



CUADERNOS DE DERECHO PROCESAL PENAL

Serie Doctrina

No. 30

Teoría del Caso

Carlos Simón Bello Rengifo

Investigador docente Instituto de Ciencias Penales

Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas
Universidad Central de Venezuela

2020

Los *Cuadernos Procesales* son una iniciativa de los miembros de la Sección de Derecho Procesal Penal del Instituto de Ciencias Penales de la Universidad Central de Venezuela, que tienen por cometido ofrecer a los estudiantes de Derecho Procesal Penal, y al público en general que guarde interés por esta disciplina jurídica, exposiciones breves sobre tópicos o temas de esta área, sin pretensiones de exhaustividad, pero sí estimular al estudio y profundización de los asuntos tratados.

Carlos Simón Bello Rengifo

Coordinador de la Sección de Derecho Procesal Penal.

Sumario

- 1.- Introducción
- 2.- Definición
 - 2.1. Primera aproximación
 - 2.2. Definición
- 3.- Terminología
- 4.- Necesidad y utilidad de la teoría del caso
- 5.- La formación de la teoría del caso
- 6.- La formulación propositiva de la teoría del caso
- 7.- La formulación jurídica de la teoría del caso
- 8.- La formulación probatoria de la teoría del caso
- 9.- La narración de la teoría del caso
- 10.- Conclusiones
- Referencias bibliográficas

I.- INTRODUCCIÓN

¿Qué debo hacer para ganar el juicio?

He aquí la pregunta que se hace el abogado cuando asume un caso, sea como defensor o como acusador, tanto el bisoño como el experimentado, pues para cada uno de ellos, cada juicio debe representar un desafío que es en sí mismo único, por mucho que sean sus analogías con otros. Cada juicio es una experiencia única, como también un aprendizaje peculiar, pues, al fin y al cabo, cada juicio es un drama con sus propios personajes, condiciones y circunstancias, como único es cada ser humano en todas y cada de sus vivencias y episodios.

Sin embargo, «debo hacer» no se entiende como igual a «tengo que hacer», por mucho que se parezcan. «Debo» tiene un significado doble, como obligación ética, y como causa eficiente de un determinado resultado, mientras que «tengo» alude fundamentalmente a lo que «hay que hacer» para alcanzar un resultado, por lo que tiene menos resonancia moral que lo primero.

La respuesta a lo que «debo hacer», en la ciencia procesal, se concentra en lo que se conoce como teoría del caso, una de las herramientas más importantes y vigorosas para un desempeño estructurado, organizado y eficaz para el logro de las metas propuestas, sea en el plano de la defensa o de la acusación.

La teoría del caso es parte de las técnicas de litigación, disciplina esta última que se ha venido desarrollando dentro del estudio del Derecho Procesal, y que hasta hace relativamente poco permanecía encapsulada como mera práctica, ajena a un despliegue analítico y conceptual, porque se creía que su aprendizaje se confundía con la práctica misma: se aprende ejerciendo. Sin embargo, ello no es del todo cierto, pues, al igual que cualquier técnica, resulta de unas premisas teóricas que consisten en conceptos y perspectivas que preceden a su ejecución. Toda técnica es, en el fondo, la ejecución de alguna teoría, por rudimentaria que esta sea.

Una presentación sintética de la teoría del caso supone su definición, análisis, contenido, fases de su elaboración, características y utilidad, con un sentido fundamentalmente descriptivo que sirva de introducción a quienes deseen profundizar en este tema y explorar aún más las técnicas de litigación, capítulo importante en la formación, desarrollo y actividad del abogado en el mundo del litigio, no solo penal. Esa presentación es el propósito que motiva este Cuaderno.

Presentados el tema y objetivo, corresponde introducirnos en el campo más abstracto de la definición de la teoría del caso.

II.- DEFINICIÓN

2.1.- Primera aproximación

Los autores Olga Fernanda Casarez Zazueta y Germán Guillén López, citando a Hesbert Benavente Chorres, la definen como «el planteamiento metodológico que cada una de las partes deberá realizar desde el primer momento en que han tomado conocimiento de los hechos, con el fin de proporcionar un significado u orientación a los hechos, normas jurídicas ya sean sustantivas o procesales, así como el material probatorio, que se ha recabado.»¹

También la especifican así: «los conocimientos especulativos que cada una de las partes aportara dentro de un juicio, orientados a la comprobación del delito, o bien a desvirtuar en forma total o parcial los mismos.»²

En Venezuela, Pedro Arellán Zurita nos refiere que es «el planteamiento que la acusación o la defensa hace sobre los hechos penalmente relevantes, las pruebas que los sustentan y los fundamentos jurídicos que los apoyan.»³

Cita a Blanco Suárez, para quien es la «...idea central que adoptamos para explicar y dar sentido a los hechos que se presentarán como fundantes de una historia, permitiendo dar cuenta de la existencia de una determinada teoría jurídica.»⁴

Estas definiciones se orientan a perfilar la teoría del caso como un método, como una idea, como un conjunto de conocimientos, como un planteamiento que contiene hechos, pruebas y fundamentos jurídicos. Estas propuestas no se excluyen entre sí, pues son diferentes perspectivas que en su conjunto aportan las notas que nos permitirán posteriormente formular nuestra definición.

En primer término, hay que tener presente que cuando se habla de teoría del caso, se emplea el término “teoría” en un sentido muy peculiar, que no coincide plenamente con un punto de vista filosófico, ni siquiera con el que es

¹ Conf. Olga Fernanda Casarez Zazueta y Germán Guillén López *Teoría del caso en el sistema penal acusatorio*. http://www.juridicaformativa.uson.mx/memorias/v_coloquio/doc/derechoconstitucional/CAZAREZ_O_LGA_Y_GERMAN_GUI

² Id.

³ Conf. Pedro Arellán Zurita, *Manual de Litigación en el juicio penal*. P. 48.

⁴ Id.

común en la dogmática penal. Es básicamente una “idea”, pero no en un sentido absolutamente abstracto e impreciso, sino idea como abstracción con un cierto contenido que opera como un método que se plantea y desarrolla en el curso del proceso, con el fin de alcanzar los objetivos propios sea de la acusación o de la defensa. Es decir, que ambas partes deben contar con su respectiva teoría del caso. Con un plan estratégico.

La teoría del caso resulta de una serie de inferencias, inductivas y deductivas, análisis y síntesis, o sea, de conocimientos coordinados a plantear y desarrollar durante el proceso, y por eso funciona también como un método, el método central — no exclusivo ni único — del litigio. Conjuga conocimientos, de hecho y de Derecho, formación de un método y su respectiva ejecución, éticamente plausible.

A este contenido no es ajena la razón fundamental de su puesta en marcha durante el proceso, la estrategia. En síntesis, la teoría del caso actúa como el marco estratégico del desempeño de los litigantes.

2.2.- DEFINICIÓN

En consecuencia, se puede definir la teoría del caso como el conjunto de conocimientos de los litigantes que configuran su respectiva estrategia procesal.

De esta definición, cabe extraer algunas ideas fundamentales.

Es, en primer término, conocimientos en plural, pues abarca tanto los hechos como el Derecho. Los primeros tienen un sustento empírico y se revelan con la actividad probatoria. Los conocimientos jurídicos se escinden en sus vertientes sustantiva, procesal y probatoria. El litigante debe conocer y comprender tanto el Derecho Penal relevante para el caso, como las normas procesales penales aplicables y, además, debe conocer cómo las incorpora al proceso, cómo transmite sus conocimientos al juez a fin de obtener su aquiescencia. En este tracto comunicativo se incorporan las destrezas argumentativas y discursivas, en suma, retóricas, que constituyen un capítulo

cercano a la teoría del caso, pero con suficiente entidad propia para ser tratada por separado, que escapa a los límites de este Cuaderno.

En síntesis, el litigante debe **conocer** el hecho que se juzga, lo que implica sus actores y circunstancias; los tipos penales relevantes; las normas procesales relevantes para el juicio que tiene en manos, y los medios probatorios a valer para acreditar sus afirmaciones fácticas, y **disponer** de los recursos retóricos por los cuales transforma los hechos probados y sus alegatos en argumentos persuasivos, a fin de alcanzar éxito en su tarea, que no es más que persuadir al juez de que su teoría del caso es más plausible que la de su adversario.

Además, de lo se **qué** conoce, importa **cómo** se conoce.

Se adquieren de modo similar por ambos litigantes, acusador y defensor, pero colocados en orden a unos objetivos que se insertan en la respectiva estrategia de cada uno. Es decir, se trata de conocimientos funcionalmente puestos al servicio de unos propósitos. Sin embargo, no siempre se cuenta con el mismo grado de certeza, pues a veces concurre un alto grado de probabilidad, y el litigante, al igual que el militar en campaña, debe conocer, o al menos prever con cierta certidumbre, la estrategia de su adversario⁵. Por supuesto, que en la medida con que se cuente con certeza, se está en mejores condiciones estratégicas, pero en juicio, como en la guerra, puede que el desarrollo del proceso no corresponda a lo que ordinariamente debe acontecer, y esas «sorpresas» deben ser previstas. Es decir, para el buen estratega no debe haber imprevistos.

No debe escapar al litigante que por muy cierto que tenga el hecho que es objeto de la declaración del testigo, por ejemplo, puede que este no lo afirme, o que se contradiga, o que no concurra, aun procediendo de buena fe, en la oportunidad del debate. Es por eso que en la relación entre los hechos fundamentales y los medios probatorios, el litigante debe ser lo más prudente posible, en la medida en que las circunstancias se lo permitan. Mientras más

⁵ Decía Su Tzu: «Lo que es de suprema importancia en guerra es atacar la estrategia del enemigo». Conf. Sun Tzu, *El arte de la guerra*. P. 115.

importante sea el hecho, mayor debe ser la fortaleza del medio probatorio con que cuente.

Un elemento implícito, pero de suma importancia, son las decisiones que están involucradas en toda teoría del caso. El litigante, una vez conocido lo que haya menester, debe **decidir** cómo influyen en sus objetivos, así como cuáles desestimar por irrelevantes y cuáles no. Hay una interacción entre lo que **se conoce** y lo que **se propone**, y esa decisión es de índole ética, funcional y propositiva, pues tanto los objetivos como los fundamentos de la estrategia se manifiestan en enunciados lingüísticos que en la literatura sobre la materia se conocen como «proposiciones».

En suma, se cuenta con conocimientos — de los hechos y sus pruebas, y del Derecho—; con objetivos — los propósitos fijados en concatenación a los conocimientos adquiridos—, y se adoptan decisiones que relacionan los conocimientos con los objetivos.

III.- TERMINOLOGÍA

Los términos que son más recurrentes en la teoría del caso, incluso en distintos autores, son los que vamos a señalar a continuación, con una mínima explicación de cada uno de ellos, a fin de alcanzar el conocimiento y comprensión necesarios para su correcta disertación y aplicación.

Estrategia.

Litigante.

Proposición.

Teoría.

Es común encontrar la palabra “estrategia” en los textos de litigación y particularmente cuando se hace referencia a la teoría del caso, al punto que casi se confunden en un mismo concepto: la teoría del caso como estrategia del caso.

“Estrategia” es un concepto proveniente de la ciencia y el arte de la guerra⁶. Es así como lo encontramos en Von Clausewitz, para quien es «el uso del combate para todos los usos de la guerra», en razón de que a todo acto bélico corresponde un objetivo a alcanzar, para lo cual se necesita un plan enlazado a ese objetivo y a las distintas acciones conducentes, aunque, por supuesto, aclara, «todas estas cosas solo se pueden establecer conforme a unos presupuestos que no se cumplen en su integridad».⁷

Este enfoque restringe el concepto al ámbito militar, por lo que otro militar, el general Beaufre, la considera «estrecha», y por eso se amplía para relacionarla con la política, es decir, con su empleo al servicio de objetivos políticos, pero aun más allá se relaciona con la confrontación de voluntades. En consecuencia, puede decirse que es el arte que permite emplear técnicas con la máxima eficacia para resolver los problemas que ofrece cualquier duelo⁸.

Lo cierto es que de estrategia solo se puede hablar cuando se está ante una confrontación frente a la cual se adopta un plan para alcanzar determinados objetivos que se concentran en el vencimiento — que no equivale forzosamente a derrota en el sentido bélico — del otro, por lo que también puede presentarse en el ámbito subjetivo, cuando ocurre una situación de desdoblamiento del sujeto. Por tanto, puede extenderse su aplicación a los más diversos campos de reflexión y de acción, que no siempre son fáciles de distinguir entre sí, como advierte Carlos Matus, sobre todo cuando hay la tendencia a abusar de él. Sin embargo, el

⁶ «Las nociones de guerra y estrategia están tan estrechamente relacionadas que, en el principio, se confunden.» Conf. Felipe Quero Rodiles. *Hacia una teoría de la estrategia*. P. 16

⁷ Conf. Carl von Clausewitz, *De la Guerra*, P. 139. Idea no muy distinta es la que sostiene Napoleón en su máxima V sobre *El arte de la guerra*: «Deben regirse las guerras por cientos principios, pues cada una ha de tener un objeto marcado, y llevarse a término según las reglas del arte. Deben emprenderse solamente contando con fuerzas proporcionadas a los obstáculos que se han de vencer.» José Antonio Páez, al comentar esta máxima e invocado al mariscal Villars, expresa: «... es imposible trazar ningún sólido plan de operaciones ofensivas o defensivas, sin un perfecto conocimiento de lo que debe esperarse o temerse.» Conf. José Antonio Páez, *Máximas de Napoleón sobre el Arte de la Guerra*. P. 17 y 18.

⁸ Conf. Beaufre, *Introducción a la estrategia*. P. 18.

elemento común es la existencia de una cierta política para alcanzar unos objetivos, lo que significa su aplicación a disímiles procesos de conducción.⁹

En la teoría del caso, el vocablo estrategia forma parte de su discurso, porque se inserta en las técnicas de litigación que conciben el proceso como un duelo entre acusador y defensor¹⁰, cada uno con sus objetivos excluyentes entre sí, y guiados por el propósito de vencer al adversario, y para lo cual cuentan con un plan, con una estrategia.

El concepto de duelo, procesal en este caso, se asocia al de litigante, término que abarca tanto al fiscal del Ministerio Público, como al acusador y al defensor, pero no al imputado ni a la víctima como tales, pues si bien tienen el derecho de intervenir en el proceso, y de hecho así sucede en muchas ocasiones, se entiende que no les corresponde la elaboración de un plan defensivo y de ataque, respectivamente, antes bien se integran a los mismos, elaborados por sus respectivos abogados, o por el Ministerio Público. Obviamente, cuando se trata de la defensa personal y de la víctima-abogado que actúa como acusador, sin representación, es propicio que cuenten con una teoría del caso, pero se trata de situaciones excepcionales. Otro asunto es si la víctima no querellante, que no por ello está excluida del duelo procesal, no obstante, algunas prácticas viciosas del mundo forense que tienden a minimizar su intervención eficaz, puede contar con una teoría del caso. Este supuesto de la víctima no querellante, considero que amerita alguna aclaratoria para no caer en precipitaciones.

La teoría del caso por excelencia es aquella que cubre la actividad del litigante en la totalidad del proceso, mientras que la víctima no querellante es un sujeto procesal con derecho a intervenciones específicas¹¹, por lo cual puede

⁹ Conf. Carlos Matus, *Estrategia y Plan*. P. 106.

¹⁰ La concepción duelística del proceso se asocia a su configuración dual, sin que ello signifique que por ello prescindan de un marco de referencia más general en el cual el proceso es más que un duelo.

¹¹ Recusar, por ejemplo, según lo dispone el artículo 88 del Código Orgánico Procesal Penal; pero puede discutirse si puede recurrir respecto a las decisiones que le resulten desfavorables, sobre todo por el mandato de interpretación extensiva que proviene del artículo 120 del mismo Código. Argumentar que el Código entiende que son litigantes aquellos sujetos procesales que expresan

contar con una estrategia y un plan para el ámbito de esas actuaciones, pero no toda estrategia puede llamarse teoría del caso.

En consecuencia, el término litigante, en la teoría del caso, se refiere al acusador y al defensor, como los sujetos-parte que alegan sus pretensiones en el proceso, las argumentan y persiguen demostrar.

Otro término importante en la teoría del caso es el de proposición que, según Tibor Király, es una forma de pensamiento «mediante la cual afirmamos o negamos algo acerca de los objetos y fenómenos, sus propiedades, sus conexiones y relaciones, y que tiene la propiedad de ser verdadera o falsa.»¹²

Aunque se emplee en distintos sentidos, y la teoría del caso no es una excepción, en mi opinión, prevalece su sentido lógico, acabado de exponer, según el cual es un enunciado constitutivo de alguna aseveración, afirmativa o negativa, susceptible de verificación¹³ y, en consecuencia, puede verdadera o falsa. También, en el ámbito de la teoría del caso, puede tener un carácter tendencial, es decir, que sea propicia a su verificación, pero aun así, no se desprende de su carácter demostrativo y alcance explicativo, que son decisivos en la teoría del caso.

Su naturaleza es, entonces, verbal. Un símbolo o un ícono no son proposiciones, aunque pueden ser objeto de proposiciones, al igual que un hecho o un proceso, natural o no.

Lo dicho debe advertir que no hay que confundir proposición con oración. Esta última, si está bien construida, expresa un significado, en cambio proposición debe entenderse como significado: «no cualquier tipo de oración expresa una

pretensiones de defensa y acusación en actos básicos, tales como el escrito de acusación y la contestación a la misma, no siempre se corresponde con las disposiciones de ese texto, pues, por ejemplo, el artículo 120 antes citado, que emplea el término "litigantes" tiene un radio de acción aplicable a la víctima no querellante, pues la misma puede recusar y recusar maliciosamente y ser pasible de sanción. Como se ve, la legislación no es precisa en cuanto el empleo del término litigante, ni tampoco en cuanto el radio de acción de la víctima no querellante.

¹² Conf. Tibor Király, *Procedimiento Criminal. Verdad y Probabilidad*. P. 159.

¹³ Verificar abarca tanto la comprobación como la demostración. La primera es una actividad empírica, la segunda, argumentativa.

proposición: sólo las oraciones asertivas expresan proposiciones, sólo aquellas oraciones que afirman o niegan algo lo hacen.» La proposición puede ser falsa o verdadera, verificada o no, en cambio, propiedades que no corren respecto a la oración, pues a ella lo que le incumbe es ser vehículo del significado que entraña la proposición, y a esta le corresponde ser portadora de la verdad.¹⁴

En conclusión, reitero que este sentido lógico está presente en la teoría del caso, pues ella debe definir las afirmaciones susceptibles de verificación de cada uno de los litigantes.

Teoría es un término que evoca pensamiento, explicación, modelo. En síntesis, un conjunto ordenado de conceptos capaces de explicar un fenómeno, según unas reglas de relación, delimitado en alguna área del conocimiento humano. No es la ocasión ni se pretende discurrir sobre el concepto de teoría, que ha merecido un extenso desarrollo a lo largo de los siglos, además de que sería propio de una obra de filosofía, de historia de la ideas, de filosofía de la ciencia o de la metodología, sin dejar de mencionar que la extensión del concepto varía en cada una de las parcelas de la ciencia y del conocimiento en general. En el Derecho se emplea con una acepción distinta a la que se utiliza, por ejemplo, en la biología, diferencia que tiene que ver con el objeto de conocimiento de cada una de las áreas del pensamiento y del saber, y, por supuesto, del método que se emplea y, por encima de todo, de la concepción más abstracta y general de que la se parta.

En este orden de ideas, cabe subrayar que la teoría cumple funciones de comprobación y demostración. En las primeras, básicamente se atiende a leyes reguladoras de los fenómenos, y en las segundas se enfoca hacia la demostración del significado de unos determinados conceptos, incluso ideas, como ocurre en la ética y en el Derecho. Cuando se explica, se comprueba; cuando se demuestra, se explica. En el primer caso, la explicación deriva a una comprobación de tipo empírico. Por ejemplo, **se explica la causa de la muerte** mediante la

¹⁴ Conf. Daniel Mendonca. *Los secretos de la ética*. P. 31 y 32.

comprobación de que el disparo que impactó causó el cese de las funciones vitales de la víctima. Para ello, se recurre a **declaraciones de expertos**, por ejemplo. Cuando se **demuestra** se explica **aportando significados de conceptos, o aplicando teorías jurídicas**. Así, por ejemplo, se demuestra que la acción homicida es reprochable por dolo eventual, y entonces, el litigante explica qué es el dolo eventual aplicado al caso concreto. En este supuesto, no ha comprobado, pero sí demostrado, y en ambos casos ha explicado.

En la teoría del caso, el término prueba se emplea, primeramente, para significar que obedece al orden sistemático y secuencial propio de la estrategia, aunque guarda alguna correspondencia con la teoría como concepto, en un sentido amplio, en cuanto resulta de un proceso reflexivo de inferencia de determinados datos — los hechos, la Ley y las pruebas —, colocados al servicio de la estrategia como razón de ser de la teoría del caso.

Establecidos los elementos de la definición y los términos que caracterizan la teoría del caso, con algunos lineamientos sobre el significado de esos términos, cabe a continuación referirse a la génesis, desarrollo y ejecución de la teoría del caso.¹⁵

La teoría del caso resulta de una serie concatenada de etapas, las primeras constituyen su **proceso formativo**, a la que sucede su **formulación**, que es cuando se expresa a través de sus distintas proposiciones, y luego viene la **ejecución**, que corresponde a la aplicación de la teoría en las distintas fases procesales: actividad expositiva o narración, y actividad probatoria. Cada una de estas etapas admite su propia subdivisión, como luego veremos.

Una adecuada constitución de las distintas etapas debe ser capaz de arrojar un resultado bien estructurado, y una teoría del caso bien estructurada es

¹⁵ Una propuesta diferente es la de Leonardo Moreno Holman, para quien las fases de la elaboración de la teoría del caso son las siguientes: relato de los hechos; teoría jurídica; proposiciones fácticas; evidencias; debilidades; clasificación de las evidencias; forma de presentar la evidencia. Conf. Leonardo Moreno Holman, *Teoría del Caso*. P 44. En el fondo, esta propuesta y la contenida en este Cuaderno no se oponen, sino que la suya es más detallada. Hemos preferido por una alternativa más conglobante.

promesa de éxito, siempre que, por supuesto, la del adversario no sea mejor. De allí la importancia que tiene el cuidado que el litigante debe dispensar a cada una de las etapas.

Hay que tener presente que cada una de las etapas, si bien son conceptual y analíticamente diferenciables, en la práctica no necesariamente son sucesivas, sino que es posible que concurren en unas mismas unidades de tiempo; sin embargo, ello no significa que el litigante no las distinga conceptualmente. En la medida en que el litigante gane en experiencia, gana en destreza para que los momentos se sucedan de un modo más expedito, sin renunciar a los conceptos que sustentan el desarrollo del proceso creativo, ni a su clara identidad. Conceptos claros arrojan resultados bien delineados, es decir, eficaces, pues no basta con la tarea de elaborar, sino que su resultado ha de ser eficaz, lo que depende, como antes expresé de una adecuada elaboración y ejecución

Antes de proceder a analizar la formación de la teoría del caso, vamos a incursionar en el tópico acerca de por qué es necesaria y útil.

IV.- NECESIDAD Y UTILIDAD DE LA TEORÍA DEL CASO

El crecimiento del interés por la teoría del caso y el número creciente de publicaciones no es un hecho casual, sino que va unido a la transformación que viene presentando el proceso penal con la incorporación del modelo acusatorio en la muchos países, particularmente en América Latina, sobre todo a partir de la última década del pasado siglo, proceso de democratización procesal que prosigue, aunque con distinta suerte, al menos en Venezuela.

La reforma procesal penal conducente a la adopción del modelo acusatorio no es un simple proceso jurídico ajeno al marco político de democratización que se ha venido expandiendo en América Latina desde la caída de las dictaduras militares del cono sur, aunque ha dado muestras de claro retroceso en algunos países en lo que va de siglo, pero no de claudicación.

Este contexto democrático incluye un cambio en el rol del defensor, al convertirse en exponente de los derechos y garantías de su patrocinado, por tanto

liberado de la carga de «armonizar» esos derechos e intereses con los de la «sociedad», la «patria», el «pueblo» o la «revolución». En el proceso penal existe una confrontación entre el individuo y sus derechos, y la sociedad, por lo que «si el defensor hace concesiones a favor de la sociedad estaría empujando a su cliente, probable o ciertamente inocente, (sic) a la cárcel y, por ende, causando un enorme perjuicio a aquél y la justicia como valor.»¹⁶ De haber armonía entre la sociedad y el acusado, afirma Pérez Sarmiento, será cuando al acusado responsable se le castiga en la justa medida de su participación.¹⁷

Es por ello, que los autoritarismos rechazan el modelo acusatorio, oral y adversarial, tanto, porque dificulta el manejo de los jueces y sus actuaciones serviles, por ende arbitrarias, como también porque la oralidad fortalece la cultura democrática de los pueblos, ya que obliga a razonar, a argumentar, y a desterrar la fuerza como el medio de gobierno y de la conservación de la cohesión y la paz social.

El autoritarismo en su sede jurídica procesal, sin embargo, se viste con razones de tez persuasiva con frases elocuentes sobre la justicia y la verdad que pueden mover la voluntad y el entendimiento incautos:

El Derecho soviético rechaza el método jurídico formal como anticientífico y nocivo, como un método que dificulta y excluye por completo la posibilidad de establecer la verdad en el proceso, de esa verdad que constituye el objetivo básico de todo el procedimiento judicial.

El tribunal soviético aspira a establecer la verdad material, o, con otras palabras, la verdad auténtica. En virtud de ello, el tribunal soviético no actúa únicamente en la resolución de los asuntos civiles, por ejemplo, a base de los datos presentados por las partes, y sólo desde el punto de vista de su concordancia exterior con las prescripciones de la ley, sino que profundiza obligatoriamente en la esencia

¹⁶ Conf. Eric Pérez Sarmiento. Op. Cit. P. 59.

¹⁷ Id.

auténtica de las relaciones jurídicas dadas... (omissis)... el principio de la convicción íntima, que sirve de base al proceso soviético, no excluye la necesidad de encuadrar las pruebas en un determinado sistema.¹⁸

La renuncia del llamado método formal conduce a desterrar toda forma, es decir, al pronunciamiento y precedente formación de la decisión según determinados requisitos objetivos de cumplimiento controlable mediante recursos. Esta repulsa lleva a su vez a adoptar la convicción íntima del juez como base del sistema probatorio, y es en esa convicción íntima donde reside la «verdad auténtica», en lugar de ser descubierta o desvelada por la interacción de las partes de donde surge la luz que ilumina la conciencia e inteligencia del juez para proclamarla¹⁹.

El artilugio de la diferenciación entre «verdad formal» y «verdad material», o «verdad real» y «verdad procesal» esconde propósitos autoritarios y antidemocráticos. La verdad es una, otra cosa es la pluralidad de enfoques hacia ella. La ocurrencia de un hecho encierra en sí la verdad de su existencia, pero respecto a ella puede haber la perspectiva del historiador, del artista o la del Derecho.

Lo expuesto está recogido en estas palabras de Baytelman y Duce:

Los Estados autoritarios no tienen que respetar los derechos humanos, ni el derecho a secas. Para mantener la paz, los criterios del derecho y justicia se subordinan a los de orden y control. Los Estados democráticos, en cambio, tienen la compleja tarea de encontrar un equilibrio entre ser eficaces para mantener la seguridad

¹⁸ A. Vishinski, *La teoría de la prueba*. P. 204 y 205. He destacado.

¹⁹ El descubrimiento de la verdad guarda afinidad con lo que expone Karl-Heinz Gössel, para quien en el proceso penal se elabora una «imagen judicial de la verdad» atinente a un «acontecimiento real» susceptible de verificación y cuya verdad es aprehendida, no construida. Aprehensión que tiene lugar a través de la imagen de la verdad que se instaura en el juez. Conf. Karl-Heinz Gössel, *En búsqueda de la verdad y la justicia. Fundamentos del procedimiento penal estatal con especial referencia a aspectos jurídico-constitucionales y político-criminales*. P.71.

*de los ciudadanos y al mismo tiempo actuar sometidos a la ley.*²⁰

La relación contradictoria propia del proceso penal democrático, responde al modelo acusatorio, unido a la oralidad. Este modelo tiene características y exigencias a las que la teoría del caso se amolda muy adecuadamente.

En primer lugar, el modelo acusatorio supone una relación contradictoria entre acusación y defensa a cargo de sujetos procesales claramente diferenciados, ante el juez, que es a quien corresponde declarar la verdad, basado, fundamentalmente, en la adopción de la tesis más plausible, según su convencimiento, para lo cual es indispensable que las partes en contradicción entren en una lid que será ganada por quien mejor alegue y pruebe la verdad del hecho y su correspondencia con el Derecho.²¹

El proceso penal es democrático en la medida en que sea acusatorio, no solo por su adecuación a ciertas reglas técnico-procesales, sino también por el trasfondo ético-político que se asienta en el reconocimiento de los derechos fundamentales y en el método para encontrar la verdad y alcanzar la justicia:

«... el proceso penal solo es legítimo si permite a un juez sentenciar a los culpables y absolver a los inocentes a través de un método que permita conocer con un margen amplio de certeza la verdad, a través de un procedimiento validado por la participación de las partes, con igualdad de circunstancias en el proceso y la observación del público; debe encontrarse un equilibrio entre la obligación

²⁰ Conf. Baytelman y Duce. *Litigación penal. Juicio oral y prueba*. P. 16.

²¹ La relación adversarial del modelo acusatorio es considerada por Pérez Sarmiento como un ataque al imputado: «... no cabe duda alguna de que cualquier imputación penal constituye un ataque a la estabilidad física y emocional de la persona sindicada, y por ello resulta absolutamente natural que ésta tienda inmediatamente a proclamar su inocencia o a justificarse.» Y líneas atrás: «La actitud defensiva que asume toda persona inculpada es una simple manifestación del instinto de conservación y supervivencia inherente a todo género o especie viviente, un mecanismo de defensa que se dispara ante cualquier ataque externo.» Conf. Eric Pérez Sarmiento, *Teoría y Método de la Defensa Penal*. P. 22

del Estado de garantizar la seguridad de los ciudadanos y la de proteger sus libertades a través del derecho.»²²

Por otra parte, el proceso no es solo expresión de un estado político, ni simplemente un ejercicio de la búsqueda de la verdad, un mero método, sino que se complementa con una actividad estratégica que es la que permite aportar la prueba de la verdad del hecho, oculto en el pasado, del que no fueron testigos ni el defensor, ni el fiscal, ni el juez; pero que, sin embargo, están obligados a descubrir y revelar ante el foro. No se trata de un método a secas, el proceso es un método estratégico en una lid entre dos partes contrapuestas. Como dicen Baytelman y Duce, la «cultura jurídica tradicional» no recurría al concepto de estrategia para la comprensión del proceso, sobre todo porque su objetivo quedaba en descubrir la verdad, sin necesidad de contradicción ni debate, pero cuando hay contradicción y debate, la estrategia es indispensable.²³

El debate tiene, además, otra característica: su vertiginosidad: «cada instante produce nueva información, y esa información debe ser capturada y procesada, puesta en relación con el todo y con cada una de las piezas probatorias.»²⁴ Si el litigante no dispone de una visión que le permita enfrentar el acopio de información que se sucede una tras otra, corre el riesgo de ser arrojado y vencido por la rapidez del curso del debate.²⁵

Estas exigencias de la oralidad no desaconsejan su adopción, sino todo lo contrario, pues cuenta con enormes ventajas, como resalta Chiovenda:

²² Conf. Baytelmal y Duce. Op. Cit. P. 20.

²³ Id. P. 79. Estos mismos autores agregan que el sistema inquisitivo partía de una premisa equivocada: que el juez carece de punto de vista, lo que no es posible «O nosotros proveemos al tribunal de un punto de vista convincente, o nuestra parte lo va a hacer; o, en fin, los jueces lo van a adquirir por su propia cuenta de un modo y con resultados imprevisibles para nosotros.» Id. P. 95.

²⁴ Id. P. 103.

²⁵ «En este contexto vertiginoso no hay ningún espacio para la improvisación, la indecisión o la duda, y lo único que salva al litigante de naufragar dramáticamente es tener la totalidad de su teoría del caso y aferrarse a ella en cada instante del juicio, como a un tronco en el mar.» Conf. Baytelman y Duce. Op. Cit. P. 104.

*«... en todos los casos en que es preciso medir la espontaneidad (sic) de las declaraciones de alguien, sea testigo, sea perito, es evidente que el contacto directo y personal de éstos (sic) con el juez, pone al juez en situación de apreciar mejor la declaración. Y si la verdad de los hechos debe resultar de un contradictorio, sea de partes, testigos o peritos, la confrontación pierde toda eficacia en el escrito que la reproduce.»*²⁶

Mas, no se limita solo al examen de la prueba personal, sino también a la documental y pericial, incluso para los asuntos estrictamente jurídicos, teóricos, pues brinda mayor facilidad para entenderse recíprocamente, para hacerse explicar con naturalidad y haciéndose sentir la eficacia de las buenas razones, y la inutilidad de las malas, así como la sinceridad del expositor.²⁷

La constitución adversarial del modelo acusatorio y de la oralidad que contiene trae la necesidad de la teoría del caso, a los fines de enfrentar los desafíos que a los litigantes tal modelo ofrece. De allí su utilidad, incluso en las fases no estrictamente orales, pero encaminadas hacia el debate, como la fase preparatoria, ya que actúa como la bitácora de la actuación de los sujetos, su guía y brújula que, sin embargo, debe adecuarse a las características y fines de cada etapa procesal. Mas, no se detiene acá su necesidad y utilidad.

Es también un instrumento didáctico del Derecho Procesal, siempre que no se la confunda con las técnicas de litigación y a ellas se reduzca, por mucha que sea su importancia de estas en la fase oral y pública, ya que abarca también la investigación y la ejecución de la sentencia, pasando por todas las etapas entre una y otra. Además, tampoco, como antes expusimos, le compete exclusivamente al fiscal y al defensor, también la víctima, aun no siendo querellante puede contar con algunos rudimentos de ella, y, por supuesto, cuando el juez sentencia, lo hace desde la teoría del caso que da lugar a su pronunciamiento.

²⁶ Conf. José Chiovenda. *Principios de Derecho Procesal Civil*. Tomo II. P. 131.

²⁷ Id.

La diferenciación de estas etapas y su vocación de aplicación a la teoría del caso ayuda al estudiante a alcanzar una visión global del proceso, a una perspectiva de totalidad que fortalece su conciencia como jurista que, por incipiente que sea, no debe estar ajena a su desarrollo formativo que, al final, nunca concluye.

La teoría del caso, además, contribuye a la formación del abogado porque incentiva el desarrollo de habilidades, competencias y valores que incluso puede aplicar más allá del ámbito del litigio forense, de tal manera que alcance resultados positivos para su cliente y la sociedad, y de esta manera satisfaga también la justicia material, que no es igual al vencimiento del adversario en la lid judicial, sino que también alberga mecanismos de mediación, conciliación y satisfacción de los intereses y derechos de la víctima²⁸. La formación jurídica no tiene porqué reducirse a la formación del litigante, sino que debe corresponderse con otros espacios de la actividad laboral que el desarrollo de la sociedad que conjuga fenómenos económicos, políticos y éticos, entre otros, también va abriendo y ofreciendo a los profesionales del Derecho, sin perjuicio de que ciertas competencias propias del litigio sean aplicables a otros ámbitos del desempeño del abogado en el mundo actual.

En cuanto la utilidad estrictamente estratégica procesal de la teoría del caso, puede concluirse que consiste en lo siguiente:

- Permite «pensar organizadamente el caso y monitorear cada etapa del juicio.»
- Lleva a planificar y organizar el alegato de apertura.
- Organiza la prueba de tal manera que se presente del modo que más vivifique la teoría en que se apoya. En el caso del acusador, la mejor opción, por lo general, es la presentación cronológica; mientras que para la defensa, la temática.

²⁸ Conf. *Hacia una teoría del caso mexicana*.

<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3336/3.pdf>. P. 4.

- Prepara el discurso de clausura.
- Identifica las debilidades y fortaleza de las partes para adoptar las más eficaces decisiones en clave de objetivos y circunstancias.²⁹

En síntesis, como afirma Granadillo Colmenares, «es la estructura fundamental sobre la que reposa la dinámica del proceso.»³⁰

Aclarado todo lo anterior, es hora de abordar la génesis de la teoría del caso.

V.- LA FORMACIÓN DE LA TEORÍA DEL CASO

La formación de la teoría del caso, como vamos a ver, parte de la formulación de hipótesis, tanto respecto al hecho, como al Derecho aplicable y las pruebas que acreditan al primero. Estas hipótesis se van confirmando o no, gracias a lo que deriva de las pesquisas³¹, resultado que concluye en la formulación de la teoría del caso

Como antes hemos expresado, hay componentes básicos en la teoría del caso:

El hecho.

El Derecho.

Las pruebas.³²

El litigante para constituir la teoría del caso, debe ir formando el hecho, el Derecho que lo significa y las pruebas que sustentan el hecho.

El hecho es el acontecimiento ocurrido en un determinado tiempo y espacio, el suceso histórico, que es el objeto material del proceso, y cuya apariencia típica genera el auto de apertura de investigación por parte del Ministerio Público, y que,

²⁹ Conf. Pedro Arellán Zurita. Op. Cit. P. 54 y 55.

³⁰ Conf. Nancy Granadillo Colmenares. *Técnicas de Litigación*. P. 51.

³¹ Conf. Pedro Arellán Zurita. Op. Cit. P. 49.

³² El término pruebas se emplea en un sentido muy amplio, pues como se sabe, en la fase preparatoria, en la cual se gesta la teoría del caso, no existen pruebas — salvo el supuesto de pruebas anticipadas —, sino elementos de convicción, pero a los fines del tópico que estamos tratando, se aplica el término prueba.

de resultar acreditado con la investigación, da lugar al objeto material de la acusación fiscal que, una vez admitida, se convierte en el *thema probandum* y en el *thema decidendum* del debate oral y público. No otra cosa se desprende de lo previsto en los artículos 265, 308, numeral 2; 330 y 346, numerales 2 y 3, del Código Orgánico Procesal Penal.

Por extensión, la formación de la teoría del caso abarca las circunstancias periféricas del hecho fundamental, que en determinados casos pueden tener especial importancia. Por ejemplo, en un delito de homicidio, el debate judicial podría centrarse alrededor de la concurrencia o no de una circunstancia modificante de la responsabilidad penal. Sin embargo, la literatura de la teoría del caso coloca su acento en el hecho principal, con lo cual se atiende a lo que generalmente acontece en la práctica profesional.

El hecho es, evidentemente, el dato fáctico fundamental de la investigación en la elaboración de la teoría del caso, para la cual se convierte en objeto de conocimiento, tanto para el fiscal como para el defensor, aunque con algunas diferencias entre ambos, pues, de ordinario, es al fiscal a quien primero llega la información relativa al hecho, y es a él quien le corresponde evaluar si amerita iniciar una investigación³³. De ser así, el hecho, luego, se transforma en el objeto material de la acusación, siempre que tenga la certeza de que efectivamente ocurrió y que fue cometido por el imputado³⁴.

La pregunta sobre la relevancia es también un tanto distinta si se formula al inicio de la investigación, que si se la formula a su conclusión, que es cuando debe presentar su acto conclusivo. En el primero, la relevancia tiene que ver básicamente con la cercanía con un tipo penal; en el segundo, además, con la suficiencia de elementos de convicción. Si en el momento inicial, la fisonomía

³³ Según la autora Nancy Granadillo Colmenares, debe formularse la pregunta: ¿tengo realmente un caso? Conf. Nancy Granadillo Colmenares, Op. Cit. P. 45. Claro, la pregunta no es exactamente la misma al momento de decidir si inicia la investigación que cuando concluye la investigación.

³⁴ Salvo que concurra alguna de las causas de sobreseimiento que actúan sobre un hecho penalmente relevante. Como se sabe, la irrelevancia del hecho también es una de las causas de sobreseimiento.

típica del hecho ocupa el primer lugar; en el segundo, la suficiencia de los medios de convicción pasa a ser protagónica, sin que la relevancia típica desaparezca, sino que más bien queda fortalecida. Si en cuanto los medios, no hay suficiencia, el fiscal no debe acusar; y si la tipicidad no ha aflorado, tampoco.

En los procedimientos de flagrancia, la fisonomía típica del hecho es coetánea con la detención del autor o partícipe, y de igual manera deberían darse los elementos de convicción suficientes, aunque en la práctica, esto último es lo que casi siempre falta, lo que explica que el Ministerio Público se acoja al procedimiento ordinario, desbalance que afecta la consistencia de la imputación en la llamada audiencia de presentación.

En la posición del defensor, el inicio del conocimiento del hecho, generalmente, proviene de un momento posterior al de la recepción de la información por parte del Ministerio Público. De ordinario, el defensor empieza a tener información del hecho cuando se comunica con el aprehendido, antes de la audiencia de presentación o del acto de imputación, o bien durante la celebración de estos actos, o después, según el momento en que dé inicio a su ministerio. En otras ocasiones, irregulares, el conocimiento al que tiene acceso el defensor es un conocimiento secundario, es decir, es el que proviene del fiscal en las respectivas audiencias.³⁵

En ninguno de estos supuestos, el defensor está despojado del derecho de realizar su propia investigación, para determinar si el hecho que el fiscal ha dado por cierto, se ha realizado, sobre todo a partir de la información que le suministre el imputado.

³⁵ La expresión «fuente secundaria» puede emplearse en un sentido mucho más amplio, pues, a menos que el defensor haya estado presente en el momento de comisión del hecho, el conocimiento del fiscal, el del defensor y el del juez siempre será secundario, o, si se prefiere, histórico. Claro que la presencia de estos sujetos en el momento y lugar del hecho es prácticamente una hipótesis de «laboratorio», aunque de suyo plantea la interrogante de si el fiscal o el defensor, por haber sido testigos, puedan actuar luego como tales. En el caso del defensor, no creo que exista ningún impedimento; muy distinta la situación del fiscal, pues la percepción inmediata del acontecimiento entorpece la objetividad debida en la investigación. Igual hay que decir y hasta con mayor fundamento respecto al juez. Este punto escapa a los límites de este Cuaderno, por lo que me limito a enunciarlo.

En resumen, no hay duda de que el derecho a investigar forma parte del derecho de defensa, que una de sus herramientas es la averiguación de los medios de prueba que son necesarios y pertinentes para acreditar la versión del imputado, o para verificar y controlar la del fiscal. Y en cuanto el imputado, como dice Moreno Holman parafraseando a Carocca, también tiene derecho a «recopilar por su cuenta todos los antecedentes que crea necesarios para proporcionarlos como pruebas en la contestación de la acusación.»³⁶

En la práctica, sin embargo, la actividad probatoria del defensor resulta muy limitada, tanto por las condiciones del sistema de justicia, como por la formación del abogado y los hábitos del ejercicio, de allí que, casi siempre, se limite a modificar o desvirtuar la tesis fáctica del Ministerio Público, lo que conduce a una versión que modifica la del Estado, o la niega, y muy escasas veces, un hecho sustituyente.

La indagación por el hecho comprende elementos personales: sus actores, es decir, autor o autores, partícipe o partícipes; la víctima, sea una o varias; objetivos: los condicionamientos del hecho, que son las circunstancias de modo, tiempo y lugar; y elementos subjetivos: intención, imprudencia, error, entre otros, que en su conjunto configuran el hecho, en tanto tales componentes sean jurídicamente relevantes. *Ergo*, debe haber una selección que acopie lo significativo para el Derecho, y descarte aquello que no lo sea.³⁷

Aunque el conocimiento del fiscal ocurre en un punto temporal distinto al del defensor, ambos tienen operaciones en común, para emplear la afortunada expresión de Oderigo.³⁸ Ellas son las siguientes.

Heurística, crítica y síntesis: corresponden al conocimiento del mundo empírico, conforme el método histórico.

³⁶ Conf. Leonardo Moreno Holman, *Op. Cit.* P.46.

³⁷ En las versiones que recibe el litigante sobre el suceso se cuelan elementos que no tienen significación jurídica penal, o son indemostrables, y por tanto no se deben integrar a la teoría del caso. Esta disección, indispensable para la constitución de una plausible teoría del caso, exige, como primer, pero no único requisito, una buena formación jurídica. Sin conocimientos no hay estrategia correcta.

³⁸ Conf. Mario Oderigo, *El lenguaje del proceso*. P. 29 y ss. Lo sigo a continuación.

La primera determina las fuentes que acreditan el hecho, que, en nuestro sistema jurídico, son los elementos de convicción. Esta determinación de fuentes de conocimiento se subdivide a su vez en: pesquisa, recepción y conservación.

La crítica atiende al valor que le corresponde a dichos elementos, en una doble faz: externa e interna. La externa es la relativa a la autenticidad de la fuente, lo que quiere decir, que si el elemento es falso o adulterado, debe ser desechado. La faz interna es la capacidad expresiva del elemento, esto es, cuál es su potencia probatoria. Puede que el elemento³⁹ sea auténtico, pero de escasa fuerza expresiva. Un ejemplo: un testigo temeroso, inseguro, fácilmente intimidable. En la entrevista que realice el fiscal a quienes tuvieron conocimiento del hecho, debe ponderar estos rasgos de la evidencia, que, por supuesto, no es solo aplicable al testimonio. Del mismo modo, el defensor cuando se entreviste o reúna con quienes conocieron el hecho, debe estar atento a este valor del órgano probatorio, pues aun siendo auténtico, podría prescindir del mismo.

El proceso concluye con la síntesis. En ella, el litigante obtiene una visión de conjunto que le permite saber si cuenta verdaderamente con elementos suficientes e idóneos capaces de comprobar ante el juez el elemento fáctico de su teoría.

Como agrega Oderigo⁴⁰, el litigante debe conocer el Derecho, tanto el material como el procesal, tanto en un sentido general, como el que casuísticamente se corresponde con el juicio.

Al conocimiento empírico, se suma el jurídico, instrumento fundamental para el conocimiento selectivo y diferenciado del hecho, pues presta **significación** a los elementos de convicción, aporta la perspectiva sobre el mundo de los hechos. La labor del litigante sobre los hechos es de tipo significativo según las normas que significan las disposiciones legales. Una pesquisa que no parta de hipótesis jurídicas, es decir, de tipos penales de probable aplicación, está sujeta a

³⁹ Empleo los términos elemento y evidencia en un sentido muy amplio. En propiedad, se trata de posibles órganos de prueba.

⁴⁰ Id. P. 31 y 32.

traspies y pérdida de tiempo y recursos. Es un momento en el cual el conocimiento diestro y seguro del Derecho Penal tiene un rol fundamental.

El conocimiento del Derecho transita con distintas funciones en su tránsito por las distintas etapas procesales. En la investigación es guía para investigar; pero en la acusación y en el debate oral y público debe estar suficientemente consolidado en su relación de pertenencia con los hechos y pruebas, y en las diferentes audiencias que se celebran en esas etapas, el litigante debe recurrir a los instrumentos que le facilita la retórica forense, audiencias que excepcionalmente pueden darse tanto en la fase preparatoria como en la de ejecución.

Por último, hay que precisar que el vínculo de los hechos con el Derecho implica que también en la investigación, se deben respetar estándares éticos. No se trata de investigar por investigar, o de falsear o alterar los elementos de convicción para ponerlos al servicio del propósito del litigante, y ello por dos razones básicas. Una es el principio de buena fe que debe inspirar la actividad procesal incluso en sus fases iniciales⁴¹, sino también por razones estratégicas. La mentira es más fácil de descubrir en el juicio oral, porque existen mayores oportunidades para ambas partes de controlar la veracidad de los órganos de prueba, o su legitimidad.⁴²

Además del conocimiento de los hechos y el Derecho, la teoría del caso se forma con las pruebas.

Como sabemos, el Código Orgánico Procesal Penal pauta en su artículo 262 que la fase preparatoria persigue preparar el juicio oral y público, y para ello se debe investigar la verdad y recolectar «todos los elementos de convicción que permitan fundar la acusación».

⁴¹ El Código Orgánico Procesal Penal en su artículo 263 establece que en la fase de investigación el Ministerio Público «hará constar no solo los **hechos y circunstancias útiles para fundar la inculpación** del imputado o imputada, sino **también aquellos que sirvan para excusarlo**. En este último caso, está **obligado a facilitar al imputado o imputada los datos que lo o la favorezcan**.» (He destacado). El vínculo moral trasciende a la narración del caso, como luego se verá.

⁴² Conf. Andrés Baytelmann y Mauricio Duce J Ob. Cit. P. 98.

El dispositivo arriba citado puede traer confusión, ya que su lectura aislada puede atraer la conclusión, errónea, de que el fiscal del Ministerio Público debe investigar solo «para acusar», cuando lo cierto es que debe investigar «para establecer el hecho y su tipicidad», tanto objeto de su investigación, como la «culpabilidad probable» del imputado, pues la investigación puede arrojar, por ejemplo, y como antes lo hemos expresado, la solicitud de sobreseimiento, en vez de una acusación.⁴³

Estos elementos de convicción son, como antes expresamos, las pruebas en el sentido de la teoría del caso, que no en el sentido de las normas regulatorias del proceso, según las cuales, pruebas son solo aquellas que se verifican durante el debate oral y público, ante el juez de juicio, excepto el caso de las pruebas anticipadas. La recolección de los elementos de convicción es una tarea del fiscal, aunque no se excluye la labor probatoria de la defensa, con la colaboración de los órganos auxiliares, y, por supuesto, no se realiza ante el juez de juicio.

Salvada la cuestión terminológica, ¿qué son los elementos de convicción?

Los elementos de convicción no son otra cosa que las fuentes de las pruebas que se ofrecerán en la acusación y que, de ser admitidas, se evacuarán durante el debate oral y público. Como dice Bentham, son las cosas, las personas y las relaciones de tiempo, lugar, de afecciones y de intereses.⁴⁴

⁴³ En palabras de Clariá Olmedo: «Sin duda que la investigación instructoria participa de los fines de toda l instrucción de hacer posible o de evitar el juicio plenario; pero específicamente tiende a proporcionar los elementos suficientes para que se produzca el mérito en uno u otro de esos dos sentidos. Durante toda la investigación el tribunal o el fiscal deben tener presente esa bilateral finalidad a concretarse en la crítica instructoria: elementos de juicio suficientes para acusar o para fundamentar un sobreseimiento.» Conf. Jorge A. Clariá Olmedo. *Derecho Procesal Penal*. Tomo II. P. 474.

⁴⁴ Conf. Jeremías Bentham. *Tratado de las Pruebas Judiciales*. Vol. II. P. 276. El término «relaciones» equivale a las condiciones de tiempo, lugar y los elementos subjetivos que intervinieron en la conducta del imputado, aunque Bentham las extiende al tipo de conocimiento que sobre los hechos tiene la fuente probatoria. También se puede entender como los órganos de prueba, atendiendo a la clasificación de Florián, para quien el órgano de prueba es la persona física que aporta su conocimiento al proceso, mientras que medio de prueba es el acto en el cual el testigo aporta, mientras que objeto es «la cosa, la circunstancia o el acontecimiento cuyo conocimiento es necesario y debe obtenerse en el proceso.» Conf. Gustavo Humberto Rodríguez R. *Pruebas Penales*. Tomo 1. P.53. Una versión distinta es la Guasp, para quien la fuente de la

Estas fuentes de prueba se ofrecerán como órganos de prueba en el escrito de acusación y como tales actuarán luego en la etapa probatoria. De ser valoradas afirmativamente por el juez de juicio, constituyen las pruebas de la decisión condenatoria, o de lo contrario, de la absolutoria.

Una vez que el fiscal ha recolectado los elementos de convicción que son pertinentes para la o las hipótesis fácticas que guiaron la investigación; ha verificado cuáles son las pruebas susceptibles de acreditarlas y pueda presentar para la audiencia preliminar, y asimismo haya establecido el presupuesto típico que corresponde a los hechos establecidos, como resultado de la síntesis final, estará en condiciones de formular la teoría del caso que presentará en la audiencia preliminar y reiterará durante el resto del proceso.⁴⁵ En el caso del defensor, se cumplen las mismas etapas, pero en sentido adverso a la teoría del fiscal.

La formulación de la teoría del caso es a través de las proposiciones y las teorías que la conforman, o como afirma Arellán Zurita: «es el resultado de la conjunción de las hipótesis fáctica, jurídica y probatoria que maneja el fiscal y el defensor respecto de un caso específico... el conjunto de hechos que cada uno ha reconstruido mediante la prueba y ha subsumido dentro de las normas penales aplicables de un modo que pueda ser probado.»⁴⁶

Pasemos entonces a este segundo tramo.

VI.- LA FORMULACIÓN PROPOSITIVA DE LA TEORÍA DEL CASO

En esta etapa, la teoría del caso se expone, las hipótesis se han transformado en aseveraciones que en su conjunto conforman una narración de tipo histórico, compuesta por unos determinados elementos y que debe contar con ciertas características. Estas aseveraciones son las proposiciones fácticas, y

prueba es la operación mental del juez de donde obtiene certeza. Conf. Hernando Devis Echandía. *Teoría General de la Prueba Judicial*. Tomo I. P. 268.

⁴⁵ En el caso del fiscal, por su peculiar función, pudiera retirarla si del juicio resulta su inviabilidad, por insuficiencia probatoria, por ejemplo. Sin embargo, en la práctica de nuestro mundo forense raramente sucede.

⁴⁶ Conf. Pedro Arellán Zurita. Op. Cit. P. 56.

también se cuenta con la teoría jurídica y la teoría probatoria, con estos tres elementos se constituye la teoría del caso.

En orden lógico, lo primero a tener en cuenta son las proposiciones fácticas: «las afirmaciones de hecho tomadas del relato elaborado por el litigante, que pueden ser reproducidas en juicio, ordinariamente a través del testimonio de un declarante y que dan cuenta de un elemento de la teoría jurídica.»⁴⁷ O en las palabras muy análogas de Baytelman y Duce: «afirmación de hecho, respecto de mi caso concreto... (*omissis*)... elemento legal reformulado en un lenguaje corriente, que se remite a experiencias concretas del caso, sobre la que un testigo sí puede declarar.»⁴⁸

Estas proposiciones, según Nancy Granadillo, deben estar «totalmente abstraídas de contenido jurídico».⁴⁹ Empero, aclaro, ello no significa que estén despojadas de relevancia jurídica, pues es esta relevancia la que permitirá vincularlas con las teorías jurídica y probatoria. Como se desprende de la anterior cita de Baytelman y Duce, el significado de las proposiciones proviene de la interrelación entre el dato empírico y el elemento típico, e incluso, se puede llegar hasta decir que el significado definitivo se lo suministra la figura legal, por su subsunción o su ajenidad. Si no se subsumen, carecen de valor jurídico y, por tanto, de fuerza demostrativa, sea del hecho o de su autoría o participación, o de ambas.⁵⁰

La elaboración de estas proposiciones es seguramente la tarea más ardua y expuesta a errores por parte del litigante, aunque no lo parezca⁵¹. Llevar a términos comunes las abstracciones y fórmulas jurídicas y leyes, a veces densas y

⁴⁷ Conf. Leonardo Moreno Holman, Op. Cit. P. 90.

⁴⁸ Conf. Andrés Baytelman y Mauricio Duce. Op. Cit. P. 88. Los autores emplean el término “testigo” en su máxima amplitud, por lo que no se restringe a la prueba personal en acto testimonial.

⁴⁹ Conf. Nancy Granadillo Colmenares. Op. Cit. p. 53

⁵⁰ Una proposición fáctica puede ser respecto al hecho, y otra respecto a la autoría, no necesariamente van juntas. Todo depende de la estrategia del litigante, según las características del hecho y de los elementos fácticos, normativos y probatorios que le correspondan.

⁵¹ Conf. Leticia Lorenzo. *Manual de Litigación*. P. 141.

complejas⁵², exige un desafío importante para el litigante, que debe someterse a un continuo proceso de revisión, de rectificaciones y de reflexiones para llevarlas adecuadamente a la sala de audiencias, momento en el cual deben reposar con toda claridad en la mente del abogado, clave de la seguridad, certeza y dominio de ánimo que debe asistir al buen litigante. La seguridad brota del dominio del conocimiento.

Otros factores son el de no forzar el hecho para ajustarlo al tipo⁵³, menos aún de dar conocer el Derecho al juez, pues este lo conoce, o al menos así debe ser⁵⁴, sino de transmitirle los hechos de un modo coherente, consistente, claro, sencillo y por ello, convincente, resaltando lo relevante, y descartando lo que no lo sea⁵⁵. Lo que entraña que el litigante debe contener las proposiciones fácticas en oraciones sencillas, expresivas, fáciles de transmitir, adecuadas a la estructura del hecho y su correspondencia con el tipo, distribuidas en las porciones que compongan el relato⁵⁶ al que corresponde el momento de expresión de la teoría, el de la narración.

Las proposiciones fácticas para ser potentes tienen que ser sencillas, coherentes y convergentes, refractarias y verificables, y atender a dos niveles: el probatorio — condición de verificabilidad — y el persuasivo — condición de convencimiento—. De inmediato me refiero a la verificabilidad.

⁵² «Enjambre de teorías jurídicas» dicen Baytelman y Duce. Conf. Op. Cit. P.85.

⁵³ Conf. Leticia Lorenzo. Op. Cit. P. 141.

⁵⁴ El conocido aforismo *iura novit curia* supone el conocimiento del Derecho por el juez, sin mayores diferencias entre los procesos penal y civil, ni entre los modelos inquisitivo y acusatorio. Presupone dos funciones: a) sintetiza los poderes del juez, que es la aportación de oficio del Derecho aplicable, respecto al cual las partes no tienen poder de sujeción; b) permite la aportación de prueba de oficio: « En todo tipo de procesos el Juez es libre para decidir la norma jurídica que, a su juicio, proporciona la solución al litigio planteado, sin que las partes del proceso posean capacidad alguna para incidir en esa decisión, debido a que el Juez conoce el Derecho (sin perjuicio, naturalmente, de que deba argumentar las razones por las que no asume la selección normativa de las partes).» (Conf. Francisco Javier Esquiaga Gamuzas, «*iura novit curia*» y *aplicación judicial del Derecho*. P. 24. Si bien las partes no tienen poder para decidir la Ley que el juez conoce y aplica, sí pueden ejercer su control, mediante la aportación de los hechos como camino para que el juez aplique el Derecho, en primer término, y asimismo, por la crítica de la motivación, que no solo se debe para no acoger la propuesta de las partes, sino también cuando la acoge, pues cuando acoge una, rechaza la otra.

⁵⁵ Conf. Leticia Lorenzo, Op. Cit. P. 142. Sobre este punto volveremos más adelante con ocasión de la teoría jurídica.

⁵⁶ Id. P. A las características de la narración, nos referiremos posteriormente.

Cuanto mayores sean los elementos probatorios de que se disponga, mayor será la potencia de la teoría del caso. Sin embargo, la prudencia del buen litigante debe librarlo del peligro de un exceso de elementos que cause cansancio o aburrimiento, sin dejar de mencionar que se exponga a la advertencia del juez de que el asunto está suficientemente debatido, en el ejercicio de las facultades que le confiere el artículo 324 del Código Orgánico Procesal Penal.

A la potencia probatoria se unen otras características que en su conjunto constituyen su fuerza persuasiva, fuerza que depende, como *supra* expresamos, de su sencillez, de su coherencia, de su claridad⁵⁷ y, por supuesto, de que tan refractaria sea ante otras interpretaciones.⁵⁸

Sencillez significa que se pueda expresar en oraciones breves cargadas de significado, y que puedan ser reiteradas durante el curso del proceso en la forma de mensajes contundentes y de fácil recuerdo por el juez. A ella se une la claridad. Una proposición rebuscada, rimbombante que apenas sirva para dar lustre a la vanidad del expositor, no es recomendable. Tal como dice Leticia Lorenzo, la explicación más sencilla es generalmente la más creíble.⁵⁹

En síntesis, el buen litigante no tiene que hacer gala de un lenguaje enmarañado, sino todo lo contrario, debe conducir lo complejo de los hechos y el Derecho a expresiones fácilmente comprensibles, e incluso ejemplificar sus alegaciones con casos de la vida diaria.

La coherencia contenida en la lógica interna de la proposición fáctica robustece su capacidad persuasiva. Ella supone que las proposiciones fácticas no se deben repeler entre sí, y, además, ser coherentes con el acervo probatorio que se disponga.

⁵⁷ Las características de las proposiciones fácticas bien formadas se transmiten a las de la narración, donde reaparecen, aunque en un contexto más dilatado.

⁵⁸ Un punto de mayor densidad cuyo desarrollo no es propio de los objetivos de este Cuaderno, es la condición moral de la teoría del caso, a ella solo me referiré incidentalmente, cuando sea indispensable.

⁵⁹ Conf. Leticia Lorenzo, Op. Cit. P. 137.

El litigante que argumenta sobre afirmaciones que se excluyen entre sí, no auspicia triunfar en su ministerio. Pero no basta que sean coherentes entre sí, lo que da por resultado consistencia, sino también que sean convergentes con la teoría jurídica del caso, es decir, que haya una relación de correspondencia con los elementos fácticos del tipo penal, si del acusador se trata, o su no correspondencia, si hablamos del lado del defensor. Una de las labores más importantes que debe realizar el litigante es transformar los elementos del tipo en hechos susceptibles de ser expresados en proposiciones fácticas, aunque, por supuesto, no todos los hechos siempre y necesariamente reproducen los componentes del tipo legal, pero sí han de guardar relación con los mismos, de allí que el litigante tiene que jerarquizar los hechos a probar, y brindar el mayor cuidado posible a los que se insertan directamente en el tipo. Véase el ejemplo siguiente.

En un caso de homicidio, por ejemplo, una circunstancia de hecho accesoria puede consistir en las circunstancias de tensión anímica por las que atravesaba el imputado que pudieron afectar su capacidad intelectual en el momento del hecho. Ya no se trata de debatir acerca de la existencia de su autoría, pero sí de una condición anímica que repercute en el grado de reproche a su conducta, porque se asocia a la disminución de su capacidad intelectual. No es un elemento fundamental del tipo subjetivo de homicidio, pero guarda relación con el mismo y lo afecta.

La credibilidad es otra condición. No es asunto solo de contar con muchas pruebas para cada proposición fáctica, sino que se debe atender a la credibilidad de las pruebas: «no se trata de contar la evidencia que acredite cada proposición fáctica, sino de pesarla en su credibilidad y aptitud para persuadir al tribunal. Así, más que la cantidad de evidencias se privilegiará la calidad, credibilidad y la diversidad de las mismas.»⁶⁰

⁶⁰ Conf. Leonardo Moreno Holman. Op. Cit. P. 95.

Antes hemos dicho que las proposiciones fácticas han de ser refractarias. Vamos a explicar qué se quiere decir con esta expresión, al parecer poco jurídica.

Baytelman y Duce sostienen que la fuerza mayor o menor de la proposición fáctica se asocia a las posibilidades de interpretación distinta u opuesta por el adversario: «mientras más esté la contraparte en condiciones de ofrecer una versión igualmente creíble y razonable a esa misma proposición fáctica, más débil es la proposición.»⁶¹ Es lo que llaman la «prueba de la superposición». En tal orden de ideas, suministran un ejemplo para un caso de una posible estafa cometida mediante la venta de una pintura que resultó falsificada. Acto seguido lo resumo.

El Ministerio Público invoca como proposición fáctica que la galería de arte, donde la víctima adquirió el cuadro, es una de las más prestigiosas del país. De esta proposición, el fiscal pretendía extraer que por ser prestigiosa, no se expondría a poner en peligro su reputación con la venta de cuadros falsos. Sin embargo, es una proposición débil, porque puede ser interpretada de otra manera por la defensa: una galería prestigiosa puede vender tanto cuadros originales como reproducciones de calidad. Distinto hubiese sido su fuerza si en vez de asentar la proposición sobre el prestigio, lo hubiese hecho sobre el precio y su correspondencia con una obra original. El prestigio, además, es una circunstancia mucho menos determinable que el precio, cuya prueba es más fácil de obtener.

La verificabilidad responde a su potencial probatorio.

De nada sirve una proposición fáctica que por trascendente que pudiera ser, no cuente con soporte probatorio, pues no hay que olvidar que las proposiciones fácticas son el objeto de las pruebas. Por tanto, la proposición fáctica ha de ser verificable y resultar de un proceso de selección, en el cual hay que tener presente que «quien quiera demostrar **todo** probablemente no obtenga **nada** sobre todo estando en juicio y planteando situaciones que a la vista resultan contradictorias

⁶¹ Conf. Andrés Baytelman y Mauricio Duce. Op. Cit. P.91.

unas con otras.⁶²» El litigante debe tener conciencia de los límites de su teoría, de cuáles son sus posibilidades⁶³. La economía probatoria en el horizonte de las proposiciones fácticas va de la mano con la determinación de lo relevante y de lo probable

En el proceso de selección probatoria conducente a una decisión sobre asumir o no el caso, o bajo cuáles condicionamientos y expectativas, se le pueden presentar al litigante algunos dilemas. Helas aquí: cuenta con proposiciones fácticas fuertes, pero el arsenal probatorio es débil, cuenta con un testigo veraz, pero temeroso, por ejemplo; o tiene proposiciones débiles, pero con pruebas vigorosas. Según Baytelman y Duce, en ambos casos no resulta razonable que el litigante asuma el caso.⁶⁴

Por último, pero no menos importante, subrayo que si bien es cierto que la teoría del caso cumple una función estratégica, más aun, es una estrategia, y por tanto, es una creación utilitaria en aras del triunfo en la lid procesal; sin embargo, su formulación, incluso su formación, no descansa exclusivamente en la mayor o menor probabilidad de salir victorioso, sino que puede haber elementos de tipo moral que nutren las diferentes decisiones que se adoptan en su desarrollo.

La formulación del caso sobre la base de proposiciones fácticas está acompañada de lo que en la doctrina sobre la materia se llama «teoría jurídica». Es nuestro próximo punto.

VII.- LA FORMULACIÓN JURÍDICA DE LA TEORÍA DEL CASO

En la doctrina sobre la teoría del caso, por teoría jurídica se entiende el tipo legal, cuyo conocimiento no se limita a la simple reproducción del texto legal que

⁶² Conf. Leticia Lorenzo, Op. Cit. P. 136.

⁶³ Id.

⁶⁴ Conf. Baytelman y Duce. Op. Cit. P. 94. Sobre la solución del dilema que los autores plantean, considero, como más abajo reitero, que la decisión tiene componentes de tipo moral, no solo por el deber de respeto a la verdad y la función de hacer valer los derechos y garantías del imputado, especialmente cuando se habla del defensor, sino también porque en la decisión, tanto la del acusador como la del defensor, se pueden hacer presentes convicciones, principios o prejuicios de tipo moral que se reflejan y afectan dichas decisiones. Un desarrollo de este punto sobrepasa los límites de este Cuaderno, pero, por su importancia, no margino su mención.

lo acoge, sino que significa conocer sus elementos constitutivos, la doctrina y la jurisprudencia sobre la materia y tener la capacidad de vincularlo con el caso concreto⁶⁵, sea para acusar o para defender. En el primer rol, para sostener su subsunción y, en el segundo para sostener lo contrario, sea un rechazo total, o para invocar la subsunción en un tipo distinto, menos grave en su pena. En estos supuestos, el debate no versará propiamente sobre la perpetración del delito, sino que apuntará a su calificación.

El buen litigante no se puede conformar con el conocimiento, por diestro que sea, del Derecho Procesal, sus normas y jurisprudencia, sino que también tiene que ser un conocedor solvente del Derecho Penal, pues de poco o nada le sirve una estrategia basada exclusivamente en sus conocimientos procesales, cuando el debate puede tocar puntos neurales de la teoría del delito, aunque, hay que reconocerlo, al menos en el ámbito forense venezolano, pocas veces llegan a estrados discusiones del derecho sustantivo, fenómeno que tiene varias aristas.

Una de ellas, es que las cuestiones probatorias tienden a ocupar gran parte de la atención de las partes y del juez; otra es que la emergencia de un nuevo modelo tuvo el impacto de atraer mayoritariamente hacia él el foco de atención de la doctrina y la jurisprudencia venezolanas. Al efecto, basta con consultar los textos de recopilación de jurisprudencia desde la entrada en vigencia del primer Código Orgánico Procesal Penal, para que quede testimonio de que la mayoría de los asuntos resueltos son de tipo procesal.

Por otro lado, la magra doctrina penal nacional; la deficiente, cuando no pervertida, formación de funcionarios judiciales, fiscales y policiales, sin excluir una formación académica sin exigencias de calidad y profundidad, contribuyen al extrañamiento de la discusión, análisis y planteamientos propios de la teoría del

⁶⁵ Conf. Leticia Lorenzo. Op. Cit. P. 138.

delito. Por supuesto que lo dicho, no significa que no haya excepciones honrosas, pero, siguen siendo excepciones, y no la regla.⁶⁶

La teoría jurídica plantea algunas preguntas merecedoras de respuesta. Una de ellas tiene que ver con la escogencia singular o plural de teorías jurídicas.

A partir de la base de que, entre los varios tipos posibles de aplicación, se debe seleccionar el que guarda mayor vinculación con el hecho y las pruebas de que se dispone. El fiscal no puede, sin detrimento del derecho de defensa, invocar tipos penales alternativos, de allí la certeza de la que debe estar asistido al momento de formular su acusación, mientras que en la etapa previa sí es perfectamente posible que cuente con varias hipótesis legales, y será el proceso investigativo el que lo conduzca a una selección definitiva. La posición del defensor es distinta, pues puede contar con teorías alternativas, aunque es un recurso muy riesgoso y que, en general, no goza de beneplácito, punto al que luego dedicaremos más atención.

Leticia Lorenzo denuncia un vicio procesal que también se presenta en Venezuela: las acusaciones pródigas en tipos penales: «No puede olvidarse que en la medida en que más tipos penales incluyo en una acusación, más elementos estoy obligado a demostrar con hechos y con pruebas y más complejo se vuelve mi trabajo».⁶⁷

No es solo una razón de tipo práctico el que desaconseja recurrir a múltiples tipos legales, a menos que en efecto se cuente con sólido peso probatorio que se corresponda con el hecho o los hechos, sino que presenta implicaciones que afectan el debido proceso, tanto porque recargan el sistema de justicia en perjuicio de la celeridad y brevedad de los juicios, y además, las acusaciones múltiples arrastran una afrenta a la buena fe, al someter al imputado y a la defensa a una actividad de descargo innecesaria. En el caso venezolano,

⁶⁶ Lo expuesto no quiere descalificar el conocimiento científico del Derecho Procesal Penal, pero ciertamente que las confrontaciones forenses de tipo procesal, por lo general, se limitan a asuntos más procedimentales que de la teoría procesal como tal.

⁶⁷ Conf. Leticia Lorenzo. Op. Cit. P. 139.

es un fenómeno común que el Ministerio Público recurra a figuras penales, tales como la asociación para delinquir, para trabar la libertad del imputado, aunque no se cuente con suficientes elementos probatorios, ni el tipo encaje en la conducta del imputado. Es un proceder profundamente antiético y desleal.

La acusación, para contar con una estrategia exitosa, debe contar también con la precisión en la determinación de los hechos, su calificación y su soporte probatorio, que se puede resquebrajar cuando hay una inflación de tipos penales. Además de que, como sostiene Leticia Lorenzo, se debe ponderar entre riesgos y beneficios, que, en la perspectiva del acusador, significa la proyección en términos prácticos, de «cuál será la ganancia de acusar por múltiples delitos (una pena mayor, una posibilidad de beneficios luego de la condena menor, una necesidad institucional específica, etc.) y evaluar si esa ganancia justifica el riesgo de distraer al tribunal hasta el punto de perderlo.»⁶⁸

Además de la pluralidad de hechos, puede ocurrir que se trate de una pluralidad de sujetos. En tal caso, es necesario que se precise no solo el tipo en que cada uno incurre, sino también su grado o tipo de participación. La acusación debe desagregar los elementos de convicción que concurren respecto a cada uno de los acusados y relacionarla con el tipo de participación, pues no otra conclusión exige el respecto al derecho de defensa y el sentido de lo dispuesto en el Código Orgánico Procesal Penal en su artículo 308, numerales 2, 3 y 4.⁶⁹

La formulación de la teoría jurídica va de la mano con su expresión, es decir, con su enunciación en el proceso. Relativo a este punto, páginas antes nos referimos al principio del *iura novit curia*, a lo que poco hay que agregar, salvo que, como dice Oderigo, se está ante dos «remesas» distintas al juez, la del derecho general y la del derecho casuístico. Del primero, agrega, está asistido el

⁶⁸ Id.

⁶⁹ En palabras de Leticia Lorenzo: «... cuanto estoy frente a un caso con múltiples participantes, la primera pregunta que debo hacerme es ¿es necesario acusar a todos en juicio? ... (*omissis*)... y en caso de que mi respuesta sea que sí, que debo llevar a todos (o a un número de ellos) a juicio, debo clarificar cuál será en concreto su participación en el hecho. Caso contrario, corro riesgo como acusación de perder mi caso por no tener la suficiente claridad sobre cómo probarlo.» Conf. Leticia Lorenzo. Op. Cit. P. 140.

juez, pero en cuanto al segundo, es un asunto de cada proceso, por lo que se trata de la intervención del abogado y de la forma en que invoca el derecho general.⁷⁰

VIII.- LA FORMULACIÓN PROBATORIA DE LA TEORÍA DEL CASO

De ella dice Granadillo Colmenares que es tan relevante, que si fuere fallida, incompleta, inútil, impertinente o descuidada, quien la propone podría tener una «buena historia, pero nunca un “buen caso”, toda vez que sin pruebas (o elementos de convicción) no hay forma de “acreditar” que existe “un caso” al menos con probabilidades serias de esclarecimiento o, ni siquiera las expectativas de un enjuiciamiento que no resultase fallido para el Fiscal.»⁷¹

En efecto, aun cuando el litigante tenga una historia bien hilvanada, elocuente, sobre bases fácticas y normativas robustas, si no cuenta con un soporte probatorio, esté destinado a fracasar en su contienda procesal.

Tres son los asuntos capitales a analizar en este punto, tal como los discrimina Leticia Lorenzo⁷².

La legalidad de la prueba.

Tanto la defensa como la acusación deben analizar si la prueba está afectada o no por vicios de ilegalidad o ilegitimidad. En el caso venezolano, tener presente las reglas sobre nulidad que están insertas en los artículos 174 y siguientes del Código Orgánico Procesal Penal.⁷³

La oportunidad por excelencia para atacar la prueba por estos vicios es la audiencia preliminar, pues en ella se debe decidir la oposición a su admisión, sea por parte del fiscal o por parte de la defensa. De otra manera, como dice Leticia Lorenzo, el órgano de prueba llega al juez de juicio con una presunción de legalidad, bien sea porque no hubo oposición a su admisión, o la hubo, pero fue

⁷⁰ Conf. Mario A. Oderigo. Op. Cit. P. 31 y 32.

⁷¹ Conf. Nancy Granadillo Colmenares. Op. Cit. P. 54.

⁷² Conf. Leticia Lorenzo. Op. Cit. P. 146 y ss. La sigo en lo sucesivo, salvo advertencia en contrario.

⁷³ Prueba ilegítima es la que viola derechos fundamentales; prueba ilegal, en cambio, es la que viola cánones legales. Al primer supuesto se contraen los artículos 174 y 175 antes mencionados.

desestimada; lo que no obsta, por supuesto, a que en el curso del debate la parte afectada traiga elementos que afecten la credibilidad de la prueba por ilegal o por ilegítima. También tiene que tener presente la gravedad de la falta, pues no siempre acarrea la nulidad de la prueba.

Téngase presente que uno de los requisitos de la admisibilidad de la prueba consiste en su legalidad, tal como lo dispone el artículo 313, numeral 9, del Código Orgánico Procesal, entre las atribuciones del juez de control al emitir su decisión cuando finaliza la audiencia preliminar.

Es importante que se distingan dos momentos: el de la obtención de la prueba y el de su incorporación. En la audiencia preliminar, se pueden denunciar los vicios que afectan su admisibilidad por vicios en la obtención del órgano, especialmente si son violatorios de derechos fundamentales; en cambio, los vicios de su incorporación se presentarían en el curso del debate oral y público, y será en este, especialmente en el discurso de clausura, cuando se aleguen.

En la elaboración de la teoría probatoria, también entra analizar su pertinencia.

La pertinencia de la prueba.

Según explica Leticia Lorenzo, la pregunta por la pertinencia es la que conduce a establecer si la prueba «sirve para acreditar elementos de la teoría fáctica».⁷⁴

El litigante debe relacionar los supuestos de hecho de sus proposiciones fácticas con el objeto de cada prueba, de tal manera que resulten congruentes, idóneos y aptos para la verificación que es su comprobación, teniendo presente también el principio de la economía probatoria, pues en esta materia, como correctamente advierte la autora que estamos siguiendo, «lo que abunda sí

⁷⁴ Id. P. 146. Similarmente, el artículo 375 del Código de Procedimiento Penal de Colombia establece: «El elemento material probatorio, la evidencia física y el medio de prueba deberán referirse, directa o indirectamente, a los hechos o circunstancias relativos a la comisión de la conducta delictiva y sus consecuencias, así como a la identidad o a la responsabilidad penal del acusado. También es pertinente cuando sólo sirve para hacer más probable o menos probable uno de los hechos o circunstancias mencionados, o se refiere a la credibilidad de un testigo o perito.»

daña»⁷⁵. No hay que colmar el proceso con pruebas redundantes, con el riesgo de que en el debate ocurran contradicciones entre ellas o inconsistencias que afecten la solidez de la teoría.⁷⁶

En la escogencia de la prueba pertinente, presidida por el principio de congruencia entre el objeto de la prueba y el objeto de la proposición fáctica, el litigante debe actuar con una clara visión de la estructura o arquitectura de su teoría que se corresponde con su composición. Algunas palabras adicionales.

El objeto material del proceso puede ser analizado en partes relacionadas entre sí, que en su conjunto constituyen su estructura. Cada una de las partes significantes puede ser entendida como una unidad fáctica en relación, y a partir de allí, las pruebas pueden ser distribuidas en perspectiva de cada una de esas partes en relación, bien sea porque la prueba abarque solo a alguna de las partes, o a varias, o a todas, según sea la disposición del órgano probatorio. La técnica analítica le permite al litigante saber qué hecho o hechos puede probar con cada prueba.

En orden coincidente de ideas se expresan Baytelman y Duce, cuando sostienen que la conformación de las premisas jurídicas — los tipos o teoría jurídica—, se refieren a categorías de conductas y grupos de sujetos, que como tales no se pueden probar, pues se trata de abstracciones, pero sí que se pueden aplicar respecto a situaciones concretas, hechos, que deben ser expuestos en un lenguaje que traduzca esas categorías y abstracciones a hechos concretos que, además, deben contar con su soporte probatorio⁷⁷.

En pocas palabras, el litigante al analizar el tipo según sus categorías, abstractas por su ínsita condición, debe trasladarlas a los hechos concretos que

⁷⁵ Id. P. 147.

⁷⁶ La misma autora añade consideraciones acerca de la dificultad de establecer con claridad el momento en el cual la prueba deriva en impertinente por redundante, supuesto que considera extraño, pero es más usual los «grises», es decir, si la prueba es realmente pertinente. Concluye que ante la duda es preferible la admisión, muy al contrario de la duda sobre su legalidad, que debe conducir a su inadmisión. Conf. Leticia Lorenzo. Op. Cit. P. 158.

⁷⁷ Conf. Andrés Baytelman y Mauricio Duce. Op. Cit. P. 85.

conforman el objeto material del proceso y relacionarlos con las pruebas que sustenta su realización, de allí la pertinencia de la prueba en orden a cada uno de los hechos que corresponden a las categorías y grupos de sujetos que integran la figura legal.

Leticia Lorenzo se refiere a otra propiedad de la prueba, que no está expresamente incluida entre las condiciones que el Código Orgánico Procesal Penal exige para su admisión, pero que ciertamente está presente en su valoración. Es la credibilidad.

En sus palabras: el objetivo principal de los litigantes en la fase de juicio es convencer al juez de su versión, para lo cual tienen que aportar las pruebas que sean necesarias, en tanto que la tarea de los jueces es evaluar «cuán creíble resulta la prueba que las partes presentaron para acreditar sus posiciones... (*omissis*)... necesario que las partes, al momento de presentar sus pruebas, aporten elementos suficientes para establecer la credibilidad de su prueba.»⁷⁸

La valoración de la prueba por parte del juez es mediante la sana crítica: «Las pruebas se apreciarán por el tribunal según la sana crítica observando las reglas de la lógica, los conocimientos científicos y las máximas de experiencia.» Artículo 22 del Código Orgánico Procesal Penal⁷⁹, aunque algún autor sostiene que no hay precisión sobre las reglas que constituyen la sana crítica, razón por la cual «la valoración queda expuesta al sentido común del juez que no siempre se hermana con la lógica, incurriendo en error, o que analiza superficialmente la prueba sin desentrañar su contenido esencial.»⁸⁰

⁷⁸ Conf. Leticia Lorenzo. Op. Cit. P. 147.

⁷⁹ El origen de la sana crítica se remonta al artículo 137 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (1855) española sobre la apreciación de la prueba testimonial, aunque preexistía en el Reglamento de lo Contencioso ante el Consejo de Estado español, de allí se expandió a diversas órdenes legales. Como expresa Devis Echandía, citando a Couture, tuvo la virtud de romper con la tradición secular de la prueba aritmética y el yugo de la tarifa legal. Conf. Hernando Devis Echandía. Op. Cit. P. 105.

⁸⁰ Conf. Jesús Ignacio García V., *Las pruebas en el proceso penal*. P.187.

Escapa por completo al objetivo y contenido de este Cuaderno desarrollar el tema de las reglas de la sana crítica⁸¹, pero hay que resaltar que se trata de un régimen de valoración que trata de impedir los abusos a los que podría conducir la libre convicción, si se entiende que esta última sustrae al juez del deber de motivar, lo que tampoco es admitido en legislaciones que no acogen expresamente el canon de la sana crítica⁸², que no es el caso venezolano. En efecto, el Código Orgánico Procesal Penal, en su artículo 346, pauta expresamente que la sentencia debe contener una «determinación precisa y circunstanciada de los hechos que el tribunal estima acreditados», así como «la exposición de sus fundamentos de hechos y de derecho», lo que supone necesariamente la expresión de las razones por las cuales valora o rechaza los elementos que se incorporaron durante la actividad probatoria.

Es cierto, y volviendo al punto de la relación entre sana crítica y el «sentido común», que este orienta al juez, pues al fin y al cabo, el Derecho debe ser una manera de ordenar la vida en sociedad conforme al «sentido común», pero no todo se subsume en él, pues lo que determina la lógica y la ciencia ejercen su señorío sobre el «sentido común», para que este no se transforme en desvarío.

El alcance y contenido de las «máximas de experiencia» pueden traer dudas, pues aunque pertenecen al conocimiento vulgar y común, hay el riesgo de que el juez, incorrectamente, las confunda con sus propias e individuales vivencias, sobre todo si forman parte de sus convicciones y creencias más arraigadas. Ante ese peligro, es preciso que se tenga en claro que la sana crítica conjuga razón y experiencia, razón y sentir. La razón formalmente entendida, o sea, la lógica; la razón sujeta a la experimentación y verificación, que es la ciencia;

⁸¹ Couture, citado por Luis Alfredo Hernández Merlanti, expresa que «las reglas de la sana crítica, son reglas del correcto entendimiento humano; contingentes y variables, con relación a la experiencia del tiempo y del lugar; pero estables y permanentes en cuanto a los principios lógicos en que debe apoyarse la sentencia... (*omissis*) no parece dudoso que las reglas de la sana crítica constituyan en su sentido formal, una operación lógica.» Conf. Luis Alfredo Hernández Merlanti, *La sana crítica como sistema de valoración o apreciación de la prueba en la Ley Orgánica Procesal del Trabajo. Sobre la forma de valorar los medios de prueba tasados por el Código Civil y las respuestas a la declaración de la parte durante la audiencia de juicio*. P. 150 y 151.

⁸² Conf. Carlos N. Hall. *La prueba penal*. P. 58

y la razón que deriva del sentir común, de lo que ordinariamente sucede, que se transforma en un máxima de experiencia, donde la psicología y la razón se compaginan, sin alejarse tampoco del sentido de la justicia e incluso de la equidad.⁸³

La credibilidad de la prueba es una propiedad que, para ser obligante para el juez, debe contar con su correspondencia con las proposiciones fácticas y la teoría jurídica, con su veracidad y con una incorporación que acate las normas reguladoras respectivas, y, por supuesto, con la solvencia argumentativa del abogado junto a una debida preparación profesional y respecto al caso mismo y sus pruebas, especialmente, en lo atinente a la testimonial. Es deber del litigante la correcta preparación del testigo, sin que ello en lo absoluto viole las reglas éticas del ejercicio de la abogacía, siempre y cuando se haga con prendimiento a la verdad y la honestidad, dentro de una estrategia hábilmente concebida y ejecutada, y pueda, entonces, ser eficaz.

La admisión de la prueba, tal como lo estipula Código Orgánico Procesal Penal, está condicionada a que sea pertinente — adecuada a los hechos que se pretenden comprobar⁸⁴ — o necesaria, es decir, indispensable para la comprobación (artículo 398, numeral 5)⁸⁵; pero también que sea útil (artículo 182, segundo aparte), legal y lícita (artículo 313, numeral 9).

En cuanto el significado de la utilidad, Delgado Salazar expresa que se trata de la «*idoneidad conviccional* para producir certeza o probabilidad sobre la

⁸³ Devis Echandía expresa que las reglas de la sana crítica combinan la lógica, la psicología judicial, la experiencia y la equidad. Conf. Hernando Devis Echandía. Op. Cit. P. 105.

⁸⁴ «Un medio de prueba, para ser admitido, debe referirse, directa o indirectamente, al objeto de la investigación». Artículo 182, segundo aparte.

⁸⁵ Roberto Delgado Salazar, sobre este requisito, expresa: «... la prueba debe ser necesaria y será así, cuando el hecho imputado o alegado requiere ser debidamente demostrado, o sea, establecido en el proceso mediante pruebas incorporadas al mismo, por las partes o por el juez (en el caso de estar facultado para ello) con independencia del conocimiento personal y privado que tengan las partes y más aún el juez; además, cuando no se trata de un hecho notorio o evidente». Conf. Roberto Delgado Salazar. *Las pruebas en el proceso penal venezolano. Aumentada y puesta al día conforme a la reforma del COPP del 4 de septiembre de 2009 y jurisprudencia del TSJ*. P. 75. Como se observa, la necesidad puede ser vista desde dos ángulos sutilmente distintos. Con referencia al hecho alegado, la necesidad de probar lo que se alega; o la necesidad de la prueba del hecho. Dos perspectivas que se encuentran en el foco central de la prueba.

existencia o inexistencia de un hecho, o sea, que tenga la importancia, idoneidad y eficacia para verificar el hecho y producir en el juez la convicción acerca de su existencia», o en palabras de Cafferata, citado por el mismo autor, que permita «*fundar sobre este hecho un juicio de probabilidad*».⁸⁶ Utilidad es, entonces, eficacia potencial. Es una propiedad que perfecciona la exigencia de pertinencia, pues una prueba puede guardar relación con el hecho, pero, sin embargo, débil en cuanto su eficacia.

La prueba⁸⁷, además, debe ser lícita, por tanto, su obtención no pudo ser con inobservancia de los derechos y garantías del debido proceso, incluso las previstas en el ordenamiento jurídico internacional sobre derechos humanos (artículos 174 y 175); ni tampoco pudo ser adquirida ni incorporada en contravención a las formas previstas⁸⁸. De igual manera, no se debe pretender comprobar un hecho con prueba vedada, como sería la del estado civil mediante prueba testimonial, no obstante la limitación prevista en el artículo 182, primer aparte.

Jesús Eduardo Cabrera ha propuesto varias distinciones cuyos detalles no es propio de este Cuaderno explicarlos, pero sí vale la pena rescatar la siguiente: prueba ilegítima es aquella cuyo vicio radica en cómo se obtuvo o formó el medio, no en cómo se lo propone o se constituya procesalmente; vicio de ilegitimidad que difiere del de su ilicitud.⁸⁹

En el enfoque que hemos adoptado en este Cuaderno, ciertamente que, con base en lo dispuesto en el Código Orgánico Procesal Penal, hemos distinguido entre prueba ilícita, la que viola derechos fundamentales en la adquisición, promoción y evacuación⁹⁰, y la ilegal, que es la violatoria de preceptos

⁸⁶ Id. P. 75 y 76.

⁸⁷ Vale decir, su órgano o medio, cuando aún no se ha llegado al debate.

⁸⁸ Artículo 183: «Para que las pruebas puedan ser apreciadas por el tribunal, su práctica debe efectuarse con estricta observancia de las disposiciones establecidas en este Código.» La diferencia entre prueba ilícita y prueba ilegal la enunciamos anteriormente, en la nota 74.

⁸⁹ Conf. Jesús Eduardo Cabrera Romero. *La prueba ilegítima por inconstitucional*. P. 17.

⁹⁰ La frase «evacuación de la prueba» es más afín a la cultura jurídica venezolana que el de «realización». Fue un cambio terminológico desafortunado del Código Orgánico Procesal Penal,

legales en cualquiera de dichas fases, sumando la que se refiere a la regulación sobre los medios de prueba respecto a determinadas materias, estado civil, por ejemplo, como ya dijimos. Ciertamente que la ilicitud no es propia de la promoción, pero no es necesariamente ajena a la evacuación, si pensamos, por ejemplo, en un ejercicio de violencia psicológica sobre un testigo. Enfoque similar ha sostenido plenaria de jueces superiores en lo penal de Perú.⁹¹

La teoría del caso está elaborada, o sea, formulada, en todas y cada una de sus partes sistemáticas, y toca ahora su presentación ante el juez, lo que da lugar a su momento culminante: la narración. Mas, téngase en cuenta, como antes hemos expuesto, que la teoría del caso pasa por distintos momentos según las etapas del proceso. No es la misma narración en la audiencia de presentación o de imputación, en la preliminar, al inicio del debate o en su clausura,

pues las leyes, salvo razones de necesidad política-social, deben conservar la tradición lingüística en aras de la claridad y seguridad, como por respeto y preservación de la identidad cultural-jurídica de los pueblos. Necesidad sí hubo respecto al desarraigo del término «auto de detención», de infausta memoria, aunque ha persistido en los medios de comunicación, a veces poco prestos a fortalecer los valores de una cultura jurídica democrática y liberal.

⁹¹ «Toda prueba obtenida con violación constitucional, debe ser excluida de la valoración por el Juez. Es decir, está prohibido valorar dicha prueba. Aquí nos encontramos ante el caso de las pruebas directas, obtenidas con violación de algún derecho constitucional (fundamental o procesal). El efecto inmediato es excluirlo del proceso y su valoración. Sin embargo, esta regla absoluta al inicio, generó fuertes cuestionamientos, destacándose como "...el factor negativo más señalado a la pérdida de prueba relevante y el favorecimiento de los culpables de haber cometido el delito". Además, de los costos administrativos que generan los cuestionamientos probatorios, la dilación procesal y el entorpecimiento del funcionamiento del sistema de justicia. Y, si bien estas reglas en su momento fueron absolutas, actualmente se reconocen una serie de excepciones, las mismas que se han venido incorporando a través de la jurisprudencia americana y europea, como lo son, para el caso de la prueba originariamente obtenida con violación constitucional: la obtención de buena fe y el efecto de la prueba ilícita para terceros, entre otras doctrinas. Y para el caso de la prueba derivada se reconocen como excepciones: la fuente independiente, el hallazgo inevitable y el nexo causal atenuado. Pero la gran parte de estas excepciones y otras que seguramente se desarrollarán en el futuro, deben ser consideradas como verdaderas excepciones, que estas excepciones no se generalicen, sino que con ellas se fortalezca la vigencia de la prohibición de valorar la prueba obtenida con violación a la Constitución

IV. La violación constitucional por lo general se produce durante la fase de investigación del delito o búsqueda de las fuentes de prueba (fase policial), sin embargo, también se puede presentar durante el proceso, cuando se le interroga por ejemplo al acusado, sin que previamente se le haya comunicado por qué se le acusa, o cuando se le toma la declaración a un testigo sin poner en su conocimiento que por su grado de parentesco no se encontraba obligado a declarar. Lo importante es que reparamos que se viola un derecho fundamental individual o procesal, para poder obtener la prueba. Es decir, la ilicitud se presenta durante la obtención de la fuente de prueba.»

Pleno jurisdiccional superior nacional penal del 11-12-2004, celebrado en la ciudad de Trujillo.

https://static.legis.pe/wp-content/uploads/2018/11/Pleno-Superior-Penal-2004-Trujillo-Legis.pe_.pdf

eventualmente en los recursos, ni en la fase de ejecución, pues cada etapa responde a unos determinados fines, se conforma con determinados actos que tienen sus respectivas formas y objetivos específicos, y todo ello influye en la narración de la teoría.⁹²

IX.- LA NARRACIÓN

Un caso aun en sentido jurídico es, en primer término, un suceso que ocurre en un tiempo y un espacio determinados, pero no todo suceso es un caso en tal sentido, aunque el «caso en sentido jurídico» conserve algunas de las características del «caso histórico», entre ellas su determinación temporal. Siempre es un suceso del pasado. De allí que sea necesario «reconstruirlo» para comprenderlo y valorarlo, y es por eso que el proceso judicial se puede asimilar a un proceso de descubrimiento histórico. El fiscal, el defensor y el juez son, de alguna manera, historiadores.

La historia debe ser narrada, y, además, como dicen Baytelman y Duce, es labor del abogado hacer llegar su mensaje y para ello el mecanismo natural es el relato: «...deberá transmitir al tribunal que se trata de la versión más fidedigna de los hechos y la interpretación de la teoría más adecuada y justa.» Narración que debe ser persuasiva, pues es esa la principal tarea y primordial objetivo del litigante, para lo cual no es suficiente, como a veces se cree, basarse solo en recursos histriónicos, talento escénico e intuición, que ocurren menos en los estrados de lo que el público en general pueda creer, a veces impresionado por las creaciones cinematográficas, con sus cuadros patéticos y vehementes. Esos recursos y habilidades no deben ser sobreestimados, pues no sustituyen el estudio y la preparación meticulosa del litigante responsable.⁹³

En resumen, la teoría del caso se revela como una historia, una narración histórica, especialmente para el fiscal, como antes expusimos, y que si bien para

⁹² Descartadas como han sido de la materia de este Cuaderno las técnicas de litigación, y enfocados a continuación hacia las características más generales de la narración, solo cuando fuese menester habrá algunas referencias tangenciales a dichas técnicas.

⁹³ Conf. Andrés Baytelman y Mauricio Duce J. Op. Cit. P. 82.

la defensa, la perspectiva temática es, por regla general, la más recomendable, ella no renuncia a sus aditamentos históricos, más protuberantes en las exposiciones iniciales, cuando se le quiere transmitir al juez una perspectiva de un hecho que si bien está narrado en la acusación y debe sintetizarlo el fiscal, no repudia que los hechos se narren con un énfasis distinto y otras matizaciones. Así, por ejemplo, el acusador se puede referir al acusado como el “homicida”, por ejemplo, mientras que la defensa debe suavizar la contundencia del mensaje fiscal, y referirse al acusado con su nombre de pila, así lo humaniza, al igual que con la víctima que, seguramente, el Ministerio Público la identificará con su denominación procesal: víctima. Sean estos solos unos ejemplos elementales.

Mas no basta que la teoría se narre, es preciso que el discurso narrativo reúna unas características apropiadas a su mayor fuerza persuasiva. La doctrina ha destacado las siguientes:

Única.

El litigante debe expresar «una versión determinada de los hechos a objeto de explicarlos y dotarlos de consistencia normativa... (*omissis*)... no puede presentar varias alternativas o versiones acerca de los hechos, más bien debe presentar una versión única, por lo que deben ser desterradas las peticiones subsidiarias», y ello por estas razones: a) no es creíble una historia con distintas versiones, por lo que no es confiable un litigante señale historias distintas; b) no es posible la presentación de testigos con visiones distintas de los hechos.⁹⁴

Historias distintas, aun no siendo incompatibles, no son una buena opción para que el litigante triunfe sobre la teoría adversa, pues contraría la vocación espiritual y cognoscitiva del ser humano de que solo hay una verdad, muy pesar de los militantes del relativismo de tan infaustas consecuencias.

Recuérdese que la narración, además de la exposición del hecho, ata las teorías jurídica y probatoria en un todo coherente y sistemático, y la teoría jurídica no es materia de comprobación empírica, sino de demostración teórica y

⁹⁴ Conf. Pedro Arellán Zurita. Op. Cit. P. 49 y 50.

conceptual, esto es, argumentativa y discursiva, en pocas palabras de valoración, según el resultado de las pruebas y su correspondencia con el hecho. Y en el terreno de la teoría jurídica hay alguna diferencia respecto a la narración histórica.

Es cierto que una teoría del caso sólida y consistente alcanza su mayor fortaleza con teorías jurídicas únicas, sobre todo por parte del acusador, pero no es descartable que la defensa sí presente alternativas de tipificación, en obsequio a la facultad valorativa del juez y no en pocas ocasiones, a las alternativas de interpretación del resultado de las pruebas, como el mismo Arellán Zurita reconoce, cuando afirma que ante una estrategia defensiva que sostenga la inocencia del acusado, se debe presentar, subsidiariamente, «el conjunto de eximentes incompletas o atenuantes, que concurren para el eventual caso que se dicte sentencia condenatoria.»⁹⁵

Claro que la presentación de defensas subsidiarias puede ser rebatida por la acusación como expresión de inseguridad de la defensa, y, en consecuencia, en una especie de admisión tácita de responsabilidad, pero será la habilidad, competencia, experiencia del litigante y las características del caso y del acervo probatorio lo que recomendará o no esta opción, no exenta, como se ve, de riesgos, aunque una estrategia muy rígida es igualmente riesgosa.

La unidad de la narración puede encontrarse ante el incidente de que el juez haga uso de su facultad de un cambio de la calificación jurídica acuñada en el escrito acusatorio, tal como lo prevé el artículo 333 del Código Orgánico Procesal Penal⁹⁶, pero ello no debe implicar una alteración del hecho, el cual ha de permanecer idéntico durante todo el *iter* procesal, fijado desde la decisión de la audiencia preliminar. Lo que sí puede implicar es una reafirmación de la teoría

⁹⁵ Id. P. 50.

⁹⁶ «Si en el curso de la audiencia, el tribunal observa la posibilidad de una calificación jurídica que no ha sido considerada por ninguna de las partes, podrá advertir al acusado o acusada sobre esa posibilidad, para que prepare su defensa. A todo evento, esta advertencia deberá ser hecha por el Juez o Jueza inmediatamente después de terminada la recepción de pruebas, si antes no hubiere hecho. En ese caso, se recibirá nueva declaración al acusado o acusada y se informará a las partes que tendrán derecho a pedir la suspensión del juicio para ofrecer nuevas pruebas o preparar la defensa.»

jurídica, incluso si se trata de un tipo con pena menor, sobre todo si la defensa ha planteado la absolución, aunque como bien advierte Arellán Zurita, en la práctica, muchos defensores, previendo esta posibilidad, «presentan todos los argumentos en la misma audiencia del juicio oral, y más específicamente en el discurso de clausura.»⁹⁷

Otra circunstancia que se relaciona con la unidad del relato, tiene que ver con la presencia de distintos hechos o tipos legales, y si ello conduce a relatos independientes de unos y otros.

La decisión depende de la situación concreta, si se trata de hechos distintos en tiempo y espacio, o si por el contrario es una situación de concurso ideal. Sin embargo, en ambos casos, deben integrarse en una unidad narrativa que les dé sentido y los vincule, para que sea comprensible la acusación por diversos hechos, imputados a uno o a varios sujetos: «Nuestra obligación será realizar un relato del hecho en el que conste la existencia de todos los elementos constitutivos de todos los delitos que estamos incorporando a la acusación, en forma suficientemente comprensible para la persona (o personas) acusada que pueda saber las razones por las cuales se encuentra en juicio.»⁹⁸

Autosuficiente.

La teoría debe abarcar todas las circunstancias relevantes, no dejar elementos fuera de su radio de alcance, por lo que «debe ser capaz de dar cuenta del conjunto de hechos que ocurrieron», que resultan así consistentes en una unidad de sentido, lógica y razonable a la vez. De otra manera, le da la oportunidad a la contraparte de aprovecharse de esos vacíos, para su propio beneficio, pues indica que su adversario no tiene ninguna teoría que sostener ante

⁹⁷ Conf. Pedro Arellán Zurita. Op. Cit. P. 50. Claro la táctica de la exposición de todos los argumentos posibles tiene sentido ante la posibilidad del cambio de calificación antes del discurso de clausura, pues el juez, como ya vio, debe advertir después de la recepción de pruebas.

⁹⁸ Conf. Leticia Lorenzo. Op .Cit. P. 140.

tales vacíos, como resultado de un estudio incompleto de los hechos y sus pruebas.⁹⁹

Verosímil.

En la medida en que la disertación narrativa sea expuesta con palabras sencillas que den cuenta de una historia fácil de entender y no ajena al sentido común, en esa misma medida esa historia ganará en verosimilitud, pues estará cercana a la experiencia ordinaria, de la que participa el juez en su vida en relación. La verosimilitud se plasma en «argumentaciones que tengan un desarrollo causal y que incluso estén avalados por conocimientos científicos, todo lo cual contribuirá a dotar de razonabilidad al relato que se intenta acreditar.»¹⁰⁰

Jurídicamente significativa.

La narración debe plantearse en un horizonte normativo, es decir, vinculada a algún valor o bien jurídico relacionado con el caso: «hacer llegar al juzgador otros elementos, valores o bienes jurídicos reconocidos por la sociedad en su conjunto, que se encuentran en juego en el caso que ellos deben resolver, dándoles con ello una razón adicional fundada en nuestras creencias y convicciones para fallar a nuestro favor.»¹⁰¹

No contradictoria.

La teoría del caso para ser plausible, es decir, razonable, tiene que ser también lógica, no puede tener dentro de sí proposiciones o teorías que colidan entre sí. Es una de las propiedades que destaca Leticia Lorenzo.¹⁰²

Simple.

⁹⁹ Conf. Pedro Arellán Zurita. Op. Cit. P. 51. Incluso la teoría del caso debe poder explicar los hechos que establezca la contraparte. Conf. Baytelman y Duce. Op. Cit. P. 102.

¹⁰⁰ Id. P. 52. Esto puede significar, sin desmedro de la consistencia de la narración, que se adelanten las posibles observaciones o contraalegatos de la otra parte, de esta manera perderán impacto.

¹⁰¹ Id.

¹⁰² Conf. Leticia Lorenzo. Op. Cit. P. 136.

Anteriormente nos referimos a la credibilidad de la prueba, condición que se hace presente en la conformación de la narración. A mayor complejidad de la teoría, mayores complicaciones y mayores dificultades de comprensión y prueba, y, por tanto, más difícil obtener la victoria en la lid procesal.¹⁰³

Consciente.

El litigante debe tener claridad de sus posibilidades argumentativas y probatorias: «La teoría del caso que formule para ir al juicio debe basarse en los elementos que efectivamente he logrado obtener en el caso y no en fantasías o supuestos inexistentes.»¹⁰⁴

Flexible.

Esta característica parece contradecir la propiedad de su unidad, pero con ello lo que quiero es resaltar lo que en varias ocasiones he afirmado: la teoría del caso cumple distintas funciones según las etapas procesales en que se interviene. La visión del caso que tiene el defensor o también el defensor, no es la misma en la audiencia preliminar que en las conclusiones, cuando tiene un acopio probatorio que satisface completamente su teoría del caso o no, o ha de enfrentar contraalegatos, o fracturas probatorias que no existían en las etapas previas. Esa flexibilidad va de la mano con los recursos retóricos de las técnicas de litigación que conducen en un determinado momento a enfatizar algunos elementos y no otros. El *quid* de la teoría se reviste con el cómo de su presentación, que no es nada accesorio, pues en ocasiones una teoría bien elaborada fracasa por las falencias argumentativas del litigante.

La unidad, consistente y coherencia de la teoría del caso y de los elementos que la constituyen no rehúyen su capacidad funcional, del mismo modo que el tallo del bambú no se fractura ante la fuerza del viento, sino que mantiene su unidad y consistencia.

¹⁰³ Id. P. 137.

¹⁰⁴ Id.

X.- CONCLUSIONES

- 1.- La teoría del caso constituye una de las herramientas más importantes de que dispone el litigante para alcanzar sus objetivos procesales.
- 2.- La teoría del caso es parte de lo que se conoce como técnicas de litigación.
- 3.- La adopción del modelo acusatorio, con su componente de la oralidad, expresa un proceso de modernización y democratización procesal, que guarda correspondencia con el modelo acusatorio.
- 4.- La teoría del caso cuenta con términos que si bien no son ajenos al Derecho Procesal y al conocimiento en general, adquieren en su seno una significación propia.
- 5.- La teoría del caso no es solamente necesaria en el modelo acusatorio, sino que es también útil más allá del esquema estrictamente procesal.
- 6.- Las distintas definiciones de la teoría del caso tienen como sustrato su concepción como estrategia.
- 7.- La concepción estratégica de la búsqueda de la verdad es contrapuesta al modelo tradicional inquisitivo.
- 8.- La teoría del caso se compone de proposiciones fácticas, teoría jurídica y teoría probatoria, cada una con características propias pero no opuestas.
- 9.- Los distintos elementos de la teoría del caso tienen que guardar entre sí una correspondencia sistemática.
- 10.- La teoría del caso cumple distintas funciones según se ubique en las correspondientes fases del proceso.
- 11.- La teoría del caso atraviesa por momentos de generación, formación y formulación.

Referencias bibliográficas

Arellán Zurita, Pedro (2014): *Manual de Litigación Penal. Compilación del curso dictado por los fiscales federales de EE.UU a los fiscales del Ministerio Público de Venezuela*. Caracas. S/e.

Ayllón, José Ramón (2003): *Introducción*. En: *El arte de la guerra*. Sun Tzu. Madrid. Ediciones Martínez Roca. Cuarta edición.

Baytelman A. y Duce J, Mauricio (2005): *Litigación penal. Juicio oral y prueba*. México. Fondo de Cultura Económica.

Beaufre, general (s/f): *Introducción a la estrategia*. Argentina. Editorial Rioplatense. Traducción del Cap. L.P. Pérez Roldán.

Bentham, Jeremías (1971): *Tratado de las Pruebas Judiciales*. Vol. II. Buenos Aires. Ediciones Jurídicas Europa-América. Clásicos del Derecho Procesal. 2. Traducción del francés de Manuel Ossorio Florit.

Cabrera Romero, Jesús Eduardo (2013): *La prueba ilícita por inconstitucional*. Caracas. Ediciones Homero.

Chiovenda, José (1941): *Principios de Derecho Procesal Civil*. Tomo II. Madrid. Instituto Editorial Reus S.A. Traducción española de la tercera edición italiana del profesor José Casais y Santalo.

Clariá Olmedo, Jorge A. (1998): *Derecho Procesal Penal*. Tomo II. Buenos Aires. Rubinzal-Culzoni Editores. Actualizado por Carlos Alberto Chiara Díaz.

Clausewitz, Carl von (2005): *De la guerra*. Madrid. La Esfera de los Libros. Traducción del alemán de Carlos Fortea. Versión íntegra.

Delgado Salazar, Roberto (2010): *Las pruebas en el proceso penal venezolano. Aumentada y puesta al día conforme a la reforma del COPP del 4 de septiembre de 2009 y jurisprudencia del TSJ*. Caracas. Vadell Hermanos Editores. 4ta edición.

Devis Echandía, Hernando (1981): *Teoría General de la Prueba Judicial*. Tomo I. Buenos Aires. Víctor P. de Zavalía. Editor.

Ezquiaga Gamuzas, Francisco Javier (2000): *«Iura novit curia» y aplicación judicial del Derecho*. Valladolid. Editorial Lex Nova. Colección Derecho Público.

García V., Jesús Ignacio (1996): *Las pruebas en el proceso penal*. Bogotá. Librería Jurídica Gustavo Ibáñez. Segunda edición.

Gössel, Karl-Heinz (2002): *En búsqueda de la verdad y la justicia. Fundamentos del procedimiento penal estatal con especial referencia a aspectos jurídico-constitucionales y político-criminales*. México. Editorial Porrúa.

Granadillo Colmenares, Nancy Carolina (2016): *Técnicas de Litigación*. Caracas. Vadell Hermanos Editores. 7ma. Edición. Revisada y ampliada.

Hall, Carlos N. (2004): *La Prueba Penal*. Montevideo. Nova Tesis Editorial Jurídica.

Hernández Merlani, Luis Alfredo (2006): *La sana crítica como sistema de valoración o apreciación de la prueba en la Ley Orgánica Procesal del Trabajo. Sobre la forma de valorar los medios de prueba tasados por el Código Civil y las*

respuestas a la declaración de la parte durante la audiencia de juicio. En: *Revista de Derecho Probatorio*. No. 14. Caracas. Ediciones Homero (143-174).

Király, Tibor (1988): *Procedimiento Criminal. Verdad y Probabilidad*. La Habana. Editorial de Ciencias Sociales. Traducción de Francisco A. Gómez Martínez.

Lorenzo, Leticia (2012): *Manual de Litigación*. Argentina. Ediciones Didot. Colección Litigación y enjuiciamiento penal adversarial.

Matus, Carlos (1993): *Estrategia y plan*. México. Editorial Siglo XXI. 10ª edición.

Mendonca, Daniel (2002): *Los secretos de la ética. Una introducción a problemas de peso*. Madrid. Editorial Tecnos. Grupo Amaya S.A. Reimpresión.

Moreno Holman, Leonardo (2012): *Teoría del caso*. Buenos Aires. Ediciones Didot. Colección Litigación y enjuiciamiento penal adversarial.

Oderigo, Mario A (1961): *El lenguaje del proceso*. Buenos Aires. Roque Depalma editor.

Páez, José Antonio (2005): *Máximas de Napoleón sobre el Arte de la Guerra. Traducidas y anotadas por el general José Antonio Páez*. Caracas. Ediciones de la Presidencia de la República.

Pérez Sarmiento, Eric Lorenzo (2004): *Teoría y método de la defensa penal*. Valencia. Vadell Hermanos editores.

Quero Rodiles, Felipe (2002): *Hacia una teoría de la estrategia*. Madrid. Editorial Biblioteca Nueva

Rodríguez R., Gustavo Humberto (1970): *Pruebas Penales*. Tomo 1. Bogotá. Editorial Temis.

Roxin, Claus (2000): *Derecho procesal penal*. Buenos Aires. Editores del Puerto S.R.L. Traducción de la 25ª edición alemana. Traducción de Gabriela E. Córdova y Daniel R. Pastor.

Tzu, Sun (2005): *El Arte de la Guerra*. China. Evergreen. Traductor Samuel B. Griffith.

Vishinki, A. (1950): *La teoría de la prueba*. Montevideo. Ediciones Pueblos Unidos.

Fuentes electrónicas

Casarez Zazueta, Olga Fernanda y Guillén López, Germán *Teoría del caso en el sistema penal acusatorio*

http://www.juridicaformativa.uson.mx/memorias/v_coloquio/doc/derechoconstitucional/CAZAREZ_OLGA_Y_GERMAN_GUI. Consultado 14-5-2020.

.Hacia una teoría del caso mexicana.

<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3336/3.pdf>. Consultado 1-6-2020.

https://static.legis.pe/wp-content/uploads/2018/11/Pleno-Superior-Penal-2004-Trujillo-Legis.pe_.pdf. Consultado 2-6-2020.