades políticas de la administración de justicia, vinculadas a la disminución de la violencia y el abuso de poder. Binder, Alberto M., “Presentación”, en Duce y Baytelman, *Litigación penal, juicio oral y prueba*, Fondo de Cultura, 2005.

pueda constituir la serie; esto es, la existencia de un “conflicto intersubjetivo de intereses” llevado al plano del litigio, donde intervendrá (necesaria y obligatoriamente) el Estado para resolverlo a través de un órgano, ajeno a las partes, y que se caracteriza por ser “tercero”, “imparcial, imparcial e independiente”.¹² Dejando de lado la discusión sobre si puede considerarse parte (en el concepto procesal) al Ministerio Público (órgano que el propio Estado creó para instar necesariamente la acción penal), debo decir que coincido con el maestro Alvarado Velloso, cuando sostiene que “...en la historia del derecho procesal no siempre se ha efectuado la distinción entre proceso¹³ y procedimiento,¹⁴ no obstante ser de la mayor importancia para comprender el fenómeno procesal. Podemos decir que, desde el concepto puramente jurídico, se “entiende por procedimiento”¹⁵ a la sucesión de actos ordenados y consecutivos, vinculados causalmente entre sí, por virtud de lo cual uno es precedente necesario del que le sigue, y éste, a su turno, consecuencia imprescindible del anterior. Tal actividad existe en toda actividad, privada (orden del día en una asamblea) o pública (procedimiento administrativo, parlamentario, etcétera), lo que no nos dice nada a los fines del estudio que

¹² Adolfo Alvarado Velloso entiende que todo conflicto intersubjetivo de intereses puede ser solucionado por cuatro vías diferentes: *a*) por el uso de la fuerza, que debe descartarse a todo trance para mantener la cohesión del grupo social; *b*) por el uso de la razón, que iguala a los contendientes y permite el diálogo: este posibilita lograr una autocomposición directa, que se traduce en una renuncia total del pretendiente (desistimiento) (el supuesto comprende también el del perdón del ofendido en materia penal); en una renuncia total del resistente (allanamiento) y en sendas renunciaciones recíprocas y parciales (transacción); *c*) por el uso de la autoridad de un tercero, que permite lograr una autocomposición (otra vez, desistimiento, allanamiento, transacción) indirecta gracias a la amigable composición o a la mediación del tercero, cuya intervención al efecto aceptan expresa y plenamente los interesados. El supuesto también permite llegar a una heterocomposición privada cuando el tercero (que no es juez, sino árbitro o arbitrador) adopta una actitud decisiva, resolviendo el litigio, y *d*) por el uso de la ley: siempre que los contendientes descarten las soluciones autocompositivas, y dado que no pueden usar la fuerza para disolver el conflicto, deben lograr la heterocomposición pública con la resolución de un tercero que es juez; y, esto se obtiene exclusivamente como resultado de un proceso, siendo la “única alternativa posible en materia penal...”. Varios, *El debido proceso de la garantía constitucional*, Rosario, Zeus, 2003, pp. 32 y 33.

¹³ Entendido como una serie de actos procedimentales consecutivos e invariables prestablecido por la ley.

¹⁴ Como veremos, todo proceso contiene un procedimiento, pero no ocurre lo propio a la inversa, pues no todo procedimiento constituye un proceso, siendo ésta una particular distinción a tener en cuenta.

¹⁵ Aquí, se advierte en el caso Santillán, que nuestra CSJN reconoce al procedimiento dentro del proceso, y esto como ejecución y respeto a la garantía que el Estado tiene de dar “un proceso legal debido”.

se realiza, pues sólo se requiere de una consecución de actos;¹⁶ diferenciándose del proceso,¹⁷ que se constituye “...como el procedimiento propio de la acción procesal otorgado por la ley para regular una relación dinámica entre tres personas: quien insta, quien recibe el instar y aquel respecto de quien se insta...”.¹⁸ Este fenómeno —relación dinámica— sólo se da en el ámbito del proceso,¹⁹ no así en aquellos estadios previos, como la investigación preliminar,²⁰ donde una autoridad u órgano del Estado (el Ministerio Público Fiscal) actúa en forma obligatoria y excluyente, y donde su principal misión se caracteriza por perseguir el delito a través del ejercicio efectivo y obligatorio de la acción pública.²¹

¹⁶ Alvarado Velloso, Adolfo, *Sistema procesal*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, 2009, t. I, p. 65.

¹⁷ Entendido desde el concepto puramente lógico, se entiende al proceso como “...medio de discusión de dos litigantes ante una autoridad según cierto procedimiento preestablecido por la ley...”, *ibidem*, p. 66.

¹⁸ *Ibidem*, p. 65.

¹⁹ Para Zinny, “...el proceso es un sistema reglado de discusión entre dos personas con intereses contrapuestos, colocados en un plano de absoluta igualdad jurídica, frente a un tercero que tiene como función definir los derechos invocados, cuyo elemento objetivo está constituido por la actividad que despliegan los sujetos procesales, tanto los esenciales cuanto los eventuales, que en el ejercicio de sus facultades y derechos y el cumplimiento de sus cargas y deberes, se plasma en los actos procesales, conformando la serie gradual, progresiva y concatenada”, Zinny, Jorge Horacio, *Las partes en el proceso*, en http://www.egacal.com/upload/AAV_JorgeZinny.pdf.

²⁰ En la provincia de Buenos Aires, el Código Procesal Penal en el artículo 56 se establece que “...el Ministerio Público promoverá y ejercerá la acción penal de carácter público, en la forma establecida por la ley, dirigirá a la policía en función judicial y practicará la investigación penal preparatoria...”, de lo que surge su carácter de autoridad y órgano del Estado, cuya función es de carácter obligatorio, y su estructura se instrumenta y reglamenta a través de la Ley Orgánica, 12.061.

²¹ Así, el artículo 6 del Código Procesal Penal (texto según Ley 13.943) de la Provincia de Buenos Aires establece que “...La acción penal pública corresponde al Ministerio Público Fiscal, sin perjuicio de la participación que se le concede a la víctima y al particular damnificado...”; en igual sentido, el artículo 5 del Código Procesal Penal Nacional que establece “...La acción penal pública se ejercerá por el Ministerio Fiscal, el que deberá iniciarla de oficio siempre que no dependa de instancia privada. Su ejercicio no podrá suspenderse, interrumpirse ni hacerse cesar, excepto en los casos expresamente previstos por la ley...”, siendo una constante de todos los códigos latinoamericanos del que surge que jamás el Ministerio Público podría ser parte, pues —más allá del criterio de objetividad—, es un órgano del Estado, por tanto omnicompreensivo del “deber del Estado de establecer el criterio normativo de ‘debido proceso legal’ (principio de legalidad constitucional)”. Como ejemplo citamos el Código Procesal Penal de Chile (artículo 166 i.2) que establece la obligación de investigar todos los hechos que puedan ser constitutivos de delito, respondiendo al principio de legalidad que impone el derecho penal, y dice: “Cuando el Ministerio Público tomare conocimiento de la existencia de un hecho que revistiere caracteres de delito, con el auxilio

Podemos decir que la moderna teoría de la prueba exige una clara diferenciación entre la actividad probatoria con la actividad de investigación, verificando si del estudio de dicho acontecimiento surgen relaciones con los postulados que la doctrina asigna a la “teoría del caso”, y que en la etapa de sustanciación (esto es, típica del contradictorio) la recepción de las pruebas cumpla con una delimitación técnica y una arquitectura estratégica, de manera tal que exista una verdadera “programación” probatoria, y donde los actores (las partes) no puedan ser sorprendidos en el debate. Ello significa que tanto el imputado (a través de la defensa) como el órgano de la acusación (a través del fiscal) deben delimitar previamente el “qué”, el “cómo”, el “cuándo” y el “para qué” de cada prueba propuesta, siguiendo el contenido estratégico propuesto en los escritos postulatorios, y que se desnudan en el momento de la presentación del caso.

Ahora bien, conceptualizado al proceso judicial como un “método dialéctico” donde se procura que exista una razonable distribución de oportunidades para llegar a la verdad en el marco dado a las partes, a lo largo de todo su desarrollo, queda claro que el debate procesal sólo existe en la etapa de proceso (denominada juicio), y se caracteriza por ser preordenado (normativamente), y donde los contendientes deben tener garantizado el principio de igualdad de oportunidades (garantía constitucional); por tanto, vemos aquí cómo las normas constitucionales; sustanciales eventualmente aplicables (teoría del delito) a un caso concreto y aquellas que regulan el debate procesal se vinculan a través de la argumentación,²² cuyos efectos prácticos y decisivos se manifiestan como una actividad intermedia, en la línea de tensión, entre el caso real y las normas que deben regularlo.

Dicho esto, creo que resulta necesario destacar que no existe la teoría del caso, considerada en forma aislada, ni mantiene una misma condición o estructura durante las diversas etapas del proceso penal; así que, en la construcción de una estrategia de litigación, coexiste necesariamente la construc-

de la policía, promoverá la persecución penal, sin que pueda suspender, interrumpir o hacer cesar su curso, salvo en los casos previstos por la ley...” o el Código Procesal Penal del Perú (artículo IVo.1), que establece “El Ministerio Público es titular del ejercicio público de la acción penal en los delitos y tiene el deber de la carga de la prueba”. Asume la conducción de la investigación desde su inicio, o el de Colombia (artículo 24), que reza: “La acción penal corresponde al Estado y se ejerce exclusivamente por la Fiscalía General de la Nación durante la etapa de la investigación y los jueces competentes durante la etapa del juicio, en los términos establecidos en este Código. En casos excepcionales la ejerce el Congreso...”, entre muchos otros.

²² Esta argumentación no se funda sólo en la teoría del caso, o en la estrategia propuesta para obtener el fin propuesto, sino adecuada a los requerimientos de la Constitución, los enunciados de la teoría del delito, en cuanto le resulte aplicable al caso concreto, y las proposiciones fácticas y probatorias (presupuestos procesales de confirmación).

ción de la teoría del caso, concurrentemente con la verificación exacta de los postulados que indica la teoría del delito, por lo que no basta con identificar las proposiciones fácticas y probatorias, ni aun considerar a las proposiciones jurídicas dentro de la misma categoría, pues ello no es cierto.

Para Binder, aprender a trabajar en sistemas adversariales significa, nada más y nada menos, que fortalecer la capacidad del sistema judicial de reconocer los intereses de las partes y, en este sentido, “humanizarlo”; y agrega que ello “...significa también conectar muchos de los principios fundamentales de defensa de la persona con herramientas concretas y eficaces, pues... si el conflicto es un juego de intereses que no se resuelven en armonía, el juicio deberá ser una estrategia para lograr que alguno de esos intereses triunfe”.²³ Sostiene que la

...idea que parece meramente utilitaria es mucho más respetuosa de la persona humana que aquella que pretende que todos los intereses en conflicto deban ser subordinados a ideas abstractas de verdad o justicia que normalmente esconden la ideología de los jueces o la vana pretensión de su superioridad moral.

El autor considera que aprender a litigar es aprender a controlar la prueba, y en esa actividad se resume buena parte de las garantías judiciales que hoy conforman uno de los núcleos más importantes de los pactos internacionales de derechos humanos, que con apoyo en la teoría de Ihering interpreta que “La finalidad del derecho es la paz, el medio para ello es la lucha”, y agrega: “...la lucha por el derecho se debe desarrollar en la sala de audiencia... a la que califica de “pequeño espacio de civilidad”, sin cuyo “respeto y custodia”, nada tiene sentido como avance de nuestra cultura jurídica mucho más allá que cientos de tratados enjundiosos, por lo cual la enseñanza “...sólo tiene sentido si existen «salas de audiencia»”,²⁴ lo que significa que más allá de las finalidades del “proceso penal” como un método de búsqueda de la verdad objetiva, la estrategia se resume al desarrollo de un conjunto de habilidades y destrezas tendentes al efectivo control de la prueba en la etapa del debate oral.

²³ Agrego que para garantizar el derecho de defensa de las partes el debate debe sujetarse a ciertos principios básicos, que son los de igualdad, bilateralidad y congruencia, con lo cual queda claro que cualquier estrategia o herramienta que se utilice, debe tener presente los postulados básicos constitucionales a que se hace referencia, por lo que la idea de “verdad” o “justicia” pierden potencialidad, y se resume a “certeza” y confirmación de hechos afirmados.

²⁴ Binder, Alberto M., *op. cit.*

Desde mi óptica, las ideas abstractas de “verdad” o “justicia” a que hace referencia el autor siempre esconderán contenido ideológico de los jueces, lo que aparece como un hecho humano incontestable, y en el entendimiento que Adolfo Alvarado Velloso hace al “prejuicio” como un contenido subjetivo que —necesariamente— afecta la imparcialidad judicial (por ejemplo, el juzgamiento de un cristiano por parte de un juez musulmán, o viceversa; cuando existen graves problemas de carácter religioso, al punto de justificar guerras y exterminios de poblaciones enteras); por lo demás, el concepto de “verdad procesal” dista mucho de lo que hasta aquí se conoce como “verdad material”, “verdad objetiva”, o simplemente “verdad”, conforme se expresará más adelante.

Sin embargo, lo importante es el nexo argumental entre las garantías (de los derechos constitucionales y procesales), la norma penal (como justificación de la teoría del delito aplicable) y el proceso (adecuación del debate a las formas preestablecida por la ley), deben establecerse fijando una adecuada vinculación entre proposición fáctica y proposición probatoria, pues la proposición jurídica resultará sólo importante al tiempo de alegar, y tener por probado los hechos afirmados en la etapa constitutiva del proceso.²⁵

Por otro lado, si litigar es aprender a controlar la prueba, y en esa actividad se resumen buena parte de las garantías judiciales que hoy conforman uno de los núcleos más importantes de los pactos internacionales de derechos humanos, entiendo que debemos adecuarla “no al control”, lo que podría ser en la etapa de investigación o instrucción formal, sino a la verificación y orientación de la actividad técnica y estratégica de producir la prueba necesaria para “confirmar”, o lo que equivale a decir que no existe actividad probatoria, sino confirmación procesal de los hechos afirmados en la etapa constitutiva del proceso penal. Recordemos que, desde la óptica del proceso penal, la etapa constitutiva del proceso se provoca con la presentación de la acusación (momento en que procede a la postulación jurídica del caso), y aunque no exista acusación, de igual manera procede cuando se formaliza el pedido de elevación a juicio, pues es aquí donde el titular de la acción pública entiende:

²⁵ Tomado ello estrictamente desde el punto de vista del nuevo sistema, donde el juez sólo debe buscar —con clara imparcialidad en su actuación— el otorgamiento de certeza a las relaciones jurídicas a partir de las posiciones encontradas de los litigantes (aceptando sin más lo que ellos mismos aceptan acerca de cuáles son los hechos sobre los que discuten), con lo que se logra aquietar en lo posible los ánimos encontrados para recuperar la paz social perdida, Alvarado Velloso, Adolfo, *El debido proceso de la garantía constitucional*, cit., p. 177.

- a) Que tiene un caso.
- b) Que ese caso responde a un hecho investigado y probado como constitutivo de delito.
- c) Que existe un autor al que se le debe enrostrar la comisión y, por tanto, enfrentar sus consecuencias jurídicas (la posibilidad de sanción penal).
- d) El fiscal tiene construida la proposición fáctica (realizada a través de la instrucción), y sólidamente argumentada la proposición jurídica, por lo cual sólo tiene a su cargo probar la categoría de delito, su punibilidad y responsabilidad del autor, conformando la prueba que confirmará su teoría, pretendiendo que el tribunal acoga sentenciando a la pena que la ley penal impone como sanción.
- e) Que los antecedentes de la investigación sólo resultaron objeto necesario para fundar y argumentar la acusación pero debe tener una estructura lógica y técnica que le posibilite demostrar la verdad de su “afirmación” en la etapa del contradictorio (el juicio oral y público).
- f) Que el imputado no requiere de una participación activa, postuladora de un estado de inocencia que constitucionalmente lo tiene garantizado; por tanto, basta que el perseguidor público no pruebe o no proyecte los medios de pruebas necesarios para confirmar el hecho afirmado, con sus consecuencias jurídicas, para obtener una decisión favorable (la absolución).

Por ello, se concluye que “las garantías judiciales” no se constituyen a través del núcleo de la actividad probatoria y su control; menos aun cuando referimos que a ello se dirigen los pactos internacionales de derechos humanos, pues en realidad nos ponemos en posición antitética al concepto de lo que debe entenderse y resolverse con criterio de verdad, en el proceso penal, sino que es un presupuesto necesario para “convencer al juez” sobre la verdad de una afirmación, que se exterioriza inexorablemente durante el debate, y se justifica metodológica y oralmente en la etapa de alegatos.

En defensa de esta tesis, hago propia la posición de Alvarado Velloso, cuando dice:

...el vocablo prueba... ostenta carácter multívoco y, por tanto, causa equívocidad al intérprete; y... si castizamente el verbo probar significa examinar las cualidades de una persona o cosa y su resultado es demostrar la verdad de una proposición referida a esa persona o cosa —y a salvo su tercera acepción vulgar de justificar, manifestar y hacer patente la certeza de un hecho o la verdad de una cosa, con razones, instrumentos o testigos— parece que es,

al menos, excesiva la extensión que desde antaño se ha dado en el derecho a la palabra prueba... Y, así, se la usa con diversos significados que muestran entre sí claras diferencias sustanciales que no pueden ser toleradas por la inteligencia media, demostrado con una rápida visión panorámica por la doctrina autoral, donde se advierte que se asignan a la palabra prueba un exacto significado científico (aseveración incontestable y, como tal, no opinable), en tanto que muchos otros —ingresando ya en el campo del puro subjetivismo y, por ende, de la opinabilidad— hablan de:

- acreditación (semánticamente es hacer digna de crédito alguna cosa), y de
- verificación (es comprobar la verdad de algo), y de
- comprobación (es revisar la verdad o exactitud de un hecho), y de
- búsqueda de la verdad real, de certeza (conocimiento seguro y claro de alguna cosa), y de
- convicción (resultado de precisar a uno, con razones eficaces, a que mude de dictamen o abandone el que sostenía por convencimiento logrado a base de tales razones; en otras palabras, aceptar una cosa de manera tal que, racionalmente, no pueda ser negada), etcétera.

Sostiene el autor que

...en estas condiciones, haciendo un uso extensivo del vocablo que, así, resulta omnicompreensivo de muchos significados que ostentan diferencias de matices que se exhiben tanto como sustanciales cuanto como levemente sutiles, los códigos mezclan el medio (y el resultado) de la prueba...²⁶ y, paralelamente no otorgan al juzgador reglas claras para efectuar una adecuada valoración acerca de lo que en realidad puede obtenerse como resultado confiable con cada uno de tales medios, que se muestran siempre harto disímiles entre sí...²⁷

Lo que se demuestra con el simple hecho tractoprocesal que impone al fiscal realizar la proposición de acusación y la defensa de proposición de resistencia (tesis y antítesis), que se refiere a hechos afirmados según lo actuado en la etapa de investigación o instrucción penal preparatoria, indica claramente que lo que se pretende confirmar (proposición fáctica) pierde de inmediato la calidad de verdad definitiva con la cual pudo ser expresada y se convierte automáticamente en una simple proposición que requiere ser demostrada por quien desea sostenerla, y para ello debe sus-

²⁶ Por ejemplo, la prueba pericial, con el medio confesional, o la documental con el testimonial, etcétera.

²⁷ Alvarado Velloso, Adolfo, *El debido proceso de la garantía constitucional*, cit., pp. 166-168.

tentar una adecuada técnica y elaborar una estrategia dirigida a obtener el fin propuesto globalmente; esto es, la sentencia adecuada a lo peticionado en el alegato final.

III. LA VERDAD EN EL PROCESO PENAL

Tomando como base que el rasgo distintivo de la jurisdicción —el que la diferencia de toda otra función o actividad jurídica—, es su carácter cognoscitivo, además de prescriptivo, sin duda alguna el problema de la determinación del concepto de “verdad” ha sido uno de los problemas centrales de la teoría del derecho penal moderno.

Coincido con el maestro Ferrajoli cuando indica que

...las leyes, los decretos administrativos y los negocios privados son actos exclusivamente preceptivos, ni verdaderos ni falsos, cuya validez jurídica depende únicamente del respeto de las normas sobre su producción y cuya legitimación política radica en la representatividad popular y/o en la adhesión a intereses generales, o bien, más simplemente, en la autonomía de sus autores, mas —en cambio—, las sentencias —y no sólo las penales— consisten en comprobaciones de violaciones a la ley. Por ello, exigen una motivación fundada sobre los argumentos cognoscitivos de hecho y reconocitivos de derecho, de cuya aceptación como “verdadera” depende tanto su validez o legitimación jurídica, como su justicia o legitimación política, por tanto, en este carácter tendencialmente cognoscitivo y no puramente potestativo de la jurisdicción, están basadas todas las garantías, penales y procesales, del proceso correcto...²⁸

El problema de la verdad en el juicio penal supone —necesariamente— la verificación del criterio desde el punto de vista del conocimiento, que obviamente, sobrepasa las finalidades de esta ponencia, donde sólo diré que en un esquema, tanto teórico como práctico, hoy el problema de la “verdad en el proceso penal” surge como “correspondencia” del *thema probandum* en términos dotados de referencias empíricas precisas, y de la que es dotada a través de la predeterminación legal, y justifica el “juicio cognoscitivo”, donde lo más importante sucedió en el periodo de sustanciación del “contradictorio”.

²⁸ Ferrajoli, Luigi, “Presentación”, en Guzmán, Nicolás, *La verdad en el proceso penal*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2006.

Esto nos aleja de las teorías tradicionales de la “verdad jurídicamente objetiva”, del criterio de “verdad material” o “verdad real” a que acudían los autores para justificar sus respectivas posiciones ideológicas de aquello que a mi entender no es un fin —en sí mismo— sino el resultado de una correcta valoración de la actividad probatoria de las partes, y la evaluación exacta del objeto, materia del conocimiento, en el proceso penal.

De ello, sin lugar a dudas, queda claro que la “verdad” es solo una aspiración, la “certeza procesal”, una verdadera necesidad sustentadora de la sentencia, dada en el exclusivo ámbito del proceso.

IV. LA JUSTIFICACIÓN DE LA TEORÍA DEL CASO

Como anotamos, si algo caracteriza al proceso penal es que tiene dos etapas plenamente diferenciadas: la de investigación y la de proceso; por tanto, para la construcción de la “teoría del caso” debemos tener en consideración los aspectos que hace al objeto de uno y otro.

Al respecto, se indica que

...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... mientras que el juicio oral representa un escenario donde compiten relatos alternativos que intentan explicar, fundamentar y sostener una determinada pretensión de culpabilidad o inocencia, actuándose sobre la base de un conjunto de reglas que delimitan las atribuciones, derechos y deberes de las partes... pero caracterizado porque se realiza sobre la base de argumentaciones y antecedentes a través del cual las partes intentan persuadir a un tercero imparcial sobre sus pretensiones, en pos de una decisión favorable.

Esto, supone —por parte del órgano acusador— contar con un relato acompañado de antecedentes que lo respaldan, tales como declaraciones de testigos²⁹ o peritos, documentos en los cuales se basa, funda y sostiene el re-

²⁹ Sin embargo, el artículo 360 del Código Procesal Penal veda la posibilidad de incorporar por lectura las declaraciones prestadas en la investigación penal preparatoria, y el Tribunal de Casación ha dicho: “La oralidad es la condición ineludible sobre la que reposa la validez del momento conclusivo del proceso penal. En principio, la sentencia debe sustentarse sólo en la prueba producida durante el debate, salvo algunos supuestos de excepción, en que ciertas actuaciones se oralizan por lectura. Consiste en que la comunicación entre los sujetos procesales se produzcan a través de la forma de relación más natural y originaria entre los seres humanos, como lo es la palabra hablada. A su vez, esa oralidad hace posible un modo de percepción que asegura asumir el conocimiento directo por parte de los intervinientes en el juicio, entre sí y respecto de todo el material probatorio y los órganos de prueba; en ello

lato de los hechos que alega el acusador, pruebas materiales, etcétera; y, al mismo tiempo la defensa deberá efectuar 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. Bajo este punto de vista, 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...³⁰

Con estos antecedentes se dice que la teoría del caso es una "...expresión que representa la idea eje a partir de la cual son desplegadas las energías y estrategias a través de las cuales se diseñan los eslabones argumentativos a ser presentados en las distintas audiencias de la fase de investigación y en el juicio oral...".³¹ Otros autores sostienen que

...la teoría del caso se presenta en el alegato inicial como una historia que reconstruye los hechos con propósitos persuasivos hacia el juzgador.

Esta historia persuasiva contiene escenarios, personajes y sentimientos que acompañan toda conducta humana; y se puede resumir sintéticamente diciendo que es el resultado de la conjunción de las hipótesis fáctica, jurídica y probatoria que manejan el fiscal y el defensor respecto de un caso concreto. O sea, es 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; este conjunto es el que defenderá ante el juez...³²

Sin embargo, aquello que parece nuevo no lo es, y tampoco los alcances del objeto que la actividad del fiscal tiene, durante esta primera etapa del proceso penal.

En efecto, la idea de realizar una investigación preparatoria encuentra su antecedente más remoto en el enjuiciamiento acusatorio del derecho romano —*quaestio acusatio* o *iudicium publicum* y su sistema de acusación popular— aunque parece haber tenido también existencia en el acusatorio griego. La investigación que realiza el fiscal constituye la actividad más sobresaliente y extensa del procedimiento preparatorio, pero no es la única

consiste la intermediación", causa 3.451, Reg. de Pres. núm. 14.506, "D., A. F. s/recurso de casación".

³⁰ Blanco, Rafael *et al.*, *op. cit.*, pp. 15-17.

³¹ *Ibidem*, p. 19.

³² Salas Beteta, Christian, *Técnicas de litigación oral y aplicación en el proceso penal*, en http://www.riaj.org/index.php?option=com_docman&task=doc_download&gid=324.

actividad procesal de esta etapa razón, por la cual no deben asimilarse los conceptos de procedimiento preparatorio con la investigación preparatoria o preliminar, pues el primero comprende —además de la investigación preparatoria—, los actos de la Policía,³³ los anticipos de prueba,³⁴ esto es prueba cuya producción no puede diferirse al debate oral, las decisiones o autorizaciones vinculadas con afectaciones de garantías constitucionales,³⁵

³³ La policía cumple sus funciones en dos objetivos establecidos por la ley: *a)* institucionales, en particular las relacionadas con la prevención y represión del delito y el mantenimiento del orden, y *b)* funciones de asistencia, donde se agrupan las de auxilio en caso de calamidades y similares. En lo que aquí interesa, el artículo 293 del Código Procesal Penal establece que la policía deberá investigar por orden de autoridad competente, o por iniciativa propia en casos de urgencia, o en virtud de denuncia, los delitos de acción pública; impedir que los hechos cometidos sean llevados a consecuencias delictivas ulteriores; individualizar a los culpables y reunir pruebas para dar base a la acusación o determinar el sobreesimiento, comunicando inmediatamente al juez de garantías y agente fiscal competentes y al defensor oficial en turno (artículo 296). La policía practicará la investigación, observando las normas de la investigación penal preparatoria. En estos casos se formará una actuación de prevención, que contendrá: 1. El lugar, hora, día, mes y año en que fue iniciada; 2. El nombre, profesión, estado y domicilio de cada una de las personas que en él intervinieron; 3. Las declaraciones recibidas, los informes que se hubieren producido y el resultado de todas las diligencias practicadas; la intervención de los funcionarios policiales cesará cuando comience a intervenir el Ministerio Público Fiscal o la policía judicial, pero podrán continuar como sus auxiliares si así se dispusiera. Salvo expreso pedido del agente fiscal, las actuaciones le serán remitidas sin tardanza; cuando se trate de hechos cometidos donde aquél actúe, dentro de los tres días de su iniciación y, de lo contrario, dentro del quinto día. Sin embargo, el término podrá prolongarse en este último caso, en virtud de autorización del Fiscal, hasta ocho días, si las distancias considerables, las dificultades de transporte o climáticas provocaren inconvenientes insalvables, de lo que se dejará constancia.

³⁴ El artículo 274 del Código Procesal Penal establece que en casos extraordinarios, las partes podrán requerir al juez de garantías que realice un adelanto probatorio, y se justifica cuando deba declarar una persona que por grave enfermedad u otro obstáculo difícil de superar se presume que no podrá hacerlo durante el debate. Si el juez no considerara admisible el acto, deberá rechazar su realización por auto fundado. En caso contrario, el juez citará a las partes, quienes podrán asistir con todas las facultades y derechos previstos para el debate. El imputado privado de su libertad será representado por su defensor, salvo que pidiera intervenir personalmente. En todos los casos, se labrará acta conforme lo dispuesto por el Código, la que será suscrita por el juez actuante, el secretario del juzgado, las partes y demás intervinientes que correspondiere.

³⁵ El Código Procesal Penal de la provincia de Buenos Aires establece que los testigos, peritos e intérpretes que intervengan en los actos de la etapa penal preparatoria deberán prestar juramento (artículo 218); el numeral 228 se refiere a la posibilidad que tiene el fiscal de solicitar la interceptación y el secuestro de la correspondencia postal y telegráfica; o de todo otro efecto remitido por el imputado o que se le destinara, aunque sea bajo nombre supuesto siempre que se considere útil para la comprobación del delito, la que será resuelta por el juez de garantías, mediante auto fundado, y cuando existan motivos que lo justifiquen, el agente fiscal podrá solicitar la intervención de comunicaciones telefónicas del imputado y las que

y por último las decisiones que el legislador contempló deba ser resuelto por el juez de garantías, y que tiene que ver con la buena marcha del proceso.

Ello nos lleva a determinar que no puede existir, por parte del fiscal, la construcción de la teoría del caso, como el que puede llevar la defensa (que sabe la verdad expuesta por su cliente — el imputado—), sino que éste construye —a partir del hecho— el “hecho” mismo sobre el cual luego se establecerá la acción penal pública, y respecto del cual formulará acusación; es decir, el fiscal acude al proceso con una teoría del caso propio, y sólo argumenta la proposición jurídica, basada y fundada en la teoría del delito, mientras que la defensa sólo podrá desplegar su estrategia argumental en la etapa de constitución del proceso, y que absurdamente el Código Procesal Penal de la provincia de Buenos Aires pretende sustraer, al sentenciar que si no es peticionado por la parte, el tribunal procederá a designar la fecha en que se llevará a cabo el debate, es decir, la defensa, se quedará sólo con un escrito presentado, donde indicará las pruebas de que intentará valerse para encontrar el convencimiento del juez.

Surge claro que, a partir del hecho, el fiscal —en la etapa de la investigación preparatoria— debe actuar objetivamente; es decir, aun en beneficio del interés del imputado, lo que obvia decir que beneficia a la defensa, pudiendo —inclusive— pedir el sobreseimiento u ordenar el archivo del expediente, sin considerar la posibilidad que también tiene de actuar aplicando medios alternativos de resolución de conflictos, verificando que la víctima resulte resarcida del daño causado por el delito.

realizarse por cualquier otro medio, para impedir las o conocerlas, que también será resuelta por el juez de garantías, mediante auto fundado (artículo 229).