

LITIGACIÓN PENAL Y “TEORÍA DEL CASO” EN EL NUEVO SISTEMA ACUSATORIO*

Carlos F. NATARÉN NANDAYAPA^{**}
Beatriz Eugenia RAMÍREZ SAAVEDRA^{***}

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *La formación de los abogados*. III. *La estrategia en el litigio*. IV. *La teoría del caso*. V. *¿Cómo se construye la teoría del caso?* VI. *Método para la construcción de la teoría del caso*.

I. INTRODUCCIÓN

A PARTIR DE la entrada en vigor del nuevo sistema penal acusatorio el litigio en esta materia sufrirá múltiples transformaciones. Sin embargo debe quedar muy claro, que la principal será, sin lugar a dudas, la conversión del nuevo proceso penal en un ejercicio fundamentalmente estratégico. En efecto, el litigio penal, en tanto exigirá tomar múltiples decisiones, en un entorno oral durante las audiencias que integran el nuevo proceso, requiere que la actividad de las partes esté fundada en un previo y detallado análisis de la situación jurídica procesal que, a su vez, fundamente un conjunto de decisiones.

Dado que la habilidad para tomar decisiones acertadas no puede dejarse a la improvisación del momento, —ya que implica un alto riesgo para el desempeño de los abogados y el resultado del proceso—, se han desarrollado metodologías para desenvolverse exitosamente en el litigio de juicios

* El presente trabajo forma parte del libro *Práctica Forense de Derecho Penal*, México, Oxford University Press, *en prensa*.

** Profesor titular por oposición de Derecho Procesal Penal en la Facultad de Derecho de la UNAM. Investigador de tiempo completo en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores.

*** Licenciada por la Universidad Nacional Autónoma de México; Maestría en Administración Militar para la Seguridad y Defensa Nacionales por el Colegio de Defensa Nacional; candidata a Doctora en Ciencias Penales y Política Criminal en el Instituto Nacional de Ciencias Penales de la Procuraduría General de la República.

orales. El elemento básico de éstas, en tanto da sustento a la estrategia es la “teoría del caso”.

La metodología para litigar en juicio no consiste en una técnica de oratoria, como erróneamente se ha pretendido, si así fuera implicaría finalmente cuestiones de forma, sino que se centra en la orientación de las decisiones que tomará el litigante para elaborar un *relato* sobre lo sucedido que sea lo más favorable posible a los intereses de la parte que representa y que logre el convencimiento del juez, para lo cual debe tener necesariamente un sustento fáctico y un fundamento legal. Debe ser, por tanto, un discurso en torno a lo ocurrido que resulte interesante y verosímil, además de corresponderse con el contenido de la norma que le da valor legal.¹

El nuevo diseño procesal busca la igualdad entre la acusación y la defensa, por lo que le retira al Ministerio Público las ventajas que le daba ser autoridad y parte durante la fase de averiguación previa, lo cual se refleja fundamentalmente en el hecho de que éste no tiene la atribución exclusiva de desahogar la prueba ante sí mismo. De modo que ahora ambas partes compiten en igualdad de circunstancias por obtener el convencimiento del juez. La actuación del abogado de la defensa ya no estará limitada a tratar de desacreditar la narración del Ministerio Público ya incorporada al proceso a través de las diligencias de la Averiguación Previa, sino que ahora podrá intentar presentar un punto de vista en torno a lo ocurrido relativamente autónomo del primero, bajo las limitaciones que le imponga la obtención de la prueba y el marco legal.

Este trabajo pretende realizar una primera aproximación al importante tema de la “teoría del caso” con la finalidad de subrayar la importancia de su función en el litigio penal del modelo por audiencias. Con este fin, haremos una pequeña referencia a la formación de los abogados y la manera en que adquieren la habilidad para participar en juicios pero nos centraremos en la definición de la teoría del caso y la forma de elaborarla.

II. LA FORMACIÓN DE LOS ABOGADOS

Una vez publicadas las reformas constitucionales en materia de justicia penal y seguridad pública,— en el *Diario Oficial de la Federación*, el 18

¹ De acuerdo con los artículos constitucionales 14 y 16, el valor legal del discurso del Ministerio Público depende de que funde y motive el contenido de éste. Por fundar debe entenderse el determinar la norma jurídica aplicable y por motivar la exposición de las razones que lo llevan a aplicar las normas escogidas al caso concreto

de junio del 2008, de acuerdo con el artículo octavo transitorio, se cuenta con un periodo de ocho años para establecer en la legislación secundaria el sistema procesal penal acusatorio, realizar los cambios organizacionales requeridos y construir y operar la infraestructura necesaria, así como llevar a cabo la capacitación correspondiente para jueces, agentes del ministerio público, policía, defensores, peritos y abogados.

Para analizar los requerimientos de capacitación para los abogados litigantes conviene utilizar como referentes los parámetros en la materia tanto en Estados Unidos como en Chile. En el primer caso, debido a que si bien no es un tema vigente en el proceso de integración de América del Norte, iniciado con la puesta en marcha del Tratado de Libre Comercio el 1° de enero de 1994, es previsible que con el avance y eventual profundización del mismo sea uno de los temas que tendrán cada vez mayor presencia en la agenda; mientras que el caso de Chile adquiere relevancia debido a que su reforma ha sido calificada como una de las “mejores prácticas” en Latinoamérica, la cual transformó un sistema inquisitivo tradicional, donde el juez que investigaba emitía sentencia, a un modelo fundado sobre el principio de distinción de funciones entre la acusación y la decisión sobre la existencia de responsabilidad penal, con énfasis en el respeto pleno a los derechos fundamentales y la incorporación de nuevos principios, por ejemplo, la presunción de inocencia.

1. La formación del abogado litigante en Estados Unidos, donde su sistema procesal penal ha sido desde su origen acusatorio, se contempla desde el nivel universitario en forma extracurricular a través de las materias *mock trial* y *moot court*.

La primera materia es la simulación de la primera instancia de un juicio, donde se busca que el alumno adquiera las habilidades que requiere un abogado litigante, tales como el interrogatorio de las personas orientado a que en su relato le transmiten el contenido de la prueba al juez, ya se trate de testigos presenciales del hecho que se presume delictivo o de peritos que interpretan el significado de pruebas indirectas, dado que en el sistema de juicio por audiencias, en virtud del principio de inmediación, solamente la prueba desahogada oralmente ante la presencia del juez, puede ser utilizada como fundamento de la sentencia. Una prueba pericial, por ejemplo, no consiste en el dictamen escrito elaborado por el técnico y entregado previamente a las partes, sino en la declaración, con base en el mismo, que rinde el perito ante el juez. La verosimilitud de las pruebas rendidas oralmente por las partes, los testigos y/o peritos depende en gran medida de la forma en

que se transmiten oralmente los mensajes, conviene recordar que la mayoría de los especialistas en comunicación señalan que el significado de lo que decimos depende en un 20% de las palabras empleadas y en un 80% de lo que se conoce como lenguaje no verbal, que incluye el lenguaje corporal (gestos y movimientos) y la forma del lenguaje oral, determinada, entre otros factores, por el tono de la voz, la modulación y las escansiones.

El interrogatorio exitoso de las personas que participan como transmisores de elementos de prueba en un juicio por audiencias exige diferentes destrezas, que se articulan en torno al diseño del caso que seguirá la defensa, el cual se basa en la “teoría del caso” que se elabore sobre el mismo. De modo que la prueba, por ejemplo, debe ser vista como un conjunto de elementos de prueba que se seleccionan y se integran en función de la “teoría del caso”.

El *moot court*, por su parte, consiste en simular la discusión que se lleva a cabo durante la segunda instancia, ya que en Estados Unidos, por regla general, se excluye la discusión sobre los hechos que se considera fueron determinados en la instancia previa, por lo cual la naturaleza de este ejercicio de argumentación es fundamentalmente jurídica. Algunas modalidades de la misma, dados por existentes los hechos, podrían ser la calificación jurídica de los mismos, lo que se conoce como su encuadramiento legal; o la interpretación del sentido de una norma o, bien, el debate sobre la pertinencia de su aplicación.

Las exigencias en materia de capacitación para el litigio oral en Estados Unidos son de tal envergadura, que se requiere, además de un título de licenciado en Derecho, la aprobación del examen que establece la barra de abogados del estado correspondiente. Un abogado recién egresado o los despachos dedicados al litigio pueden acrecentar sus posibilidades de éxito mediante los cursos en la materia que brindan organismos especializados, los cuales se orientan, en términos generales, a fortalecer destrezas tales como el diseño de la estrategia de la defensa y la alineación de los recursos disponibles en torno a ésta.

2. En el caso de Chile, las exigencias en materia de capacitación fueron más apremiantes a partir de la transformación del sistema inquisitivo en un acusatorio en el año 2001, sin pasar por las etapas del “proceso mixto moderno”.² Dadas las características de la reforma chilena, implementada territorialmente en etapas sucesivas durante un periodo de cinco años,

² Un sistema donde coexisten modalidades de investigación de corte inquisitivo y acusatorio hasta que concluye el tránsito definitivo de una a otra

su proceso de capacitación resulta interesante si se considera que puede evaluarse como exitoso, puesto que antes de la instrumentación de la reforma no existía la institución del Ministerio Público y también debido a la transformación profunda del Instituto de Defensoría Pública.

La formación de los abogados que participan en el litigio oral se ha dado tanto desde la formación universitaria como, fundamentalmente, a través de la capacitación institucional. Tanto el Poder Judicial, como el Ministerio Público y la Defensoría han instrumentado intensos programas para que sus integrantes adquieran y desarrollen las destrezas que exige su rol: "dirigir-acusar-defender" durante el proceso. El papel que ha desempeñado la defensoría en materia de capacitación, tanto en cobertura como en sus contenidos, ha resultado tan eficaz, que son pocos los abogados particulares que litigan hoy en día en materia penal.

De acuerdo con la doctrina chilena, las destrezas más importantes para el litigio oral pueden agruparse en tres categorías. Una, definición de una teoría del caso, esto es, la capacidad para planear estratégicamente el juicio y su preparación; dos, la introducción al juicio de la información relevante que sustenta la teoría del caso, a través del interrogatorio y, en su caso, contrainterrogatorio a las partes, testigos y peritos, y tres, el uso de la información durante la argumentación inicial y en las conclusiones del juicio, lo que se conoce como el alegato inicial, que es, en parte, el anuncio previo de la información que intencionadamente se generará durante el juicio a través de sus participantes, y el alegato de clausura, que es la interpretación de la información que fue generada.³ Se trata de tres actividades de la estrategia de defensa o acusación interrelacionadas, siendo determinante la teoría del caso, a la cual se subordinan de manera lógica las otras dos.

Las destrezas a adquirir o, en su caso, potenciar para desenvolverse exitosamente en el litigio oral, están determinadas, más allá de los dos referentes que hemos comentado sucintamente, por el cambio indispensable en la visión sobre lo que es un juicio, al pasar de la modalidad inquisitiva a la acusatoria. Bajo la primera, un juicio es considerado esencialmente como el "descubrimiento de la verdad" en el caso del Ministerio Público y de la "desacreditación de la misma" por la defensa, mientras que desde el enfoque acusatorio es, fundamentalmente, un "ejercicio de debate siguiendo líneas estratégicas". La diferencia estriba en un reconocimiento de que no existe LA verdad, así con mayúsculas, sino que siempre se trata de verdades

³ Estos temas serán retomados con más detalle al final del capítulo, en el apartado sobre *La ejecución de la estrategia de litigación en la "audiencia del juicio oral"*.

relativas, construidas por el punto de vista de quien observa, por lo tanto, son concepciones necesariamente parciales en un torno a un mismo suceso, las cuales entrarán en disputa por el convencimiento del juez.

La pregunta en torno a las destrezas a desarrollar para afrontar exitosamente los cambios en la naturaleza del juicio, es la siguiente: ¿si éstas deberán girar en torno al descubrimiento de la verdad o a lograr el convencimiento del juez?, o bien, si no se trata de ninguno de los dos extremos mencionados, sino de reconocer que se trabaja con verdades relativas que deben resultar convincentes. Por lo tanto, es importante la etapa de la investigación de lo ocurrido, reconociendo que la relevancia de su resultado no está totalmente en su contenido, ya que ésta se define procesalmente en la argumentación en torno al mismo durante las audiencias del juicio.

De nada sirve que el contenido de la investigación se acerque a lo que en realidad aconteció, si se carece de la habilidad para exponerlo durante el juicio de forma clara y convincente. La pregunta clave es, entonces, ¿cuál es la relación entre la forma y el fondo?, ¿es posible convencer desde la mentira o no lograr convencer con la verdad? El sistema acusatorio se basa en la consideración de que todas las mentiras deberían ser impugnadas o develadas por la contraparte, de modo que no sería posible argumentar desde contenidos falsos.

Desde esta perspectiva la actividad del abogado va más allá de acercarle al juez elementos verosímiles sobre la ocurrencia de los hechos, debido a que implica necesariamente el análisis previo de la situación y la toma de decisiones que busquen obtener la convicción del juez.

III. LA ESTRATEGIA EN EL LITIGIO

El juicio, como se ha dicho, es un ejercicio fundamentalmente estratégico en tanto exige tomar decisiones. Como se ha señalado en un principio, la importancia de estas decisiones, en tanto orientarán la actividad del litigio y definirán en última instancia el éxito o el fracaso del litigante, hace conveniente que estas sean tomadas de forma sistemática y organizada. Con este fin se han desarrollado metodologías que orientarán la actividad en el proceso penal acusatorio con el fin de asegurar su éxito. A pesar de lo que se pudiera pensar a primera vista, las técnicas de litigación oral pueden ser aprendidas, mediante el dominio teórico y el ejercicio práctico, por cualquiera que aspire a ser abogado litigante.

Debemos reiterar que la metodología para litigar en juicio no consiste en una técnica de oratoria, como erróneamente se ha pretendido, quizá a partir de las experiencias mexicanas del proceso penal de la primera mitad del siglo XX. Si se tratará de una cuestión de expresión se trataría de una cuestión sencilla. En cambio en el litigio penal no es simplemente de forma. La parte esencial la litigación oral se refiere a la elaboración de las decisiones que tomará el litigante, lo que en un primer momento implica establecer una teoría del caso, en otras palabras, la metodología de litigación establece los pasos necesarios para elaborar un relato sobre lo sucedido que al mismo tiempo que sea favorable posible a los intereses que el abogado representa, esté en condiciones de obtener el convencimiento del juez, razón por la que la elaboración de la teoría del caso debe tener forzosamente un sustento fáctico y un fundamento legal.

De esta forma, puede señalarse que la planeación de la estrategia exige definir los tres principales instrumentos con que contará el abogado, a saber: 1) la teoría del caso, 2) las peticiones específicas que realizará durante el proceso, ya sea como solicitarle a los jueces medidas cautelares, por ejemplo, o proponerle al Ministerio Público la suspensión del “proceso a prueba” —peticiones específicas que el abogado considera tienen fundamento y que resultarían favorables para el desarrollo de la estrategia—, y, finalmente: 3) la reacción que se asumirá ante las peticiones que podría promover la contraparte. El presente ensayo, en tanto parte de un trabajo de mayores proporciones, se limitará a esbozar la metodología de elaboración de la teoría del caso.

IV. LA TEORÍA DEL CASO

La metodología de la litigación en los juicios orales consiste, en primer término, en construir una “teoría del caso” adecuada y dominar la técnica para ejecutarla con efectividad. Ello nos lleva a explicar que es una teoría del caso a partir de las funciones que desempeña durante el litigio. Dada la complejidad del concepto presentaremos varias aproximaciones, sin la pretensión de que sean tomadas como definiciones acabadas.

1. “Una *teoría del caso* es la verdad que sostiene cada parte de acuerdo con su conocimiento e interpretación de lo sucedido, la cual está necesariamente influida por los intereses particulares que representa”. Al ser la verdad legal diferente de la histórica, debido a estar limitada por las pruebas que aportan

las partes durante el proceso, es necesariamente parcial; de modo que el juez tomará su decisión a partir de una selección de los hechos relevantes que le presentan las partes y que al mismo le resultan verosímiles, a fin de tener un nivel de certeza relativo, pero suficiente para determinar la existencia o no de la responsabilidad penal.

2. “Una *teoría del caso* es el relato de lo sucedido de acuerdo con el punto de vista específico de cada una de las partes”. Cada uno de los litigantes se forma un punto de vista del caso que representara, a partir del conocimiento que tiene de lo sucedido y de la evaluación jurídica que realiza para determinar las fortalezas y debilidades de la posición de su representado.

3. “Una *teoría del caso* es la articulación coherente y ordenada de las proposiciones fácticas que sustentan la posición jurídica del litigante”. Una proposición fáctica no es otra cosa más que una afirmación sobre un hecho individual, que debe cumplir dos condiciones fundamentales. Por un lado, es una afirmación sobre un hecho que está, a su vez, considerada en el “supuesto de hecho” de alguna norma. Conviene recordar que las normas se estructuran con un supuesto de hecho que genera consecuencias jurídicas; de modo que la “proposición fáctica” debe coincidir con al menos, una parte de los “supuestos de hecho” de las normas, que los litigantes consideran aplicables al caso, de modo que el conjunto de las proposiciones fácticas deberá cubrir *todos* los supuestos de hecho de las normas que serán seleccionadas por el abogado litigante. Por otro lado, una proposición fáctica es una afirmación que se considera puede ser probada; en ese sentido, se dice que podría tener un *sustento fáctico*, de lo cual depende su utilidad en el proceso.

Veamos el siguiente ejemplo, el 20 de junio del 2008 se realizó un operativo policial en la discoteca *News Divine* ubicada en la Delegación Gustavo A. Madero del Distrito Federal, a consecuencia de las frecuentes quejas de los vecinos por la presunta venta de alcohol y droga a menores de edad. Durante el intento de desalojo de las personas que se encontraban en ese lugar fallecieron doce de ellas, nueve clientes del lugar y tres de los agentes de policía que realizaban el operativo. El encargado del operativo fue acusado por el delito de homicidio doloso. Para que prospere la acusación del Ministerio Público, éste deberá introducir en el proceso un conjunto de proposiciones fácticas, como las contenidas en el siguiente listado, las cuales deberán de ser posteriormente probadas.

- El imputado estaba encargado, como mando único, del operativo.
- No se informó previamente a los distintos agentes que fueron convocados a participar en el operativo, los detalles del mismo.
- No se previó la coordinación con otras autoridades para la atención de posibles situaciones de emergencia y el resguardo del lugar y sus alrededores.
- La responsabilidad del operativo entraña el cuidado de la integridad física de los participantes.
- El local tenía una sola puerta de entrada y salida en operación.
- En local se encontraban reunidas un número de personas que rebasaba ostensiblemente su capacidad.
- La estancia principal del establecimiento estaba conectada a la salida mediante una escalera.
- Bajo su mando se ordenó el desalojo de la discoteca referida.
- Los policías que se encontraban cerca de la puerta cerraron la misma y aunque la abrieron posteriormente, su presencia obstruyó el único acceso de entrada y salida disponible.
- El encargado del operativo se dio cuenta de lo anterior y no ordenó a los agentes que desbloquearán el acceso referido.
- La aglomeración en la escalera de quienes atendieron la instrucción de los agentes policiales de desalojar el local y la obstrucción del único acceso de entrada y de salida disponible, ocasionó que se aplastaran los cuerpos de unos y otros.
- El encargado del operativo se encontraba presente y observó el caos generado sin girar órdenes para tratar de reestablecer el orden.
- El encargado del operativo no giró instrucciones para atender a las personas que resultaron afectadas por la situación de caos imperante.

Como se puede observar, las anteriores proposiciones fácticas son afirmaciones sobre hechos concretos orientadas a satisfacer los supuestos de hecho de los artículos del Código Penal del Distrito Federal, donde se describe el delito de homicidio.

Las afirmaciones que contienen estas proposiciones fácticas aún no han sido probadas. El éxito del Ministerio Público depende de que las proposiciones fácticas cubran todas las normas que sustentan la acusación y de que puedan ser, además, acreditadas. El punto crucial de la acusación que le imputa el Ministerio Público al encargado del operativo es la existencia del “dolo” eventual, la cual de acuerdo con jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sintéticamente, se presenta “cuando el sujeto

activo no persigue un resultado y tampoco lo prevé como seguro, sino que sólo prevé que es posible que se produzca, pero para el caso de su producción lo asume en su voluntad". En cierta forma, el resultado no deseado es un efecto de la acción del sujeto, previsto por éste como posible y asumido como una consecuencia eventual de su actuar. No lo deseó y sabiendo que podría darse, tampoco hizo nada por evitarlo. Las proposiciones fácticas requeridas serían similares a las siguientes:

- El encargado del operativo es responsable del bloqueo de la salida.
- El encargado del operativo previó que el bloqueo de la puerta podía lesionar gravemente a quienes querían salir y a quienes la estaban obstruyendo.
- El encargado del operativo no ordenó desbloquear la puerta, a pesar de tener el mando único y los medios para comunicarse con los agentes bajo sus órdenes que estaban obstruyendo el único acceso disponible de entrada y salida.

4. "Una *teoría del caso* es la guía que debe orientar la actividad del litigante durante el proceso". Con base en el ejemplo anterior, es evidente que en cada proceso penal existirá un conjunto muy amplio de hechos a ser tomados en cuenta, por lo cual se requiere de un criterio de selección para distinguir lo relevante de lo que no lo es. La teoría del caso, en tanto la versión de lo ocurrido elaborada por cada una de las partes en litigio, debe fungir como guía para responder las siguientes interrogantes:

Interrogantes	Consideraciones que explican su relevancia
¿Qué proposiciones fácticas dan cuenta de la versión de los hechos de cada una de las partes?	La interrelación de las proposiciones fácticas definidas es la versión de los hechos
¿Con qué elemento de cuál norma jurídica se relaciona cada una de estas proposiciones fácticas?	Correspondencia entre cada "afirmación de hecho" y al menos una parte de los "supuestos de hecho". El conjunto de las "afirmaciones de hecho" debe cubrir todos los "supuestos de hecho" de las normas aplicables
¿Qué elementos de prueba son necesarios para acreditar cada una de las proposiciones fácticas?	Construcción del sustento fáctico
¿Qué tan relevantes son las proposiciones fácticas que no pueden ser probadas?	Necesidad de modificar la versión de lo sucedido, ante la imposibilidad de contar con las pruebas

La *teoría del caso* atraviesa todas y cada una de las actividades que se llevan a cabo durante el litigio. Todas las proposiciones fácticas que se formulan y se busca acreditar, toda la prueba que se presenta para lograrlo, todo interrogatorio, contrainterrogatorio y los alegatos dentro del juicio deben estar al servicio de y ser funcionales a la *teoría del caso*. Por esta razón la *teoría del caso* debe ser única, autosuficiente, verosímil y fundada en derecho.

V. ¿CÓMO SE CONSTRUYE LA TEORÍA DEL CASO?

Una noción crucial para construir la *teoría del caso* es considerar que es un instrumento que respalda el desarrollo de la estrategia de ataque o defensa que se adoptará durante el litigio. No existe un significado único para el término estrategia, debido a que se trata de un concepto complejo, en virtud de su naturaleza multidimensional. La estrategia puede ser entendida como la definición y promoción de un curso de acción que se considera adecuado para alcanzar los objetivos deseados, por lo cual abarca, como diseño, la definición de los objetivos y del curso de acción más favorable para la consecución de los mismos, y, en tanto práctica, la realización de actividades para que los acontecimientos transcurran de acuerdo con el curso de acción previsto. En el ámbito que nos ocupa debe ser entendida como el conjunto de decisiones que toma el abogado litigante, con base en su diagnóstico de los hechos, para definir el sentido en el que debe orientar su actividad procesal. La estrategia, concebida como un arte, consiste en conseguir lo deseable dentro de lo posible. Ello implica una doble selección. Por un lado, ¿cuáles son los resultados posibles del proceso penal, a partir de lo que no se puede cambiar, esto es, el orden jurídico y lo acontecido?, y por otro, ¿cuáles de los intereses de la parte representada pueden ser satisfechos en el proceso penal? La pregunta que las conjuga a las dos es, ¿qué resulta deseable dentro de lo posible? El límite de lo deseable está determinado por lo acontecido, el marco legal y también por las habilidades, conocimientos y destrezas del abogado litigante, aunque este último factor puede mejorarse a lo largo del tiempo con esfuerzo y dedicación.

Con relación al ejemplo expuesto, la estrategia de defensa requiere decidir entre dos opciones: A) adjudicarle responsabilidad a otros o B) asumir la misma pero señalar que fue culposa. En la primera opción, una posible *teoría del caso* sostendría que el imputado no ordenó el desalojo del local y que quien se lo comunicó a los asistentes por voluntad propia fue el dueño de la discoteca; otra sería, aceptar haber dado la orden del desalojo y que la

precipitación de los asistentes por salir del lugar se debió a que el gerente del local decidió de *motu proprio* apagar el aire acondicionado, que el local no tenía ventanas, y que los policías que se encontraban frente a la puerta de acceso no se quitaron debido a que se los impedían quienes ya habían salido y se quedaron en las inmediaciones de la puerta, en su afán de tratar de observar lo que ocurría adentro. Para la alternativa B), la *teoría del caso* sostendría que el encargado del operativo no ordenó el bloqueo y que los acontecimientos sucedieron tan rápido y tan desordenadamente, que nadie podía prever lo que finalmente ocurrió.

Además de enfatizar que en el hipotético caso de haber podido prever lo que iba a ocurrir estaba en su interés haberlo evitado, dado que también resultaron victimados agentes policiales bajo sus órdenes. Con esos argumentos se estaría tratando de señalar que en la actuación del imputado no existió jamás intención directa ni tampoco eventual de provocar el resultado.

Dado que la esencia del juicio en su modalidad acusatoria puede ser definida como un ejercicio estratégico, éste se convierte en el escenario donde las partes en pugna habrán de desarrollar sus respectivas estrategias para convencer al juez de que “los acontecimientos sucedieron” de acuerdo con su propia *teoría del caso*, bajo el entendido de que esta última es un instrumento para el desarrollo de la estrategia de acusación o defensa que seguirán las partes. Otro de los instrumentos para llevar a cabo la estrategia de litigación es, como ya señalamos, la planeación de las peticiones que conviene promover, como lo son, por ejemplo, la de medidas cautelares o la impugnación de una prueba por haber sido presuntamente obtenida mediante la violación de derechos fundamentales, y, uno más, es la reacción que conviene adoptar ante las peticiones que se supone promoverá la contraparte en los distintos momentos del proceso.

Para tratar de dilucidar la *teoría del caso* que orientará las acciones de la contraparte se puede utilizar como referente el conjunto de las pruebas ofrecidas, revisando, por ejemplo, ¿quiénes son los testigos que citará a comparecer?, ¿cuál es su relación con los hechos? y, en consecuencia, ¿cuál podría ser su versión de los mismos?, así como ¿qué especialidad tienen los peritos a los que recurrirá? y ¿cuál es la materia sobre la que versarán las pruebas examinadas por éstos?

Debe considerarse que a partir del principio de legalidad (*nullum crimen sine legge*), el Ministerio Público está obligado a fundar su acusación en un tipo penal, por lo que su estrategia y la respectiva *teoría del caso* deberán orientarse a acreditar que la conducta se realizó, que la misma coincide con alguna de las que están descritas en el Código Penal, que no tiene ninguna

causa de justificación y que existe responsabilidad penal del procesado. Mientras que la defensa, en virtud del principio de presunción de inocencia, deberá ordenar su estrategia y actividad procesal a desacreditar la veracidad del relato del Ministerio Público o también a la construcción y acreditación de un relato alterno.

VI. MÉTODO PARA LA CONSTRUCCIÓN DE LA TEORÍA DEL CASO.

Una metodología para la construcción de la teoría del caso abarcaría los siguientes pasos:

1. *Revisar los hechos iniciales de que se tiene conocimiento.* Esto necesariamente implica herramientas especiales para que el abogado litigante pueda investigar cómo ocurrieron los hechos, entre otras, para que la entrevista con el imputado en el caso de la defensa, o con la víctima o los testigos en el caso de la acusación, arroje información valiosa para el diseño de la estrategia de litigación. Sobre este punto hablaremos en detalle más adelante.

2. *Elaborar una versión o relato preliminar de lo ocurrido.* Desde el punto de vista particular que define la estrategia a seguir por cada una de las partes en litigio. Recuérdese que puede haber tantas versiones sobre un suceso como existan puntos de vista diferentes sobre el mismo, y que el abogado de la defensa y el de la acusación necesariamente tendrán puntos de vista diferentes sobre lo acontecido, debido a que los intereses que representan son distintos.

El punto de vista referido lo adoptará el abogado litigante luego de conocer y analizar los hechos iniciales e intereses de su representado, así como de decidir cuáles de éstos pueden ser satisfechos en el proceso penal.

Esta versión o relato preliminar debe ser entendida como una sucesión interrelacionada de hechos o acontecimientos que concurrieron en la generación de un resultado, sobre el cual las partes litigantes tiene versiones encontradas.

3. *Seleccionar los hechos de la versión o relato preliminar que tendrían que ser probados para darle credibilidad al mismo,* con el objetivo de que la narración de *que las cosas efectivamente sucedieron como yo lo digo* resulte verosímil es necesario hacer un recuento preliminar de las “afirmaciones sobre hechos” que pueden sustentarse con alguna prueba.

A estos hechos los denominaremos “hechos clave”, los cuales se distinguen de las *proposiciones fácticas*, en que si bien son, al igual que ellas, “afirmaciones de hecho”, no guardan, necesariamente, correspondencia con los “supuestos de hecho” contenidos en las normas penales, porque esa característica, que sí deben de cumplir las primeras, no es de interés, por el momento, para la selección de los hechos que resultan “clave” dentro del relato que narra lo ocurrido, a fin de que éste adquiera credibilidad. Otra diferencia entre las “proposiciones fácticas” y los “hechos clave” es que solamente algunos de éstos deberán, en algún momento, ser probados, ya que, como veremos más adelante, los “hechos clave” habrán de pasar por un filtro de depuración (paso número 8) que eliminará a algunos de ellos.

Su utilidad en esta etapa de la metodología propuesta⁴ es servir de indicadores de los aspectos de la versión preliminar sobre lo ocurrido, que resultan *claves* para que la misma pase del terreno de la inventiva, de la pura ficción, al de la descripción de la realidad; son, como hemos señalado, los hechos que tendrán que ser probados para que la versión sobre lo ocurrido resulte creíble, esto es, que tenga verosimilitud, entendiéndolo por ello, apariencia de verdadera.

Conviene recordar que las historias o relatos con mayor consistencia argumentativa en torno a la comisión de delitos son, precisamente, las novelas ¿Qué tendríamos que hacer, si quisiéramos que esos relatos novelados dejaran de serlo y se convirtieran en historias que no ocurrieron en la mente del escritor, sino en la realidad?, la respuesta es muy simple de enunciar, demostrar que en la realidad tuvieron lugar los hechos que son *claves* en la trama de la historia, se trata de esos acontecimientos que si fueran extraídos de la misma, no permitirían que ésta tuviera el final que ideó su autor.

En el litigio en el nuevo proceso penal, el autor es un abogado litigante que quiere que el juez le crea que las cosas en verdad ocurrieron como él se las está contando, a través de lo que dirán *sobre lo acontecido* todos y cada uno de los instrumentos de la prueba⁵ que presentará durante el juicio. La

⁴ La cual debe entenderse simplemente como una sucesión de actividades interrelacionadas: el resultado de la antecedente sirve de insumo a la subsecuente, la cual generará con ello su propio resultado, mismo que servirá, a su vez, de insumo a la siguiente, hasta culminar con una versión más elaborada y detallada que la inicial, en otros términos, con la *teoría del caso* en cuanto relato de lo ocurrido de acuerdo con la estrategia de la parte litigante que lo elaboró

⁵ Recordemos que los instrumentos de la prueba son todos los documentos, personas o cosas que se encontraban presentes cuando ocurrieron los hechos que se desea acreditar.

labor del abogado es asegurarse que lo que digan, cuando los interroge, sea una parte de la narración que sostiene en juicio. Sin embargo, resulta muy importante subrayar que el abogado litigante trabaja para que el juez emita una resolución favorable a los intereses de su cliente,⁶ por lo que es fundamental que presente a través de su dicho y el de los instrumentos probatorios que seleccione, una historia sobre lo ocurrido que al juez le resulte *creíble*.⁷

4. *Seleccionar los tipos penales con los que guarda mayor similitud la versión preliminar de los hechos elaborada en el paso número 1*, el haber elaborado primero el relato sobre lo ocurrido, que conviene al punto de vista que define la estrategia a seguir, permitirá utilizarlo como guía para ir a los códigos a seleccionar entre las “conductas típicas” que ahí se encuentran descritas, aquéllas que guardan mayor similitud con la que está narrada en la versión preliminar. Los tipos penales describen, en forma genérica, las conductas que deberán ser sancionadas por el Estado, mientras que la narrada en la versión preliminar es particular, los detalles que la caracterizan son específicos, de modo que el grado de concordancia entre ambas conductas deberá ser evaluado en términos de similitud, no de identidad. De ahí que pueda encontrarse más de un tipo penal que guarde una similitud adecuada con la conducta contenida en la versión preliminar. A los tipos penales seleccionados con el criterio propuesto los denominaremos “tipos penales posibles”.

En el caso de que la defensa inicie su participación en una etapa avanzada del proceso, lo que es bastante frecuente, es muy probable que la selección de los tipos penales posibles se encuentre muy limitada por la selección del tipo penal contenido en la acusación —ya realizada por el Ministerio Público—; sin embargo, aún en este supuesto, la búsqueda y revisión de los tipos penales es necesaria e importante pues puede abrir vías de defensa jurídica.

5. *Identificar los elementos que componen a los “tipos penales posibles” y listar los mismos*, en este paso conviene recordar que cada tipo penal es

⁶ La importancia de la verosimilitud de la narración de los hechos es tan grande, que puede definir el contenido de la sentencia, ya sea a favor o en contra de la posición del que la sostiene, pues como se ha señalado en el Capítulo 7 “Puntos de atención prioritaria durante en el procedimiento penal” una narración que carezca de verosimilitud tiene como consecuencia fortalecer la posición de la parte contraria.

⁷ Los instrumentos probatorios de carácter material sí, bien, no hablan por sí solos, tampoco poseen un significado único definido por ellos mismos. Este debe ser elaborado por quien los interpreta y expuesto en forma oral durante el juicio.

una descripción de una conducta compleja y abstracta, es decir, sin referencia a un caso concreto. Por regla general el tipo está integrado por varios elementos; Al ser el proceso penal un asunto esencialmente de prueba, para estar en mejores condiciones para evaluar que prueba se necesita, es necesario que antes se haya definido con claridad cuáles son todas y cada una de las partes o elementos de la conducta que la norma describe. Con esta finalidad, la conducta compleja debe ser descompuesta en todos los elementos simples que contiene.

6. *Comparar los “hechos clave” de la versión preliminar con los elementos componentes de cada “tipo penal posible”, esta comparación es importante para determinar cuál de estas descripciones de una conducta sancionable —que eso son los tipos penales— tiene mayor número de elementos que podrían ser acreditados mediante la comprobación de algunos de los “hechos clave”. Nuevamente se trata de no perder de vista que el proceso penal se decide en función de la prueba, por lo que la finalidad de este paso es tener una perspectiva clara de los elementos o partes descritas en abstracto que puede ser cumplidos, y cuáles no, con los hechos que integran lo acontecido.*

7. *El abogado de la acusación debe escoger dentro de los “tipos penales posibles”, debe escoger los que sean más fácilmente acreditables, mientras que el abogado de la defensa deberá listar los elementos del tipo penal seleccionado por la contraparte que carecen de o tienen una prueba débil. Si se considera que el juez decidirá sobre la responsabilidad penal a partir de la prueba que le sea presentada, la decisión sobre cuál de entre los tipos penales posibles es el que se asumirá como fundamento de la acusación, debe estar fundada en la posibilidad de la prueba que cada caso ofrezca. Para decirlo de una forma clara, no se trata de qué es lo que se “sabe” de los hechos, se trata de lo que se “puede probar”.*

8. *Depurar la lista de “hechos clave”, dejando sólo aquellos que serán probados para acreditar los elementos del o los tipos penales que fueron escogidos en el paso anterior. En esta etapa de la metodología propuesta para elaborar la teoría del caso, los “hechos clave” seleccionados ya han adquirido las dos características que debe cumplir una “proposición fáctica”, que son, por un lado, el ser una afirmación de hecho que deberá ser probada y, por otro, que la misma se corresponda con el supuesto de hecho contenido en alguno de los elementos de un tipo penal.*

9. *Elaborar una nueva versión o relato sobre lo ocurrido*, de acuerdo con el punto de vista que define la estrategia adoptada y con base en los “hechos clave” que pasaron el filtro de selección contenido en el paso anterior, con lo cual adquirieron las dos características que les permitieron convertirse en “proposiciones fácticas”. En otras palabras, se elaborará un relato mediante la integración de un conjunto de proposiciones fácticas. De lo que se trata es de integrar un relato verosímil, coherente y que refleje el punto de vista de la estrategia que seguirá el abogado litigante, a través de las “proposiciones fácticas” que deberán ser probadas durante el proceso, mediante la intervención de los distintos instrumentos probatorios seleccionados.

Esta última versión de lo ocurrido no es otra cosa que la teoría del caso que se promoverá ante el juez como la única válida y posible, con la finalidad de que dicte una sentencia que se acerque a los objetivos que fueron planteados durante la definición de la estrategia a seguir, en función de los intereses de la parte representada, que tienen una posibilidad *real* de ser satisfechos en el proceso penal.

La teoría del caso se construye, entonces, mediante la integración de las proposiciones fácticas que deberán ser probadas durante el proceso. En la elaboración de ese relato se van hilvanando una a una las proposiciones fácticas que fueron previamente definidas, de acuerdo con el punto de vista que más conviene para promover los intereses de la parte representada. La forma de relacionar a unas con otras en esa narrativa y la definición de las mismas, en tanto afirmaciones de hecho, estuvo determinada por el punto de vista asociado a la estrategia de litigación.