

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.

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

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”*.

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

- 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 desbloquearían 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

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

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.

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 si, 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.

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.