



UNIVERSIDAD ANDINA "NÉSTOR CÁCERES VELÁSQUEZ"

**ESCUELA DE POSTGRADO**

**MAESTRÍA EN DERECHO**



***IMPORTANCIA DE LA PRUEBA EN LA ELABORACIÓN  
DE LA TEORÍA DEL CASO EN LA INVESTIGACIÓN  
CRIMINAL CON EL NUEVO MODELO  
PROCESAL PENAL***

TESIS PRESENTADA POR:

**INDIRA AIDA ARANZAMENDI SERRANO**

PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO DE MAGÍSTER EN  
DERECHO

MENCIÓN DERECHO PROCESAL PENAL

JULIACA – PERÚ

2015



UNIVERSIDAD ANDINA "NÉSTOR CÁCERES VELÁSQUEZ"

**ESCUELA DE POSTGRADO**

**MAESTRÍA EN DERECHO**

***IMPORTANCIA DE LA PRUEBA EN LA ELABORACIÓN  
DE LA TEORÍA DEL CASO EN LA INVESTIGACIÓN  
CRIMINAL CON EL NUEVO MODELO  
PROCESAL PENAL***

TESIS PRESENTADA POR:

**INDIRA AIDA ARANZAMENDI SERRANO**

PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO DE MAGÍSTER EN  
DERECHO

MENCIÓN – DERECHO PROCESAL PENAL

**APROBADO POR:**

Presidente del Jurado -----

Dra. Udelia Butrón Zeballos

Primer miembro -----

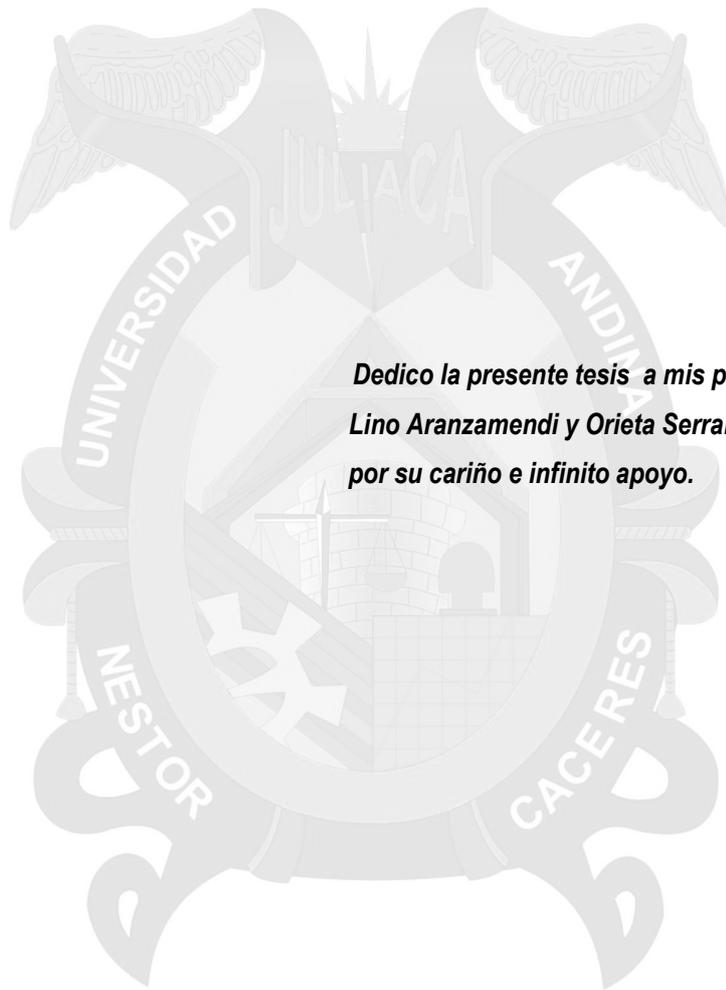
Dr. Percy Carrasco Reyes

Segundo miembro -----

Dra. Diana Marleny Pasaca Apaza

Asesor de tesis -----

Dr. Lino Aranzamendi Ninacondor



*Dedico la presente tesis a mis padres  
Lino Aranzamendi y Orieta Serrano Abarca  
por su cariño e infinito apoyo.*



## ÍNDICE

Resumen	III
Abstract	IV
Introducción	VI

### CAPÍTULO I

#### DESARROLLO METODOLÓGICO DE LA INVESTIGACIÓN

1. El enunciado del problema	1
2. Interrogantes del problema	4
3. Importancia de la investigación	5
4. Objetivos de la investigación	7
4.1. Objetivo general	7
4.2. Objetivos específicos	7
5. Formulación de la hipótesis	7
5.1. Hipótesis general	8
5.2. Primera hipótesis específica	8
5.3. Segunda hipótesis específica	8
5.4. Variables de la investigación	8
6. Proceso metodológico	9
6.1. Área de investigación	9
6.2. Ámbito de investigación	9
6.3. Tiempo de investigación	9
6.4. Tipo de investigación	9
6.5. Diseño de investigación	9
6.6. Metodología aplicada	9
7. Definición de conceptos	9

### CAPÍTULO II

#### LA PRUEBA Y ACTIVIDAD PROBATORIA

1. Importancia y concepto de la prueba penal	12
2. Objeto de prueba y el debido proceso en lo penal	17
3. La carga dinámica de la prueba	19
4. La actividad probatoria	21
5. Clasificación de la prueba penal	24
6. La carga dinámica de la prueba en el proceso penal	27
7. Elementos para la racionalización de la carga dinámica de la prueba en el proceso penal	31
8. La oralidad y la valoración de la prueba	35
8.1. Inmediación	37



8.2. Concentración	37
8.3. La concentración	39
8.4. La publicidad	40
9. La oralidad versus la escritura	42
10. La oralidad y la prueba en el proceso penal	46
11. Formación de la prueba penal	48
12. La oralidad y valoración de la prueba	52
12.1. Exhaustividad	53
12.2. Congruencia	54
12.3. Integralidad y comunidad de la prueba	55
12.4. Imparcialidad	55
12.5. La aplicación de la sana crítica o valoración racional de la prueba	56
13. La actividad probatoria y la Teoría del Caso	58

### CAPÍTULO III

#### PROCEDIMIENTOS TÉCNICOS PROCESALES EN LA FORMULACIÓN DE LA TEORÍA DEL CASO

1. Cuestiones previas	64
2. Importancia de la argumentación en la aplicación del Derecho	67
3. Noción de la Teoría del Caso	81
4. Construcción de la Teoría del Caso	84
5. Elementos sustanciales que componen la Teoría del Caso	89
5.1. Elemento jurídico	89
5.2. Elemento fáctico	89
5.3. Elemento probatorio	91
6. Funciones de la Teorías del Caso	93
7. La teoría del caso y el alegato de apertura	96
7.1. Importancia del alegato de apertura	97
7.2. Errores más comunes que pueden producirse en la ejecución del alegato de apertura	97
7.3. Contenido del alegato de apertura	99
7.4. Estructura del alegato de apertura	100
8. Los alegatos de finales	102
9. Formatos para elaborar una teoría del caso	108
9.1. Ficha de preparación de la estructura jurídica de la Teoría del Caso	108
9.2. Ficha de preparación de la estructura fáctica de la Teoría del Caso	109
9.3. Ficha de preparación de la estructura preparatoria de Teoría del Caso	109
9.4. Ficha de preparación de la Teoría del Caso completa	110
10. Programa metodológico	110
Conclusiones	113
Referencia bibliográfica	117



## **RESUMEN**

La investigación expuesta en la tesis abarca un aspecto que considero relevante en el ámbito del Derecho Penal y Procesal Penal. Ella está relacionada a fundamentar la importancia de la prueba y su relación con la construcción de la Teoría del Caso. Como se sabe, sobre la prueba no solo existen diferentes acepciones (prueba en sentido objetivo y en sentido subjetivo), sino que, además, existen diversas nociones (objeto medio, fuente, elemento, etc.) que forman parte de la materia probatoria y que reciben el nombre de prueba.

También la extensión de la carga dinámica de la prueba en un proceso penal acusatorio, exige que la Fiscalía cumpla de manera integral su rol procesal. En esa dirección, se deberá determinar rigurosamente los presupuestos personales, fácticos y jurídicos de la imputación y la acusación. Por otra parte, los jueces deben cumplir cabalmente su rol de protectores de los derechos fundamentales en juego en el proceso penal. En el mismo sentido, los jueces deben exigir el estricto respeto de las reglas de descubrimiento probatorio de tal manera que la Fiscalía lo cumpla en el acto complejo de la acusación.

El juicio oral es un espacio público donde se establece una relación jurídica y permite que se reúnan los sujetos procesales para que un juez administre justicia. Para ello está el Fiscal que acusa y un defensor que defiende. Cada parte aparece en el proceso respaldando su Teoría del Caso. En ese sentido, la Teoría del Caso es la tesis o la propuesta de solución que las partes dan a los hechos que son objeto de controversia. La Teoría del Caso, 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 lo apoyan. Se presenta en el alegato inicial como una historia que reconstruye los hechos con propósitos persuasivos hacia el juzgador.

En términos más claros, la Teoría del Caso es el resultado de la conjunción de las hipótesis fáctica, jurídica y probatoria que manejan el Fiscal y el defensor respecto de un caso concreto. Se la empieza a construir desde el primer momento en que se tiene conocimiento de los hechos a partir de un procedimiento metodológico. En ese sentido, la Teoría del Caso, recusa la improvisación, la incoherencia lógica y fáctica, pues, las hipótesis deben ser sujetas a verificación o comprobación mediante las diligencias que se practican durante la investigación. La presente tesis culmina con algunas propuestas metodológicas sobre la construcción y formulación de la Teoría del Caso.



## **ABSTRACT**

The research described in this thesis covers an aspect that I consider relevant in the field of Criminal Law and Criminal Procedure. She is related to substantiate the importance of evidence and its relation to the construction of Case Theory. As is known, on the evidence does not exist only different meanings (test objective sense and subjective sense), but also, there are several notions (middle object, source, element, etc.) that are part of the evidentiary material and that are called test.

Also the extension of the dynamic load test in an adversarial trial process requires that the Attorney comprehensively fulfill their procedural role. In that direction, it should rigorously determine the personal, factual and legal imputation and prosecution. Moreover, judges should fulfill his role as protectors of fundamental rights at stake in criminal proceedings. Similarly, judges should require strict compliance with the rules of evidence discovery so that it meets the prosecution in the complex act of accusation.

The trial is a public space where a legal relationship is established and allows parties to proceedings for a judge to administer justice are met. For it is the prosecutor who accused and counsel defending. Every part on the process supporting your Case Theory. In that sense, Case Theory is the thesis or proposal for settlement the parties give the facts are disputed. The



Case Theory is the approach the prosecution or defense made on criminally relevant facts, evidence that support and legal grounds that support it. It comes in the opening statement as a story that reconstructs the events with persuasive purposes to the judge.

In clearer terms, the theory of the case is the result of the conjunction of the factual, legal and evidentiary hypothesis that handle the Prosecutor and the defense regarding a specific case. It's beginning to build from the first time they have knowledge of the facts from a methodological procedure. In that sense, Case Theory, rejects improvisation, logic and factual inconsistency, therefore, hypotheses must be subject to verification or monitoring by means of measures practiced during the investigation. This thesis ends with some methodological proposals for the construction and development of Case Theory.



## **INTRODUCCIÓN**

La exposición de la tesis contiene una temática relacionada al Derecho Procesal peruano. En ella se desarrolla la importancia de la prueba penal en la formulación del la Teoría del Caso en la investigación criminal. Consideramos que el tema es importante por las grandes deficiencias que encontramos en su construcción y cuyos hechos repercuten en las reiteradas observaciones que se hacen a la administración de justicia en el Perú.

Como se sabe, el objeto de prueba son todos los hechos principales o secundarios que interesan al juzgador y exigen una comprobación. Es decir, que objeto de prueba no puede ser en todo caso, más que un hecho. Es por ello que, dentro de lo que es susceptible de ser probado, no todo lo que en general puede ser objeto de prueba es relevante desde el punto de vista del Derecho penal o del Derecho procesal penal. Cuando nos referimos expresamente al objeto de la prueba dentro del proceso penal, necesariamente debemos entender que aludimos al hecho concreto previsto en la norma jurídica como conducta típica.



En atención a lo expuesto, podemos sostener que el objeto de la prueba constituye toda conducta que tiende a lograr el esclarecimiento del contenido propio de la imputación, en atención a cada una de las pruebas que hayan sido incorporados al proceso, sin afectar el derecho de las partes. Asimismo, en formarse la convicción para traducirla en decisión fundada en derecho acerca de la existencia o no del hecho punible y de la participación del presunto agresor.

Con respecto a la institución del debido proceso que es una de las garantías imprescindibles que debe concurrir en toda clase de procedimiento, específicamente, dentro del proceso penal, por cuanto tienen como especial y sagrada misión, velar por el fiel cumplimiento de las normas procesales y de procedimiento, a fin de que no se vulneren los derechos fundamentales consignados en nuestra Carta Fundamental. Así, cuando la Constitución afirma que la persona es el "fin supremo de la sociedad y del Estado" significa que la actividad penal, en especial la actividad probatoria esta inexorablemente inmersa en el ámbito normativo de esta supremo principio constitucional.

De otro lado, en el campo probatorio, no existe ningún deber de probar, pero el no probar significa en la mayoría de los casos la derrota, o *provare o socombere*. Esta es la característica de quien tiene que probar una afirmación o bien una imputación, por ello, se dice que probar una afirmación o bien una imputación, por ende se afirma que la teoría de la carga de la prueba es más bien la teoría de las consecuencias de falta de la prueba. El procedimiento penal establece que el Ministerio Público es a quien



corresponde la carga de la prueba. No obstante, en la práctica, siendo el imputado el principal interesado en promover y activar todas las pruebas que puedan desvirtuar la imputación que se le formula, resulta en algunos casos, el principal protagonista de esta actividad.

Lo cierto es que así se afirme que la carga de la prueba pesa siempre sobre los acusadores y que, en ningún caso, le corresponde al acusado probar su inocencia o su falta de responsabilidad en los hechos; en la práctica es el propio imputado o acusado quien muchas veces, muestra un justificado y explicable interés por probar su inocencia, recurriendo a la búsqueda de los medios de prueba necesarios para que el juez luego de meritarlos y evaluarlos y, en el momento de dictar su fallo, lo declare inocente de los cargos que se le formulan.

La actividad probatoria se constituye en el núcleo central del procedimiento, para la realización de una correcta administración de justicia. A ello contribuirían todos los sujetos procesales, en las fases de producción, recepción y valoración de los elementos de prueba. Esta actividad está conformada por el conjunto de manifestaciones de voluntad, de conocimiento o de razonamiento, desarrolladas por los sujetos procesales, regulados por la ley, y que tienden a producir un estado de certeza o la admisión de una objetiva probabilidad respecto del hecho que se pretende probar, así como sus consecuencias. Se sostiene también que esta actividad está constituida por los actos de todos los sujetos procesales dirigidos a la postulación, admisión y valoración de los elementos de prueba.



Como puede colegirse, dentro del marco de la actividad probatoria, si bien, procesalmente le asiste al Ministerio Público no solo el derecho, sino la obligación de ofrecer las pruebas, no deja de ser cierto que a los demás sujetos procesales también les asiste el derecho de producir u ofrecer medios de prueba; específicamente al imputado quien, reiteramos, constituye la figura central del proceso penal y como tal, la ley le confiere esa facultad, así como otras prerrogativas para defenderse exitosamente de los cargos que se imputan. El Ministerio Público tiene el deber de sacar a relucir las pruebas pertinentes que avalen la imputación que se formula contra el implicado en el proceso.

Desde el otro ámbito del desarrollo de la tesis, se analiza la relación que la prueba penal tiene con la construcción y formulación con la Teoría del Caso. La Teoría del Caso 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 lo apoyan. Se presenta en el alegato inicial como una historia que reconstruye los hechos con propósitos persuasivos hacia el juzgador. Esta historia persuasiva contiene escenarios, personajes y sentimientos que acompañan toda conducta humana. Es la teoría que cada una de las partes en el proceso penal plantea sobre la forma en que ocurrieron los hechos, la responsabilidad o no del acusado, según las pruebas que presentarán durante el juicio.

En otros términos, diremos que Teoría del Caso es el resultado de la conjunción de las hipótesis fáctica, jurídica y probatoria que manejan el fiscal y el defensor respecto de un caso concreto. O sea, es el conjunto de hechos



que él ha reconstruido mediante la prueba, y ha subsumido dentro de las normas penales aplicables de un modo que pueda ser probado; este conjunto es el que defenderá ante el juez.

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

La Teoría del Caso no se comienza a desarrollar en el momento de la audiencia, sino desde la misma investigación. Con la *notitia criminis* y las primeras entrevistas. Tanto el defensor como el acusador están en posición de iniciar lo que será el borrador de su teoría del caso. Las pruebas que vayan acopiando irán perfilando esa idea, hasta hacerla tomar cuerpo de hipótesis. No hay duda de que en la Teoría del Caso el abogado deberá ir añadiendo y desechando elementos. Para cuando llegue al juicio, el litigante deberá haber acopiado todos los elementos probatorios que demostrarán su hipótesis fáctica y jurídica, los cuales serán muy importantes en la preparación del caso.

En ese proceso, no todos los elementos de la historia son útiles, y algunos que parecen no serlo cobrarán importancia después. La construcción de la Teoría del Caso es un continuo ir y venir por los hechos,



hasta armar el rompecabezas de una historia donde no todos los testigos están, ni todas las evidencias se encuentran, o bien hasta ir armando una historia donde es evidente que los hechos no se dieron de cierto modo y por esa razón la prueba de la contraparte es inconsistente. Ahí adquiere fortaleza la hipótesis que el abogado ha forjado para su caso.

Una buena Teoría del Caso será entonces, aquella que contiene una hipótesis sencilla sobre los hechos y una clara adecuación típica de los mismos, sin que se entre en sofisticados razonamientos fácticos o dogmáticos, que sea creíble porque su posibilidad de acaecimiento es notoria y su formulación es lógica, y que logre explicar congruentemente la mayor cantidad de hechos que sustenten la propia pretensión, e incluso aquellos que fundamentan la teoría del caso de la contraparte y que han podido salir a luz en el transcurso del juicio. Para mejor comprender la presente tesis, en la parte final presentamos un procedimiento metodológico que se debe tener en cuenta en la construcción de la teoría del Caso.

Finalmente, debemos explicar que la tesis se halla dividida en tres capítulos bien definidos cuyos contenidos son:

CAPÍTULO I: En este primer capítulo se expone el procedimiento metodológico que se siguió para el desarrollo de la tesis.

CAPÍTULO II: En esta parte se analiza el contenido y significado de la prueba penal y su valor probatorio relacionado con la formulación de la Teoría del Caso.



CAPÍTULO III: Contiene el análisis de la importancia de la Teoría del Caso en el proceso de su construcción y formulación, asimismo, proponemos un procedimiento metodológico acerca de la Teoría del Caso.

### ***La autora***

## **CAPÍTULO I**

# **DESARROLLO METODOLÓGICO DE LA INVESTIGACIÓN**

### **1. EL ENUNCIADO DEL PROBLEMA**

El nuevo Código Procesal Penal de 2004 (en adelante NCPP) no constituye simplemente un cambio de Código, sino un cambio de mentalidad por tener una naturaleza totalmente distinta al Código de Procedimientos Penales de 1940. Este Código Procesal Penal introduce al proceso penal una reforma desde todas las perspectivas al haberse inspirado en el respeto de derechos fundamentales reconocidos constitucionalmente. Estamos transitado de un proceso marcadamente inquisitivo, básicamente escrito, reservado y secreto, a otro acusatorio, adversarial, oral, contradictorio y público. La oralización del proceso, rasgo fundamental introducido por el nuevo modelo procesal penal, implica que las partes realizan sus alegaciones, peticiones y requerimientos de manera verbal.



La oralidad es un principio que inspira el proceso penal y debe ser observado tanto por el legislador, al elaborar las leyes, como por los órganos encargados de interpretarlas y aplicarlas<sup>1</sup>. De este principio deriva el derecho fundamental de toda persona a ser oído públicamente y con las debidas garantías por un tribunal, independiente e imparcial. En este caso, cada una de las partes debe sustentar sus pretensiones y punto de vista acerca del problema en cuestión verbalmente ante el juez, una frente a la otra<sup>2</sup>. Desde nuestra perspectiva, la oralidad no es solamente un instrumento útil para lograr la materialización de determinados principios, sino que constituye un principio fundamental que rige el ordenamiento procesal penal. Esta fase del proceso está íntimamente relacionada con el rol que desempeña la teoría del caso preparado por las partes.

En juicio oral es un espacio público mediante el cual una o más personas establecen una relación jurídica a partir de un conflicto para que un juez administre justicia. Para ello está el fiscal que acusa y un defensor abogado que defiende o afirma lo contrario. Cada parte aparece en el escenario y en el proceso planteado y haciendo defensa de su Teoría del Caso.

En este quehacer jurídico procesal, la Teoría del Caso se constituye en la tesis o la propuesta de solución que las partes dan a los hechos que son objeto de controversia. Lo que se busca es que, el juez crea la versión que

---

<sup>1</sup> Acerca de la definición de principio véase a Pablo SANCHEZ VELARDE en *Manual de Derecho Procesal Penal*. Bs. As., 2009. p. 100.

<sup>2</sup> Según BINDER, la oralidad, es un instrumento, un mecanismo previsto para garantizar ciertos principios básicos del juicio oral, tales como la inmediación, publicidad y contradicción. En este caso, la oralidad es un instrumento, un mecanismo; mientras que la inmediación o publicidad son principios. En: *Introducción al Derecho Procesal Penal*. Bs. As., Ad Hoc, 2009, p. 100.



de los hechos que ofrece cada sujeto procesal. La Teoría del Caso supone que cada parte toma una posición frente a los hechos, frente a la evaluación de las pruebas y la calificación jurídica de la conducta en cuestión.

La Teoría del Caso es, pues, el planteamiento que la acusación o la defensa hace sobre los hechos penalmente relevantes, las pruebas que los sustentan y los fundamentos jurídicos que lo apoyan. Se presenta en el alegato inicial como una historia que reconstruye los hechos propósitos persuasivos hacia el juzgador. Esta historia persuasiva contiene escenarios. Personajes y sentimientos que acompañan toda conducta humana. Es la teoría que cada una de las partes en el proceso penal plantea sobre la forma en que ocurrieron los hechos, la responsabilidad o no del acusado, según las pruebas que presentarán durante el juicio. Es el guión de lo que se demostrara en el juicio a través de las pruebas.

La Teoría del Caso se empieza a construir desde el primer momento en que se tiene conocimiento de los hechos. Una vez que se tenga la información suficiente servirá a cada una de las partes para definir cuál será la teoría del caso para exponer y argumentar. Se plantea inicialmente como hipótesis de lo que pudo haber ocurrido. Estas hipótesis deben ser sujetas a verificación o comprobación mediante las diligencias que se practicarán durante la investigación. Las hipótesis de investigación se convierten en teoría al finalizar la misma. Se modifica y se ajusta hasta que empiece el juicio.

La Teoría del Caso no se comienza a desarrollar en el momento de la audiencia, sino desde la misma investigación. Con la *notitia criminis* y las



primeras entrevistas. En este caso, tanto el defensor como el acusador están en posición de iniciar lo que será el borrador de su teoría del caso. Las pruebas que vayan acopiando irán perfilando esa idea, hasta hacerla tomar cuerpo de hipótesis. No hay duda de que en la Teoría del Caso, el abogado deberá ir añadiendo y desechando elementos. Para cuando llegue al juicio, el litigante deberá haber acopiado todos los elementos probatorios que demostrarán su hipótesis fáctica y jurídica, los cuales serán muy importantes en la preparación del caso.

Por lo brevemente expuesto, la investigación se remitirá a plantear un esquema y desarrollar conceptualmente la Teoría del Caso, su importancia en el dominio del mismo por las partes en el juicio oral, la relevancia de su correcta construcción y argumentación, así como la valoración de la prueba penal. La falta de dominio de la Teoría del Caso, tanto de los fiscales como de los abogados defensores de los imputados, hace que los procesos penales carezcan de calidad y conlleve a sanciones incorrectas o se promueva la impunidad a delitos que debieran ser sancionados con todo el rigor de la ley. Esto mismo sucede con los propios magistrados. Por ende, al subsistir un problema, nuestro reto es coadyuvar a su solución.

## **2. INTERROGANTES DEL PROBLEMA**

En la investigación que nos proponemos desarrollar nos respondemos a las siguientes interrogantes:

### ***Primera interrogante:***

¿Cuáles es la importancia de la prueba en la elaboración de la Teoría del Caso en la investigación criminal con el nuevo Código Procesal Penal?

**Segunda interrogante:**

¿Cuáles son los fundamentos jurídicos que caracterizan la Teoría del Caso en el nuevo modelo procesal peruano?

**Tercera interrogante:**

¿Cuáles son las técnicas a tenerse en cuenta en la formulación de la Teoría del Caso en el nuevo modelo procesal penal?

**3. IMPORTANCIA DE LA INVESTIGACIÓN**

La Teoría del Caso se ha convertido en la brújula del tanto del fiscal, abogado y litigante, algo así como un mapa sobre el que se ha diseñado el transcurso del proceso en el nuevo modelo procesal penal. Es el planteamiento que el Fiscal y lo que el abogado defensor hace sobre los hechos penalmente relevantes y los fundamentos jurídicos que lo apoyan las pruebas que los sustentan. Podemos sintetizar, manifestando que es una visión estratégica para afrontar un proceso penal que nos permite:

- a) Tomar las decisiones pertinentes dentro del proceso.
- b) Tener dominio de las armas con las que asume la defensa el abogado y las del fiscal.
- c) Advertir nuestras debilidades y las de la otra parte.

Para construir un discurso excelente y eficaz, que cumpla el fin de convencer a los jueces, es necesario agotar un conjunto sistemático de pasos. Estos pasos que tienen hoy pleno vigor nos sirven de guía para ser aplicados en las diferentes intervenciones orales de un sistema penal



acusatorio. Para ello, en primer lugar, debemos recordar que el fin de las alegaciones orales es persuadir al juez, por eso para lograr ese propósito hay que ser claros. Y para lograr esa claridad es necesario examinar los pasos que se siguen al crear la intervención oral, pues éstos luego nos llevarán a la identificación de la estructura de los alegatos.

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

El objetivo u objetivos específicos versan sobre lo que de manera concreta se desea que el auditorio comprenda, haga o decida. En los discursos persuasivos cada una de las partes plantea una hipótesis de solución al problema debatido que permite perfilar al discurso. El proceso es una contenida entre hipótesis en competencia que el juez tiene la tarea de dirimir.

Por ejemplo, de la Fiscalía pretenderá que se declare responsable al acusado, por homicidio intencional; mientras que el defensor, que el juez se convenza de que el acusado actuó en defensa justa. Cada pretensión define



los contenidos del discurso, por esto, para que este sea eficaz es clave que en el proceso de creación se tenga claro cuál es la Teoría del Caso o la hipótesis central que vamos a defender, cuáles son los problemas jurídicos que el asunto plantea, pues esto nos permitirá buscar las pruebas y las razones que soporten nuestra Teoría, organizar el discurso y luego pronunciarlo con fundamentos sólidos.

En el mundo académico casi nunca se dio importancia a esta parte del proceso penal. Por todo ello, consideramos de suma importancia el análisis constructivo en el dominio en la formulación y construcción de la Teoría del Caso. De esta manera consideramos que con la presente tesis hacemos un aporte a la aplicación eficaz y eficiente del nuevo modelo procesal penal.

#### **4. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN**

##### **4.1. OBJETIVO GENERAL**

Acreditar la importancia de la prueba en la formulación la Teoría del Caso en la investigación criminal con el nuevo modelo procesal penal peruano.

##### **4.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS**

- a) Exponer los fundamentos jurídicos que caracterizan la Teoría del Caso en el nuevo modelo procesal penal peruano.
- b) Explicar las técnicas y procedimiento metodológico a tenerse en cuenta en la construcción de la Teoría del Caso en el nuevo modelo procesal penal.

#### **5. FORMULACIÓN DE LA HIPÓTESIS**



La hipótesis que formulamos en el presente proyecto tiene el carácter de provisional.

### **5.1. HIPÓTESIS GENERAL**

En la aplicación del nuevo modelo procesal penal existen deficiencias en la valoración de la prueba y formulación técnica y metodológica en la construcción de la Teoría del Caso que se requiere superar.

### **5.2. PRIMERA HIPÓTESIS ESPECÍFICA**

Si se expusiera sistemáticamente los fundamentos jurídicos que caracterizan la Teoría del Caso en la aplicación del nuevo modelo procesal penal las investigaciones realizadas serían más eficaces en sus resultados.

### **5.3. SEGUNDA HIPÓTESIS ESPECÍFICA**

En la aplicación del nuevo modelo procesal penal existen limitaciones técnicas y metodológicas en la construcción de la Teoría del Caso con el nuevo modelo procesal penal en la provincia de San Román.

### **5.4. VARIABLES DE LA INVESTIGACIÓN**

Las principales variables correlacionales que sustentan el desarrollo de la presente investigación son:

- a) Teoría del Caso.
- b) Elementos constitutivos de la Teoría del Caso.
- c) Características de la Teoría del Caso.



- d) Técnicas para la construcción de la Teoría del Caso.
- e) Valoración de la prueba.
- f) Nuevo Modelo Procesal Penal.
- g) Ministerio Público.

## **6. PROCESO METODOLÓGICO**

### **6.1. ÁREA DE INVESTIGACIÓN**

El área de investigación corresponde al Derecho Procesal Penal respecto a la exposición de la importancia de la Teoría del Caso aplicados con el nuevo modelo procesal penal.

### **6.2. ÁMBITO DE INVESTIGACIÓN**

El ámbito teórico de la investigación abarca el contexto del proceso penal y los casos materia de análisis abarca la construcción de la Teoría del Caso.

### **6.3. TIEMPO DE LA INVESTIGACIÓN**

La investigación abarca los años 2012 y 2013.

### **6.4. TIPO DE INVESTIGACIÓN**

Por su naturaleza, la investigación corresponde al analítico –jurídico, descriptivo y propositivo.

### **6.5. DISEÑO DE INVESTIGACIÓN**

Por estar inmerso en el estudio de la doctrina jurídica, el diseño es de carácter teórico documental en el ámbito del Derecho Procesal Penal.

### **6.6. METODOLOGÍA APLICADA**



Se utilizó el método dogmático y la exégesis jurídica, así como el análisis y síntesis en el proceso de investigación

## **7. DEFINICIÓN DE CONCEPTOS**

### **A) PRUEBA**

Es la demostración de la existencia de un hecho material o de un acto jurídico en las formas admitidas por la ley. En un sentido más propiamente procesal, se dice del medio empleado para hacer la prueba, o sea el medio probatorio.

### **B) CARGA DE LA PRUEBA**

La carga de la prueba, en virtud de la cual se determina a qué parte le corresponde demostrar la existencia de un hecho y le permite al juez decidir en contra de quien la incumplió, es un concepto propio de otras ramas del Derecho procesal, como el privado o el administrativo, pero en principio ajeno al Derecho procesal penal dado que en este rigen la presunción de inocencia y el *indubio pro reo* y en razón de ello la carga de demostrar la responsabilidad del acusado le asiste, en todos los casos, al Estado a través de la Fiscalía y toda duda se resuelve a favor del acusado.

### **C) PRUEBA PENAL**

La prueba penal es la actividad probatoria dirigida a la finalidad de obtener la certeza judicial, según el criterio de la verdad real, acerca de la imputación u otra afirmación o negación interesante para una providencia del juez. Asimismo, en materia, en materia penal, es el grado de persuasión o convicción que esos medios producen en el ánimo del juez.

### **D) VALORACIÓN DE LA PRUEBA**



Esta actividad está conformada por el conjunto de manifestaciones de voluntad, de conocimiento o de razonamiento, desarrolladas por los sujetos procesales, regulados por la ley, y que tienden a producir un estado de certeza o la admisión de una objetiva probabilidad respecto del hecho que se pretende probar, así como sus consecuencias. También esta actividad está constituida por los actos de todos los sujetos procesales dirigidos a la postulación, admisión y valoración de los elementos de prueba. Asimismo, por una serie de actos procesales de complejidad variable que, metódica y sucesivamente, se concretan en el acopio de medios de prueba, así como en el subsiguiente debate de valoración de los mismos para conocer si el objeto del procedimiento es real, si la imputación es verdadera, falsa o equivocada, si el imputado reúne o no los requisitos de culpabilidad, y, finalmente, adquirir la certeza de haber esclarecido el caso.

### **E) TEORÍA DEL CASO**

La Teoría del Caso 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 lo apoyan. Se presenta en el alegato inicial como una historia que reconstruye los hechos con propósitos persuasivos hacia el juzgador. Es la teoría que cada una de las partes en el proceso penal plantea sobre la forma en que ocurrieron los hechos, la responsabilidad o no del acusado, según las pruebas que presentarán durante el juicio.



## **CAPÍTULO II**

### **LA PRUEBA Y ACTIVIDAD PROBATORIA**

#### **1. IMPORTANCIA Y CONCEPTO DE LA PRUEBA PENAL**

La prueba etimológicamente deriva del latín *probatio probationis*, que a su vez deriva del vocablo *probus*, que significa bueno. Luego, lo que resulta ser probado es bueno, se ajusta a la realidad, y probar consiste en verificar o demostrar la autenticidad de una cosa<sup>3</sup>. En ese sentido diversos juristas, tales como Eugenio Florián, sostienen que la prueba es todo aquello que en el proceso puede conducir a la determinación de los elementos necesarios del juicio<sup>4</sup>.

---

<sup>3</sup> NEYRA FLORES, José. *Manual del nuevo proceso penal & de litigación oral*. Lima, Idemsa, 2010, p. 543.

<sup>4</sup> FLORIAN, Eugenio. *De las pruebas penales*. Tomo II. Bogotá, Temis, 1998, p. 71.



Según Luján Túpez, “la prueba es el elemento que permite determinar con certeza una conclusión sobre los hechos ocurridos, en los cuales no estuvo presente. El medio de prueba es el soporte físico o virtual que contiene la prueba, el medio de prueba puede ser viciado (cláusula de exclusión), pero no invalida la prueba (excepciones a la cláusula de exclusión). Los elementos de convicción son los medios que permiten al juzgador alcanzar la confianza de la probabilidad de un ilícito o de la falsa justificación de una defensa, no necesariamente prueba el delito, sino que aproxima a la posibilidad objetiva de su ocurrencia”<sup>5</sup>.

Con esta definición, iniciamos este ítem refiriendo que, como se ha expuesto, la prueba penal, como derecho constitucionalmente protegido, funciona dentro del proceso y, por consiguiente, tiene una orientación eminentemente procesal. Su realización debe hacerse conforme a las normas que rigen en el proceso penal, con total respeto de los principios procesales y de procedimiento, que resultan integrantes del manto que cubre el debido proceso, garantía fundamental inherente a todo proceso penal. Al respecto dice Devis Echandia cuando afirma que toda norma jurídica es, por esencia, violable, ya que regula conductas humanas y parte de la base de que estas pueden tener otra manifestación, por lo que se hace indispensable exigir la contemplada en ella<sup>6</sup>.

Es así como condenar a alguien sin prueba que determine su real participación puede convertirse en un hecho delictivo y significar una irreparable violación de los más elementales derechos, frente a lo cual el

---

<sup>5</sup> LUJÁN TÚPEZ, Manuel. *Diccionario penal y procesal penal*. Lima, Gaceta Jurídica, 2013, p.480.

<sup>6</sup> DEVIS ECHANDIA, Hernando. *Teoría General de la Prueba Judicial*. 5ª ed., T.I, p.13. ABC, Bogotá 1989, p. 135.



Estado no podría ejercer su función jurisdiccional garantizadora de la armonía y el equilibrio social y, secundariamente, en condiciones de restablecer el derecho conculcado. Por lo que el arte del proceso no es esencialmente otra cosa que el arte de administrar las pruebas. También es la zona, no solo de mayor interés, sino también la más neurálgica del proceso.

En ese entender, la prueba impregna de carácter al proceso. Un proceso es más o menos liberal, más o menos autoritario, fundamentalmente en razón de la libertad o del autoritarismo que dominan la materia de la prueba<sup>7</sup>. También se define como la actividad procesal del juzgador y de las partes dirigidas a la formación de la de la convicción psicológica del juzgador sobre los datos -fundamentalmente- de hecho aportados<sup>8</sup>. Incluso se sostiene que la prueba penal es el conjunto de las normas jurídicas que regulan el proceso de fijación de los hechos controvertidos y, consecuentemente, se constituye en la institución jurídica de la prueba.

Estas normas establecen una primera y más amplia obligación del juez, de contenido negativo, obligación de no consignar en la sentencia hechos discutidos que no hayan sido fijados mediante alguno de los procesos establecidos por la ley<sup>9</sup>. El estudio de la prueba ha ofrecido desde siempre el inconveniente de la falta de consenso a la hora de establecer un concepto uniforme. Sobre la prueba no solo existen diferentes acepciones (prueba en sentido objetivo y prueba en sentido subjetivo), sino que, además

<sup>7</sup> SENTIS MELENDO, Santiago. *El Proceso Civil*. T.I, p. 182, Ejea, Buenos Aires 1957, p. 98.

<sup>8</sup> MONTERO AROCA, Juan; ORTELLS RAMOS, Manuel; GOMEZ COLOMER, Juan Luís y MONTON REDONDO, Alberto. *Derecho Jurisdiccional*. T. III, p 136, Bosch, Barcelona, 1991.

<sup>9</sup> CARNELUTTI, Francesco. *La prueba civil*. Depalma, Buenos Aires, 1979, pp. 44-45



existen diversas nociones (objeto medio, fuente, elemento, etc.) que forman parte de la materia probatoria y que reciben el nombre de prueba<sup>10</sup>. Insistimos en que la prueba debe contar con el ingrediente legal para que pueda tener aceptación como argumento para demostrar una afirmación o una negación, según sea la imputación que se vierta contra el implicado.

La noción de prueba trasciende el campo del Derecho, pues, se vincula con todos los sectores y especialidades del Derecho, extendiéndose a todas las ciencias que integran el saber humano, e inclusive, a la vida práctica cotidiana<sup>11</sup>. Es por ello que, el historiador, el sociólogo, el arqueólogo, el paleontólogo, el antropólogo, el zoólogo, el botánico, el químico, el físico, el militar, el estadista, el político, el ingeniero, el arquitecto, el biólogo, el psicólogo, el siquiatra, el médico, el fisiólogo, el agricultor o ganadero y el investigador en cualquier campo y hasta el artista, imprescindiblemente, deben probar los hechos, los resultados, los efectos, y las causas de estos, reconstruyendo el pasado, analizando el presente, deduciendo el futuro<sup>12</sup>.

La crítica histórica, la metodología de la historia, la teoría de la prueba judicial la crítica del testimonio, la prueba indiciaria, los métodos comparativos o de las series en arqueología, en lingüística, etc., todo está destinado a fundirse y a buscar su verdadera colocación y lugar respectivo, su científica significación y valor, en una teoría más amplia, rigurosamente lógica y exacta. La conceptualización de la prueba necesariamente se

---

<sup>10</sup> CUBAS VILLANUEVA, Víctor. *El proceso penal*. 6ª ed., Palestra editores, Lima, 2006.

<sup>11</sup> DEVIS ECHANDIA, Hernando. *Teoría General de la Prueba Judicial*. 5ª ed., T.I, p.9. ABC, Bogotá 1989. pp. 353-357

<sup>12</sup> DELLEPIANE, Antonio. *Nueva Teoría General de la Prueba*. Temis, Bogotá, 1961, p. 22.



enmarca dentro de la posición que se asuma con respecto al conocimiento de la realidad. Si se piensa que la realidad no se conoce, sino solamente las ideas, entonces el concepto de prueba tendrá un carácter subjetivo<sup>13</sup>, inclusive se dice que pruebas son las ideas que intervienen y sirven para mostrar la concordancia con otras, es decir, que solo las ideas prueban las ideas, lo que desvincula el conocimiento de la realidad. También, se sostiene que el concepto de prueba se reencuentra fuera del Derecho y es instrumento indispensable para cualquiera que haga, no derecho sino historia<sup>14</sup>.

El más notorio obstáculo cuando se estudia el tema de la prueba judicial, se origina en la gran variedad de definiciones que se da a la palabra o al vocablo *prueba* en el Derecho procesal. Se la usa, desde luego, en el sentido de medio de prueba, o sea, como refiere Dellepiane, "para designar los distintos elementos de juicio, producidos por las partes o recogidos por el juez, a fin de establecer la existencia de ciertos hechos en el proceso"<sup>15</sup>. Es a través de la prueba que se puede llegar a conocer la verdad, vale decir, que es una forma de demostrar una hipótesis, una afirmación, sobre la existencia de un hecho o de una cosa. Ese procedimiento que reúne sentido lógico y uso común y general se manifiesta en la prueba<sup>16</sup>. Al respecto, el connotado jurista italiano Vincenzo Manzini, citado por Rocha Degreef, señala que, la prueba penal es la actividad probatoria mediatamente dirigida a la finalidad de obtener la certeza judicial, según el criterio de la verdad real, acerca de la

---

<sup>13</sup> CHOCANO NUÑEZ, Percy. *Teoría de las Pruebas*. p.35

<sup>14</sup> CARNELUTTI, Francisco. *La prueba civil*. Arayú, Buenos Aires, 1955, p.4.

<sup>15</sup> DELLEPIANE, Antonio. *Nueva Teoría General de la Prueba*. Temis, Bogotá, 1961, P. 7.

<sup>16</sup> SÁNCHEZ VELARDE, Pablo. *El nuevo proceso penal*. Idemsa, Lima, 2009, p. 224.



imputación u otra afirmación o negación interesante para una providencia del juez. Asimismo, apunta que prueba, en materia, en materia penal, es el grado de persuasión o convicción que esos medios producen en el ánimo del juez.

## **2. OBJETO DE PRUEBA Y EL DEBIDO PROCESO EN LO PENAL**

El objeto de prueba son todos los hechos principales o secundarios que interesan a una providencia del juez y exigen una comprobación. Es decir, que objeto de prueba no puede ser en todo caso, más que un hecho. Es por ello que, dentro de lo que es susceptible de ser probado, no todo lo que en general puede ser objeto de prueba es relevante desde el punto de vista del Derecho penal o del Derecho procesal penal. Cuando nos referimos expresamente al objeto de la prueba dentro del proceso penal, necesariamente debemos entender que aludimos al hecho concreto previsto en la norma jurídica como conducta típica; y por ende, tiene relevancia para que el juez pueda valorar su contenido en el momento de aplicar el *tema decidendum* que corresponde, sea condenando o absolviendo al implicado.

En atención a lo expuesto, podemos sostener que el objeto de la prueba constituye toda conducta que provoque o tienda a lograr el esclarecimiento del contenido propio de la imputación, en atención a cada una de las pruebas que hayan sido incorporados al proceso, sin afectar el derecho de las partes. Asimismo, en formarse la convicción para traducirla en decisión fundada en derecho acerca de la existencia o no del hecho punible y de la participación del presunto agresor.



Con respecto a la institución del debido proceso que es una de las garantías imprescindibles que debe concurrir en toda clase de procedimiento, específicamente, dentro del proceso penal, por cuanto tienen como especial y sagrada misión, velar por el fiel cumplimiento de las normas procesales y de procedimiento, a fin de que no se vulneren los derechos fundamentales consignados en nuestra Carta Fundamental. En cierta forma, es la rectora de las demás garantías que rigen todo proceso. Así cuando la Constitución afirma que la persona es el "fin supremo de la sociedad y del Estado" significa que la actividad penal, en especial la actividad probatoria está inexorablemente inmersa en el ámbito normativo de este supremo principio constitucional<sup>17</sup>. Los denominados principios jurídicos entre los que se halla el debido proceso, tienen función directriz en el desarrollo del Derecho positivo. En tal virtud, deben tenerse presente las importantes funciones que tienen los principios jurídicos o discernir cuidadosamente los de extensión general de los que integran el ámbito de aplicación particular; pues, son conceptos fundamentales de mayor grado de abstracción que permiten reflejar la esencia de aquello que es objeto del conocimiento jurídico y por eso, coadyuvan a comprender mejor la finalidad de la aplicación del Derecho<sup>18</sup>.

Cada uno de los principios procesales son inherentes a las diferentes clases de garantías que deben concurrir al interior del proceso penal, como es el derecho de defensa, derecho al juez natural, principio de inocencia, *in dubio pro reo*, pluralidad de instancia, *non bis in idem* (no dos veces por lo

<sup>17</sup> MIXÁN MASS, Florencio, cit., p.232.

<sup>18</sup> MIXÁN MASS, Florencio. *La prueba en el Procedimiento Penal*. p. 61.

mismo), etc. Los principios probatorios, como los principios de todo el proceso, tienen como características la bipolaridad y la imbricación. Por la bipolaridad, un principio siempre tiene su principio opuesto de modo tal que no puede entenderse uno sin contraponerse al otro, por ejemplo, el principio de presunción de inocencia tiene su contraparte en el principio de presunción de culpabilidad, al que la ley concede singular valor para su probanza.

### **3. LA CARGA DE LA PRUEBA**

Esta entidad es el fundamento común del proceso civil y del penal. En primer lugar, la prohibición del *non liquet* o absolución de la instancia, esto es, que el juzgador debe resolver el fondo del asunto o controversia sometida a su conocimiento; y, en segundo lugar que actúa como regla del juicio dirigida al juez que determina el contenido de fondo de la sentencia en los supuestos de ausencia o insuficiencia de prueba<sup>19</sup>. En el campo probatorio, no existe ningún deber de probar, pero él no probar significa en la mayoría de los casos la derrota, o *provare o socombere*. Esta es la característica de quien tiene que probar una afirmación o bien una imputación, por ello se dice que la teoría de la carga de la prueba es más bien la teoría de las consecuencias de falta de la prueba.

El procedimiento penal establece que el Ministerio Público es a quien corresponde la carga de la prueba. No obstante, en la práctica, siendo el imputado el principal interesado en promover y activar todas las pruebas que puedan desvirtuar la imputación que se le formula, resulta en algunos casos,

---

<sup>19</sup> GARCIA VALENCIA, Jesús Ignacio. *Las pruebas en el proceso penal*. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, 1996.



el principal protagonista de esta actividad. La carga de la prueba en sentido objetivo o material, que va destinada al juez y no a las partes, le señala el camino como debe actuar en los supuestos en que no haya obtenido la convicción acerca de los hechos relevantes del proceso. En el proceso penal por razones de justicia y equidad, esta regla se concreta en que quien afirma la culpabilidad de una persona -el fiscal- debe probarla, en cuyo caso, en los supuestos de ausencia de prueba de la culpabilidad, deberá absolverse al acusado.

Finalmente, debemos tener presente que, como se ha informado, si bien la carga de la prueba le asiste al Ministerio Público, ello no impide que el propio imputado – como generalmente ocurre-, sea la figura central y principal, preocupado porque se esclarezcan los hechos, especialmente, cuando alega su inocencia. A este respecto, merece atención una importante Ejecutoria expedida por la Corte Suprema en la que se resolvió absolver a un procesado por no haberse probado su responsabilidad, y precisando que a este, es decir, al imputado, no le corresponde probar su inocencia. Refiere, entre otros fundamentos, que *“pese a que se señala que la falta de prueba de cargo no ha sido superada, se funda el fallo condenatorio en que los hechos no han sido debidamente esclarecidos por el acusado, invirtiéndose la carga de la prueba y atentándose de esta manera contra la seguridad jurídica que debe primar en todo proceso judicial”*<sup>20</sup>. Naturalmente, una resolución contraía a lo resulto además de lastimar el derecho del

---

<sup>20</sup> Ejecutoria Suprema: mayo 5 de 1997. Exp. N° 3438-95m- Cusco (ROJAS VARGAS, Fidel. *Delitos contra la administración pública*. 3ªed., p 636, Grijley, Lima, 2002.



imputado, estaría desafiando normas y principios elementales que deben tenerse presente al interior del proceso, en este caso, el debido proceso.

Lo cierto es que así se afirme que la carga de la prueba pesa siempre sobre los acusadores y que, en ningún caso, le corresponde al acusado probar su inocencia o su falta de responsabilidad en los hechos; en la práctica es el propio imputado o acusado quien muchas veces, muestra un justificado y explicable interés por probar su inocencia, recurriendo a la búsqueda de los medios de prueba necesarios para que el juez luego de meritarlos y evaluarlos y, en el momento de dictar su fallo, lo declare inocente de los cargos que se le formulan.

Consideramos que dentro del proceso penal, la carga de la prueba aparte de asistirle como deber al Ministerio Público conforme al Decreto Legislativo N° 052, también corresponde al órgano jurisdiccional que tiene la facultad para actuar, de oficio, las pruebas que a su criterio, considere pertinentes sin que ello implique violación de derechos fundamentales de alguna de las partes involucradas en el proceso. Inclusive no les está prohibido a las partes de la relación procesal, especialmente imputada y agraviada, así como al Procurador Público ofrecer los medios de prueba idóneos y pertinentes a la naturaleza de la materia controvertida que afecta derechos de su representado que es el Estado. Por consiguiente, no debemos confundir entre carga de ofrecer medios probatorios, con la obligación de hacerlo, que es diferente, pues, mientras aquella le es facultativa a las partes, en esta se hace bajo la aplicación de ciertos apremios establecidos en cada norma procesal penal.



#### **4. LA ACTIVIDAD PROBATORIA**

La actividad probatoria se constituye en el núcleo central del procedimiento, para la realización de una correcta administración de justicia. A ello contribuirían todos los sujetos procesales, en las fases de producción, recepción y valoración de los elementos de prueba. Conforme al Decreto Legislativo un papel preponderante en esta denominada actividad probatoria, en tanto órgano público titular del ejercicio de la acción pública y encargado de la acusación, quien actúa informado por los principios de legalidad e imparcialidad, sin que para ello se limite por cierto, la decisiva intervención de las partes acusadas en orden a la defensa de sus derechos e intereses legítimos, quienes procurarán introducir todos aquellos elementos probatorios favorables a sus pretensiones.

Esta actividad está conformada por el conjunto de manifestaciones de voluntad, de conocimiento o de razonamiento, desarrolladas por los sujetos procesales, regulados por la ley, y que tienden a producir un estado de certeza o la admisión de una objetiva probabilidad respecto del hecho que se pretende probar, así como sus consecuencias. Se sostiene también que esta actividad está constituida por los actos de todos los sujetos procesales dirigidos a la postulación, admisión y valoración de los elementos de prueba. Asimismo, por una serie de actos procesales de complejidad variable que, metódica y sucesivamente, se concretan en el acopio de medios de prueba, así como en el subsiguiente debate de valoración de los mismos para conocer si el objeto del procedimiento es real, si la imputación es verdadera,



falsa o equivocada, si el imputado reúne o no los requisitos de culpabilidad, y, finalmente, adquirir la certeza de haber esclarecido el caso.

Como puede colegirse, dentro del marco de la actividad probatoria, si bien, procesalmente le asiste al Ministerio Público no solo el derecho, sino la obligación de ofrecer las pruebas, no deja de ser cierto que a los demás sujetos procesales también les asiste el derecho de producir u ofrecer medios de prueba; específicamente al imputado quien, reiteramos, constituye la figura central del proceso penal y como tal, la ley le confiere esa facultad, así como otras prerrogativas para defenderse exitosamente de los cargos que se imputan. El Ministerio Público tiene el deber de sacar a relucir las pruebas pertinentes que avalen la imputación que se formula contra el implicado en el proceso.

En ese sentido, el instituto de defensa de la prueba, íntimamente relacionado con la investigación de la prueba, consiste en el aseguramiento de todo aquello que constituye el material probatorio idóneo para probar un hecho. Consiste en las medidas encaminadas a impedir que las pruebas se alteren, desvirtúen o se pierdan, o que su práctica se haga imposible por otras causas. Su objeto es conservar las cosas y circunstancias de hecho que deber ser valoradas en el proceso. Acontecida una conducta delictiva, el Estado mediante los órganos pertinentes moviliza cada uno de sus estamentos a fin de poner en práctica la iniciación del *ius puniendo*. Esto significa que la prueba viene a constituir un especial instrumento no solo para hacer viable la aplicación de una medida coercitiva, sino para determinar finalmente la responsabilidad o no del imputado.



Por ello, surge la necesidad perentoria que reviste que la prueba sea asegurada y conservada rigurosamente a efecto de que no se pierda o sufra algún daño o se altere. Viene a la memoria el viejo adagio: tanto vale no tener un derecho, cuanto no poder probarlo. Actualmente se afirma que la prueba constituye la zona, no solo de mayor interés, sino también el tema más neurálgico del proceso. En tal virtud, una vez conocido los hechos y su prueba, es necesario tomar medidas para asegurar su conservación y su práctica respectivamente. Dichas medidas son de tres clases:

a) *Apoderamiento material preventivo de cosas e inclusive de personas*, en calidad de custodia o secuestro, para su conservación y presentación posterior al proceso;

b) *Recepción anticipada o prejudicial*, de la prueba en materia penal por el funcionario instructor o por autoridades distintas que tienen conocimiento del ilícito y mientras aquel se hace cargo del caso; y

c) *Coerción oficial para la práctica que puede ser física*, como en los allanamientos de inmuebles o incautación de objetos o mediante sanciones penales, jurídicas (presunción de ser cierto el hecho o de existir el documento, pérdida de un derecho procesal), o económicas, para la concurrencia de los testigos o de las partes a absolver interrogatorios y la presentación de los objetos o documentos cuya exhibición se ha decretado.

## **5. CLASIFICACIÓN DE LA PRUEBA PENAL**

Entre los especialistas no existe un criterio uniforme para determinar la clasificación de los medios de prueba. Desde la doctrina, los medios de prueba son materia de clasificación atendiendo a diferentes factores. En



cierta forma, toda clasificación ha sido formulada sobre la base de los elementos comunes y los elementos diferenciadores, requiriendo de un aspecto de unidad y de un aspecto de diversidad. Es decir exige de caracteres comunes para ser diferenciador por grupos. En otros términos, no existe clasificación en la que solo exista un objeto o haya muchos objetos, pero sin unirles nada en común. No obstante, se sostiene que para agrupar los diferentes medios de prueba conviene tener en cuenta el modo con arreglo al cual el juez aprehende el objeto de prueba, esto es, en virtud de percepciones propias o personales o en virtud de informes u opiniones suministrados por otros<sup>21</sup>.

Entre los objetos de prueba que llegan al juez se encuentran los siguientes:

1. Medios de prueba, los cuales sirven al juez para adquirir conocimiento del objeto de prueba en virtud de información ajena, que son tres: a) interrogatorio del acusado, que puede incluir la confesión; b) testimonio, incluida la preventiva de la víctima; y, c) pericia.

2. Medios de prueba los cuales sirven al juez para adquirir conocimiento del objeto de prueba merced a su propia y directa percepción, los cuales son cuatro: a) documentos e informes; b) reconocimiento de personas y de cosas; c) inspección: de personas, de cosas, y de lugares; y d) observación directa de los hechos: confrontación o careo y reconstrucción<sup>22</sup>.

---

<sup>21</sup> FLORIAN, Eugenio, De las pruebas penales, T. II, p. 5.

<sup>22</sup> SAN MARTIN CASTRO, César. Op. cit., p. 519.



En este sentido, se aprecia que los autores suelen adoptar diversos criterios para la clasificación de las pruebas judiciales, y, a menudo, se confunden las pruebas propiamente dichas, los sistemas para valorarlas y aportarlas al proceso con el procedimiento empleada para tales efectos y con otras actividades relacionadas con ellas. El criterio mas aceptable consiste en distinguirlas según su objeto, su norma, su estructura y o naturaleza, su función, su finalidad, su resultado, su origen, sus sujetos, su oportunidad<sup>23</sup>. Asimismo, según su objeto, se tienen pruebas directas e indirectas, pruebas principales o accesorias. No obstante, también se establece una clasificación por el objeto, por su finalidad y por su regulación.

En el primer aspecto, se refiere a la prueba principal y prueba accesoria a la prueba directa y prueba indirecta; en el segundo caso, a la prueba de cargo y a la prueba de descargo; y, en el tercer caso, a la prueba típica y a la prueba atípica<sup>24</sup>.

Resulta importante, como ya lo dejamos sentado anteriormente, remarcar que existen diversos criterios para la clasificación de las pruebas judiciales, y con frecuencia se confunden las pruebas propiamente dichas con los sistemas para valorarlas y aportarlas al proceso, o con el procedimiento señalado para su aplicación. Por lo que, en atención a esta premisa, puede hablarse de una clasificación principal y de otra secundaria o accesoria. Solamente tocaremos lo atinente a la clasificación principal, que a su vez contiene dos aspectos: 1) De acuerdo con la relación de identidad; y 2) De acuerdo con el hecho objeto de prueba.

---

<sup>23</sup> DEVIS ECHANDIA, Hernando. Op. cit., p. 519.

<sup>24</sup> ORE GUARDIA, Arsenio. Op., cit., pp. 435-436.



- 1) **De acuerdo con la relación de identidad**, es decir, de diversidad que existe entre prueba y el hecho probado. Entre el hecho que prueba y el objeto de la prueba o hecho que encuentra con tal prueba, cabe distinguir las pruebas directas e inmediatas y las indirectas o mediata. La prueba directa o inmediata se da cuando existe identidad o unificación entre el hecho probado con la percepción del operador jurisdiccional y el hecho objeto de la prueba. La prueba es indirecta o mediata, cuando el hecho objeto de la percepción es diferente del hecho que prueba, de tal forma que el titular del órgano jurisdiccional solamente percibe el segundo y de este induce indirecta o mediatamente, la existencia del primero.
- 2) **De acuerdo con el hecho objeto de prueba**, suele distinguirse la prueba directa o inmediata de la indirecta o mediata, cuando el hecho objeto de la prueba sea o no el mismo hecho que se quiere probar y constituye el tema de prueba, pero sin exigir que en el primer caso el hecho que prueba sea el mismo hecho percibido por el juzgador. Se contempla el modo o la manera como el objeto de la prueba sirve para demostrar el hecho que quiere probarse: si directa o indirectamente

## **6. LA CARGA DINÁMICA DE LA PRUEBA EN EL PROCESO PENAL**

Uno de los aspectos de aspectos más problemáticos del proceso penal de hoy, es el relacionado con la incorporación de la carga dinámica de la



prueba. En un contexto en el que se asume que la Fiscalía debe probar su Teoría del Caso y que la prueba de las eximentes o atenuantes de responsabilidad le incumbe a la defensa, empieza a tomar forma una regla de juego de acuerdo con la cual, ante el incumplimiento de esa carga probatoria de la defensa, los jueces deben dar por probada la acusación y condenar.

Desde luego un punto de llegada tan dramático como es, impone un esfuerzo orientado a la racionalización de la carga dinámica de la prueba pues se corre el riesgo, una vez más, de vaciar de contenido material a la presunción de inocencia en tanto principio medular del proceso penal inherente a un régimen humanista y democrático.

La carga de la prueba, en virtud de la cual se determina a que parte le corresponde demostrar la existencia de un hecho y le permite al juez decidir en contra de quien la incumplió, es un concepto propio de otras ramas del Derecho procesal, como el privado o el administrativo, pero en principio ajeno al Derecho procesal penal dado que en este rigen la presunción de inocencia y el *indubio pro reo* y en razón de ello la carga de demostrar la responsabilidad del acusado le asiste, en todos los casos, al Estado a través de la Fiscalía y toda duda se resuelve a favor del acusado<sup>25</sup>.

---

<sup>25</sup> “La carga de la prueba plantea la determinación de a quien le corresponde demostrar la existencia o inexistencia de los hechos dentro del proceso, con miras a establecer quién debe asumir el riesgo cuando dicha prueba falte. Entre las características más relevantes se encuentran las siguientes: - Es el legislador quien distribuye la carga de la prueba, por tanto ésta es imperativa para el juez, y los posibles intervinientes de un proceso la conocen de antemano.- Quien está interesado en que una norma se aplique en su favor debe probar los supuestos fácticos de dicha norma.- En el evento en que la parte obligada a probar un hecho no lo haga, o la contraparte no aporte prueba sobre el mismo (comunidad de la prueba), la carga de la prueba le permite al juez fallar en contra de quien incumplió, es decir, en contra de quien estaba interesado en que el hecho apareciera demostrado.- La carga de la prueba se refiere a quien está obligado a pedir la prueba, no a quien tiene la obligación de aportarla”.



En esas áreas del Derecho se elaboró la categoría de carga dinámica de la prueba de acuerdo con la cual la parte que se encuentre en posición privilegiada para probar un hecho que interesa al proceso, es la que debe allegar la prueba respectiva. Dadas las rígidas consecuencias de la carga de la prueba, el juez debe hacer un análisis dinámico del caso para radicarla en quien se encuentra en una condición más ventajosa para probar ese hecho. De esa forma, el principio de carga dinámica de la prueba implica un reconocimiento de la desigualdad en que se hallan las partes respecto del hecho a probar y constituye una compensación a favor de la parte a la que le es más difícil acreditarlos.

Ahora, si bien se admitía sin reticencias que la carga dinámica de la prueba era aplicable en el Derecho privado y en el Derecho administrativo, desde un comienzo se advirtieron dificultades en su aplicación al proceso penal dada, como se dijo, la vigencia del principio de presunción de inocencia y la radicación de la carga de la prueba de la responsabilidad del acusado en el Estado a través de la Fiscalía. Además, en el proceso penal difícilmente se puede afirmar que la acusación se encuentre en condición de desventaja frente al acusado, que aquella es la parte débil del proceso y que por ese motivo la carga de probar se inclina sobre éste.

De todas formas, de manera paulatina la doctrina admitió que el principio de carga dinámica de la prueba era aplicable al proceso penal acusatorio -no regido por el principio de investigación integral por parte del órgano de acusación- dado que una vez que la Fiscalía ha probado los

---

Peña Ayazo, Jairo Iván. Prueba Judicial. Análisis y valoración. Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura, Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, 2008.p.276 y 277.



hechos en que se basa la acusación, al procesado le asiste el interés de probar los supuestos fácticos que se opongan a ella y de no hacerlo se expone a una condena: *“por todo ello, y a pesar de la presunción de inocencia, no puede negarse la existencia de un interés del acusado (presupuesto básico para hablar de carga de la prueba formal) en acreditar los hechos que se opongan a la pretensión acusatoria. Por supuesto, dicho interés surge una vez que la acusación haya aportado pruebas de cargo, en cuyo caso su pasividad (si el tribunal considera probada la culpabilidad) será causa suficiente de una sentencia condenatoria. Téngase en cuenta que la sola existencia de una regla de juicio actúa como estímulo de la actividad de las partes, por cuanto asumen la responsabilidad que pueda derivarse de su pasividad. En el proceso penal, la regla de juicio determina que la duda, cualquiera que sea su signo y cualquiera que sea el hecho sobre el que recaiga, favorece al acusado, por lo que la acusación se ve compelida a demostrar la culpabilidad más allá de toda duda razonable. Sin embargo, el acusado también debe ser consciente de que su inactividad, cuando la acusación ha cumplido la carga de la prueba, puede llevarle a ser condenado, por lo que, ello también constituye un fuerte estímulo para él. Puede decirse, pues, que la iniciativa probatoria del acusado es contingente, supeditada en todo caso a la mayor o menor eficacia de la prueba practicada por la acusación. Es posible entonces formular la segunda regla de distribución de la carga de la prueba: una vez que la acusación ha aportado*



*pruebas de cargo, el acusado tiene la carga de practicar las pruebas relativas a los hechos que le sean favorable*<sup>26</sup>.

Luego, esta incorporación del principio de carga dinámica de la prueba al proceso penal fue admitida por la jurisprudencia: "Si existe, en cambio una constante y uniforme doctrina del TS, según la cual, aunque las circunstancias modificativas de la responsabilidad tienen que estar tan acreditadas como el hecho mismo, la presunción de inocencia no se proyecta sobre la concurrencia de circunstancias eximentes o atenuantes de tal modo que las partes acusadoras se vean obligadas a probar que no han concurrido en el caso, porque la prueba de la circunstancia eximente corresponde al acusado"<sup>27</sup>.

## **7. ELEMENTOS PARA LA RACIONALIZACIÓN DE LA CARGA DINÁMICA DE LA PRUEBA EN EL PROCESO PENAL**

Para empezar, la extensión de la carga dinámica de la prueba a un proceso penal acusatorio, dadas sus dramáticas consecuencias, exige que la Fiscalía cumpla de manera integral su rol procesal. Por ello, no es gratuito que en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos se haya indicado que la inversión de la carga de la prueba procede de forma excepcional pero no con base en meras presunciones sino con base en pruebas abundantes de la Fiscalía<sup>28</sup>. En esa dirección, por ejemplo, debe terminar rigurosamente los presupuestos personales, fácticos y jurídicos de la imputación y la

---

<sup>26</sup> Fernández López, Mercedes. Prueba y presunción de inocencia. Madrid: Iustel, 2005.p.356.

<sup>27</sup> Montañés Pardo, Miguel Ángel. *La presunción de la inocencia. Análisis doctrinal y jurisprudencial*. Pamplona: Aranzadi, 1999. p.83.

<sup>28</sup> CIDH. *Informe sobre la situación de los derechos humanos en Nicaragua*, 1981.



acusación pues a la defensa le resultará muy difícil cumplir un trabajo investigado serio a partir de imputaciones y acusaciones imprecisas o ambiguas.

Así mismo, la Fiscalía debe cumplir de manera rigurosa el deber integral de descubrimiento probatorio impuesto por la Constitución y debe hacerlo en el acto complejo de la acusación y solo excepcionalmente, cuando concorra una justificación evidente. Podrá hacerlo también en la audiencia preparatoria o en el juicio oral y a condición de que la defensa pueda, a su vez, descubrir las pruebas que le permitan controvertirlos; pues resultaría ilegítimo que contra el acusado se extracten consecuencias negativas derivadas del principio de carga dinámica de la prueba cuando la defensa conoció solo tardíamente algunos de los soportes probatorios de la acusación.

Por otra parte, los jueces deben cumplir cabalmente su rol de protectores de los derechos fundamentales en juego en el proceso penal. Así, por ejemplo, sin desconocer que la imputación y la acusación son típicos actos de parte desprovistos de control judicial material, si deben someterlos a un control formal exigente de tal manera que se le garantice a la defensa el conocimiento que requiere para adelantar la investigación orientada a desvirtuar los cargos formulados por la Fiscalía. En el mismo sentido, los jueces deben exigir el estricto respeto de las reglas de descubrimiento probatorio de tal manera que la Fiscalía lo cumpla en el acto complejo de la acusación; que en el evento de solicitar aquella un descubrimiento excepcional, se le reconozca a la defensa la oportunidad de



pronunciarse sobre su procedencia; que un descubrimiento tardío solo se permita cuando concurra una causa justa no imputable a la Fiscalía y que en caso de permitido, se le reconozca a la defensa el derecho de descubrir las pruebas que le permitan controvertir esa nueva evidencia. Si los jueces no proceden de esta manera, tampoco será legítimo que en contra del acusado se deriven las graves consecuencias inherentes a la carga dinámica de la prueba.

De otro lado, debe comprenderse que la incorporación de esta categoría al proceso penal solo puede ser legítima si se respeta escrupulosamente el principio de igualdad de armas: no sería legítimo que las consecuencias de la carga dinámica de la prueba se hicieran valer en contra de un acusado que no contó con los recursos necesarios para asumir el costo de una defensa tan proactiva como la requerida por el sistema acusatorio. Por ese motivo, dado que en la gran mayoría de los casos, los imputados carecen de los recursos necesarios para asumir el costo de una defensa que esté a la altura de las exigencias impuestas por el sistema acusatorio, es indispensable el fortalecimiento del sistema de Defensoría Pública de tal manera que, ésta cuente con los recursos necesarios para desplegar una capacidad investigativa que le permita, en igualdad de condiciones, confrontar la labor investigativa de la Fiscalía.

Por último, se debe tener en cuenta que, dada la específica naturaleza del proceso penal, el incumplimiento de la carga dinámica de la prueba por parte de la defensa no significa que necesariamente el proceso se decida en contra del acusado. Ello puede ocurrir, de una parte, porque



ese incumplimiento afecte la validez del proceso y, en consecuencia, haya lugar a su anulación. Y, por otra, porque, pese a ese incumplimiento, el juez no podrá dictar sentencia condenatoria si no concurren los exigentes presupuestos necesarios para ello.

En cuanto a lo primero, la jurisprudencia penal ha establecido que, en ciertos casos, la carga dinámica de la prueba opera como presupuesto de validez de la actuación procesal al punto que el derecho de defensa se viola y hay lugar a anular el proceso cuando, por ejemplo, por inactividad de la defensa no se practica examen psiquiátrico al procesado.

Desde luego, si la Fiscalía cuenta con un fundamento razonable para inferir un posible estado de inimputabilidad en el actor, tiene el deber de dirigir la investigación también hacia ese punto, pues, de la manera como se resuelva dependerá si promueve un juicio culpabilista o un juicio peligrosista de responsabilidad penal contra el actor. Pero si no cuenta con fundamento razonable para ello y es la defensa la que plantea esa posibilidad como estrategia defensiva, a ella le incumbe ofrecer la prueba indicativa de ese hecho. En este ámbito, de acuerdo con el precedente citado, si la defensa no lleva la prueba, se afecta la validez del proceso.

Y en cuanto a lo segundo, se impone precisar que del incumplimiento de la carga dinámica de la prueba por parte de la defensa, no puede derivarse, sin más, la viabilidad de una sentencia condenatoria. Y con razón: por más que la defensa sea deficiente en el diseño de la estrategia orientada a controvertir la teoría del caso de la Fiscalía y la prueba que la soporta, la condena solo será posible si esta ha cumplido rigurosamente con



el deber de demostrar más allá de toda duda razonable el delito y la responsabilidad penal del acusado.

En ese sentido, la incorporación de la carga dinámica de la prueba al proceso penal no debe implicar el vaciamiento de los contenidos materiales de la presunción de inocencia. Para que ello sea así, es necesario:

1. Que, la Fiscalía cumpla de manera integral su rol procesal de tal manera que determine rigurosamente los presupuestos personales, fácticos y jurídicos de la imputación y la acusación y cumpla integralmente el deber de descubrimiento probatorio.
2. Que, se cumpla el principio de igualdad de armas, para lo cual es imprescindible el fortalecimiento del sistema de Defensoría Pública, pues, solo así esta contará con los recursos necesarios para desplegar una capacidad investigativa que le permita, en igualdad de condiciones, confrontar la labor instructiva de la Fiscalía.
3. Que, los jueces cumplan su rol de protectores de los derechos fundamentales en juego en el proceso penal y que comprendan que el incumplimiento de la carga dinámica de la prueba por parte de la defensa no significa que necesariamente el caso se debe decidir en contra del acusado pues puede ocurrir que ese incumplimiento afecte la validez del proceso o que no concurren los exigentes presupuestos necesarios para imponer una condena.

## **8. LA ORALIDAD Y LA VALORACION DE LA PRUEBA**



La administración de justicia en el país, se ha dicho repetidas veces, se encuentra en entredicho y baja credibilidad, debido a los problemas crónicos que arrastra: lentitud, formalismo. Baja formación jurídica de los jueces, corrupción y complejidad. Para muchos la clave se percibe en la urgencia de cambios en el tradicional sistema escrito por un sistema oral. ¿Es ésta realmente la solución o es sólo un espejismo? La oralidad es una forma de comunicarse normal y directamente, que le permite a toda persona (que no tenga disfuncionalidad de lenguaje) hacerse oír y al público apreciar directamente las actuaciones procesales. La oralidad representa una garantía de oír la palabra y en público.

Tanto CHIOVENDA<sup>29</sup> como CALAMANDREI<sup>30</sup> manifestaron en la primera mitad del siglo XX que la expresión oralidad, en su correcta acepción jurídica procesal, recoge sintéticamente un conjunto de principios inseparables. Hoy día varios autores sostienen que la oralidad no constituye un principio en si mismo, sino que es un instrumento facilitador en el proceso<sup>31</sup>. Señalan que por medio del principio de la oralidad se logra una percepción directa cuando acontece, asegurándose así mayor transparencia en las decisiones. La aplicación de la oralidad consecuentemente profundiza y hace ineludible los principios de la *inmediación*, *concentración*, *contradicción* y *publicidad*, lo cual constituye una garantía para la celeridad, la transparencia y la atención del juez.

---

<sup>29</sup> CHIOVENDA, Giuseppe (1924). *La Oralidad y la Prueba*, en la revista *Di Diritto Processuale*. Volumen I, parte I. Cedan – Padua, Italia. "... el proceso oral, es el método más natural, más simple, menos dispendioso para definir la controversia..."

<sup>30</sup> CALAMANDREI, P. (1973). *Instituciones de Derecho Procesal Civil*. Tr. De Sentis Melendo, de la 2ª edición italiana, Buenos Aires: Editorial EJE, Volumen I, pp. 383-384.

<sup>31</sup> Cfr. LOPEZ BLANCO, Hernán F. *Procedimiento Civil: Pruebas*. BINDER, A. *Introducción al Derecho Procesal Penal*. ROCHA ALVIRA, Antonio. *La prueba en derecho*.



El Código Procesal Penal del Perú plantea normativamente estos principios. Así, el Artículo 356º Principios del Juicio.- 1. El juicio es la etapa principal del proceso. Se realiza sobre la base de la acusación. Sin perjuicio de las garantías procesales reconocidas por la Constitución y los Tratados de Derecho Internacional de Derechos Humanos aprobados y ratificados por el Perú, rigen especialmente la oralidad, la publicidad, la inmediación y la contradicción en la actuación probatoria. Asimismo, en su desarrollo se observan los principios de continuidad del juzgamiento, concentración de los actos del juicio, identidad física del juzgador y presencia obligatoria del imputado y su defensor.

Plantaremos sumariamente estos principios, con énfasis en lo probatorio, ellos son:

### **8.1. INMEDIACIÓN**

La oralidad es la presencia contextual de los interlocutores permitiendo el contacto entre los sujetos procesales. De esta manera, se establece contacto entre el juez y las personas cuyas declaraciones debe recoger y valorar. En definitiva se trata de la presencia de las partes y el juez en la formación de la prueba mediante el contradictorio<sup>32</sup>. Se ha afirmado que solo el juez que ha asistido directa y personalmente a la práctica de la prueba puede pronunciar la sentencia, sin intermediarios como los jueces instructores o actuarios. No obstante, debe re-contextualizarse el concepto de inmediación. Se dice que la oralidad-inmediación es una técnica de formación de las pruebas, no un método de convencimiento del juez. Pero

---

<sup>32</sup> La inmediación significa presencia simultánea de los varios sujetos del proceso en el mismo lugar, y, por consiguiente, posibilidad entre ellos de cambiarse oralmente sus comunicaciones.



esa proximidad temporo-espacial para captar datos observables, no puede ser excusa para no razonar, ni mucho menos para que los superiores se nieguen a considerar la interpretación de los hechos.

## **8.2. CONCENTRACIÓN**

El proceso debe realizarse en el menos tiempo posible y con la mejor unidad, sin que tenga que sacrificarse el derecho de las partes a la defensa y el ejercicio de los recursos. Se garantizan por cuanto las comunicaciones escritas entre personas lejanas están separadas por intervalos que permiten la respuesta correspondiente, mientras que entre los presentes que hablan la respuesta sigue a la pregunta. El debate oral es contextual y no admite interrupciones o reenvíos. A diferencia, el proceso escrito es disperso y desconcentrado, se fracciona en una serie de fases o episodios con la posibilidad de impugnar separadamente las resoluciones interlocutorias.

Este principio tiende a lograr la inmediación, la continuidad y la celeridad procesal. Pues, todo ello requiere que los actos procesales se lleven a término sin interrupciones y con conexión. También, garantiza la identidad física, puesto que, si el proceso se desarrolla en una serie de etapas o fases prolongadas y distantes entre sí se corre el riesgo que el juez decisor cambie por incapacidad, vacaciones, muerte, traslado, ascenso o retiro. Lógicamente, la concentración alcanza las cuestiones incidentales que deben resolverse en las audiencias en que está concentrado el proceso. La concentración constituye la característica exterior emblemática de la oralidad y realiza los principios de celeridad, sencillez y economía.



La concentración, en relación a la actividad probatoria, comporta que esta se desarrolle en una sola audiencia, o de ser imposible, en varias próximas en el tiempo al objeto de que no desaparezcan de la memoria del juez los actos orales que él ha presenciado<sup>33</sup>. La causa se debe sustanciar en un periodo único que incluya una sola audiencia o el menor número posible de audiencias sucesivas y, significa, especialmente, el dictado de la sentencia después de la clausura del debate oral.

### **8.3. LA CONCENTRACIÓN**

El principio de contradictorio es entendido, en términos generales, como la posibilidad real y efectiva para las partes de cuestionar preventivamente todo aquello que pueda influir en la decisión. El principio del contradictorio tiene la particularidad de que, además de ser garantía que protege la libertad de las artes en el proceso, facilitan la tarea del conocimiento sobre los hechos<sup>34</sup>. El contradictorio es el único método que permite contestar adecuadamente la demanda o acusación, controlar los medios probatorios ofertados y participar activamente en la formación de la prueba. Es claro que el principio del contradictorio adquiere mayor dinamicidad en el proceso oral.

Ahora bien, el contradictorio tiene su mayor relevancia en la formación dialéctica de la prueba. En ese sentido, la arte contra la cual se postula, se opone o aporta una prueba, debe conocerla. La prueba producida no se puede apreciar si no se ha celebrado con audiencia o con conocimiento de

---

<sup>33</sup> PICO JUNOY, Joan (2004). *El principio de oralidad en el proceso civil español*, ob. Cit. P.6.

<sup>34</sup> GUZMAN, Nicolás (2006). *La verdad en el proceso penal: Una contribución a la epistemología jurídica*. Buenos Aires: Editores del Puerto, p.137.



esa parte. Al proceso no pueden ingresar pruebas en forma subrepticia, clandestina, o a espaldas de la contraparte. El principio del contradictorio exige que la prueba se rinda con conocimiento de la otra parte para que tenga oportunidad hacer valer sus derechos de refutación y contraprueba en el debate probatorio.

Así pues, el principio contradictorio asume un significado concreto que se articula en una triple vertiente: 1) en el control de la identificación del material probatorio (proposición y admisión de la prueba), 2) en la formación de la prueba y, 3) en el control previo para influir en la valoración de las pruebas. Estos tres aspectos se resumen en la doctrina italiana de las "dos almas del contradictorio", una objetiva y otra subjetiva. La primera, aspecto objetivo, se refiere al contradictorio como método de conocimiento basado en la confrontación dialéctica- identificación y formación de la prueba. La segunda, aspecto subjetivo, la confrontación de las partes en el momento de producirse la prueba en el juicio oral.

#### **8.4. LA PUBLICIDAD**

La oralidad posibilita un proceso abierto que permita el control de la actividad jurisdiccional y forense por las partes y la opinión pública, esto es, que refuerce la confianza del pueblo en la justicia. La oralidad favorece el principio de publicidad teniendo en cuenta que a partir de ella los interesados en particular y la comunidad en general, adquieren conocimiento del contenido del proceso, del sentido y fundamento de las decisiones judiciales, garantizando un control respecto a la guarda de las garantías procesales.



La publicidad en el sentido procesal es hacer público- acceso y lugar- los actos del proceso. En esta acepción la publicidad del proceso puede existir o bien respecto de las partes o con relación a terceros. Respecto a las partes, consiste en que los actos a través de los cuales se desenvuelve la relación procesal, deben necesariamente ser visibles para todos los sujetos de ella. En especial, la actividad probatoria debe ser pública, pues, por una parte, las personas sometidas a juicio tienen derecho a conocer por qué se les enjuicia. Por la otra, la sociedad tiene derecho a conocer el sustento del fallo judicial.

El Derecho a un proceso público es requisito indispensable para hacer posible, entre otros principios, el de contradicción y el Derecho de defensa. Un proceso publico permite que las partes involucradas se encuentren en igualdad de condiciones: para participar en el debate judicial, sobre la base de unas reglas procesales preestablecidas, dentro de las cuales está incluido poner en conocimiento de las partes y de los demás sujetos procesales los motivos que le dieron inicio, las pruebas que se espera sean valoradas por el juez y todos los demás aspectos sustanciales y procedimentales de su desarrollo, para hacer efectiva su concurrencia.

El juicio público no sólo es una garantía para el acusado, sino que es garantía también para los demás sujetos procesales y para la sociedad, pues, se hace una justicia transparente, a la vista de todo el mundo y hay una especie de control social. La ausencia de publicidad, sin causa justificada de orden legal y decidida por el juez, es una violación al Derecho fundamental. Un quebramiento de tal naturaleza, como impedir el acceso del



público, desarrollar el debate en privado y a puertas cerradas, sin fundamento en causa justificada y sin decisión legal, son causas para impugnar por vía de apelación.

En resumen tenemos que las actuaciones judiciales de pruebas deben ser públicas, factibles de ser presenciadas por todos y, en especial, que debe permitirse a las partes intervenir en la evacuación de la prueba para poder hacer las observaciones y objeciones que considere más conveniente para sus derechos e intereses. La prueba puede y debe ser conocida por cualquier persona; ya que, proyectada en el proceso, tiene un carácter "social". Hacer posible el juzgamiento de la persona en una forma adecuada y segura. Es de interés para ejercer el control democrático del proceso, por ello en la sentencia "los hechos y la prueba de ellos debe ser explícita, de tal manera que toda persona pueda entender, que fue lo que pasó desde el punto de vista fáctico y como se probó".

## **9. LA ORALIDAD VERSUS LA ESCRITURA**

En el debate actual entre las reglas de oralidad y escritura, el mismo se reduce a un problema de preferencia o de límites más que de total exclusividad, ya que es muy difícil concebir un proceso totalmente escrito o totalmente oral. En efecto, la discusión entre oralidad o escritura no puede respaldarse en posiciones extremas, ya que no puede concebirse- desde un punto de vista práctico- un proceso únicamente oral. Por ello, lo adecuado es que estemos hablando si un proceso tiene una connotación mayor escrita que oral o viceversa.



Los litigantes saben que la justicia no depende de la forma en que se siga un procedimiento. No necesariamente, no axiomáticamente. Un procedimiento judicial, sea oral, o sea escrito, puede ser injusto y puede ser ágil siendo escrito. E incluso, sabemos que, el hecho de que el juez escuche de viva voz del demandado o imputado, los planteamientos de defensa o de acusación, y que emita un veredicto en ese mismo momento, no garantiza que la decisión sea más o menos justa, que si analiza los posicionamientos en un expediente, y dicta su sentencia, no a las partes, sino a una mecanógrafa. Sabemos también, que tampoco es cierto, que el hecho de que un procedimiento se siga en forma escrita, implica necesariamente que las decisiones tomadas en él sean injustas. Por ende, lo repetimos, no es absolutamente cierto que un juicio oral, por ser más transparente, sea necesariamente más eficaz, y que por el contrario, un procedimiento escrito sea la antonomasia de la injusticia.

En otro sentido, es también falso que la naturaleza escrita de los procedimientos sea en si misma dañina para la justicia. No es justificado engañar a la sociedad en ese sentido. No menos cierto es que la formación de expediente –por aquello de lo escrito, escrito queda o conforme al bocado romano *quod non est in acta non est in mundo*- tiende precisamente a que se cumplan las leyes y a que se haga justicia con algo de certeza jurídica. La integración de un expediente es evidentemente un medio. Nunca fue, ni es, ni será un fin. Como tampoco la oralidad puede serlo. El fin de los procesos, orales o escritos, es y debe ser siempre el cumplimiento de la ley, y la buena administración de justicia.



El problema no está entonces en que en los procedimientos escritos el juez pueda estar o no en una audiencia, porque legalmente ahí debe estar. El problema es que actualmente son pocos- muy pocos- los jueces dispuestos a cumplir cabalmente con esa obligación legal- y en algunos casos constitucional- de presidir las audiencias de cada juicio, que además tengan el tiempo suficiente, por su poca carga de trabajo, de la falta de organización, o de la falta de interés en un asunto, que de la característica escrita de un procedimiento jurisdiccional.

Es finalmente muy cierto que, probablemente, un procedimiento oral, pero sobre todo transparente, reducirá al mínimo los incentivos a la corrupción y acelera la eficiencia de los procesos, elevando así la calidad de la justicia. Debe tomarse conciencia que no todo lo que se dice sobre juicios orales es absolutamente cierto. Debe advertirse que la oralidad no es el único sistema de impartición de justicia que garantice la protección de los derechos esenciales, pero si facilita de mejor manera la realización de tales fines, ya que permite entre otras cosas la inmediación y contacto directo de los sujetos del proceso con los elementos probatorios, bajo las reglas de concentración y continuidad; hace realidad el principio del "contradictorio", es decir, que los sujetos intervengan controlando, discutiendo o "contradiendo" las pruebas y argumentos unos de otros. Obviamente, en la



escritura también es factible, aun cuando muy lentamente, la contradicción, la intermediación y la publicidad<sup>35</sup>.

Así las cosas debemos señalar que en la actualidad no tendría sentido seguir discutiendo entre oralidad o escritura; sino que la discusión pasa por escritura enfrentada con la tecnología e infraestructura. Estos últimos como medios e instrumentos necesarios para poder implementar de alguna forma o introducir la oralidad en los procesos. En efecto, la tecnología e infraestructura se presenta como condición imprescindible para introducir "eficazmente" la oralidad en el proceso- ejemplo, equipos de reproducción de imagen y sonido.

Únicamente de dicha manera podemos llegar a aceptar que la "oralidad" es un método o técnica de debate "moderno". En efecto, la oralidad de moderno no tiene nada, ni como forma de comunicación entre los seres humanos, ya que su aparición es anterior a la escritura, como tampoco en la instrumentación de los procesos para la solución de los conflictos entre los humanos. Cuando estos dejaron de utilizar la fuerza para suplirla por la razón, aparece como técnica de debate la oralidad, el diálogo. La oralidad en si no es método moderno, sino que será moderno en la medida que este acompañado de una tecnología apropiada, que posibilite el manejo de variables espacio-temporales en forma virtual.

La afirmación que para salvar al proceso de los males de la escritura, se propone –como se dijo- a la oralidad como la "solución", la salvación de

---

<sup>35</sup> NIEVA FENOLL, Jordi (2007). "Los problemas de la oralidad". En obra colectiva Pruebas y Oralidad en el Proceso, VII congreso Venezolano de Derecho Procesal en San Cristóbal- Venezuela, Barquisimeto: Editorial Librería Jurídica Rincón, pp.304 yss.



todos los males, también es una manifestación del desconocimiento de la realidad. Lo dicho no quiere decir o afirmar que no sea correcto introducir cambios y modernizar los procesos, pero para ello tenemos que contar con los medios y la tecnología apropiada. Lo que no podemos aceptar es la afirmación que solo implementado la oralidad –cambiar un código procesal escrito por uno oral- vendrá la solución. Esto de la reforma a la oralidad tiene que ir mucho más allá, con buena infraestructura física y tecnología excelente capacitación de jueces y personal, ampliación del número de tribunales y simplificación y unificación de algunos procedimientos.

## **10. LA ORALIDAD Y LA PRUEBA EN EL PROCESO PENAL**

Uno de los aspectos que ha incidido en la desacreditación del sistema escrito es, justamente, en materia probatoria debido al distanciamiento del juez con respecto a la prueba. Pues bien, dejando al margen el primer tema de momento, es imprescindible la celebración de una vista para la práctica de los medios de prueba que la precisen, fundamentalmente las declaraciones de personas, las pruebas periciales en cuanto a la declaración del perito, y la prueba de reconocimiento judicial. En ellas, tiene que adoptar el Juez una postura activa, preguntando a los intervinientes lo que no le sea accesible de cuanto observa, haciendo de ese modo que el destinatario de la prueba no sea un simple convidado de piedra, sino un autentico juez que no sólo juzga en la sentencia, sino que va formando su juicio paulatinamente, conforme va avanzando el proceso.



Es evidente, que para que el juez asuma una posición activa en el proceso una de las tareas que debe realizar es la preparación de la audiencia oral, que implica básicamente la necesaria toma de conocimiento de la causa. Podríamos preguntar ¿el juez puede concurrir sin haber leído antes el proceso?, debe expresarse que no, debe tener conocimiento de la causa. El juez en la recepción de la prueba es “director” de la audiencia y puede tener que decidir cualquier debate que se suscitare entre las partes, por ejemplo: pertinencia de una pregunta, vinculación de estas con los hechos controvertidos y conducentes; resulta imprescindible que conozca la causa.

El contradictorio cobra mayor dinamicidad en el proceso oral debido que se da simultáneamente un reacción dialéctica entra las partes. Por supuesto, en el debate probatorio oral alcanza mayor plenitud, pues, brinda el espacio para que opere como principio para la formación de la prueba y para el control de la prueba ya producida<sup>36</sup>, en cuanto a su aceptabilidad y autenticidad. No cabe duda que el interrogatorio, bien sea de testigos o de expertos, nunca es plenamente neutral, por ello, para que sea realmente eficaz debe ser oral contradictorio, es decir, que se presente contraposición, que las preguntas sean formuladas por las partes, en algunas circunstancias, también, por el juez.

Por ello, se afirma que en la oralidad halla pleno despliegue el contradictorio pues permite el debate en el sentido de someter a prueba la tesis de la demanda o acusación, con la posibilidad de la refutación. En

---

<sup>36</sup> TARUFFO, Michelle. *La prueba de los hechos*. Madrid: Editorial Trotta, 2002, p.378.



efecto, tanto en el interrogatorio de las partes y testigos, como en la prueba de peritos (en el caso que deban exponer su informe y someterse a examen contradictorio de las partes) la opción del legislador está representada por la oralidad del dialogo. Es oral la forma de expresión de las partes, del juez y de los sujetos de prueba en los medios personales. Vale decir que mientras más exigentes sean los exámenes a que es sometida una fuente de prueba, más elevada será la posibilidad de conocer sus errores o falsedades, de la misma manera que será mayor el nivel de credibilidad si ha superado satisfactoriamente esos exámenes.

Así pues, la oralidad cobra su mayor efectividad en la actividad de la prueba. Este desarrollo oral queda en especial evidencia tratándose de la práctica de las pruebas personales, donde la intervención en el proceso se realiza, por regla general, sin recurrir a la escritura. Las superioridades de la forma oral en el campo de la actividad probatoria no pueden negarse. A su través, el proceso se libera de una de las peores imperfecciones derivadas del carácter totalmente escrito del procedimiento establecido en los códigos decimonónicos, el excesivo y en gran medida innecesario formalismo, que atento, por ejemplo, contra de la eficacia de los interrogatorios sujetos a unos formularios rígidos, montadamente cerrados, y rara vez desarrollados por la crónica inasistencia judicial. La oralidad que ahora se logra imponer constituye la evidente opción del legislador por las ventajas y posibilidades que viene a aportar la mayor flexibilidad y espontaneidad en el dialogo y procedimiento probatorio.



## **11. FORMACIÓN DE LA PRUEBA PENAL**

Por principio, lo que no fue ofrecido por las partes no puede ser objeto de debate. Las pruebas, las constituyen aquellas que se practican en el juicio, en el debate oral y público, previo ofrecimiento de las mismas por las partes”, de modo que sólo pueden ser practicados los medios admitidos y que sean practicados los medios admitidos y que sean practicados, por tanto formándose como prueba, en el juicio oral y público. Es el único escenario posible de la formación de la prueba en el proceso penal.

Son pruebas solamente aquellas, al menos en sentido estricto, aquellas que quedan sometidas al control de los fundamentales principios de oralidad, publicidad, contradicción e inmediación. El trámite de la prueba, pues, se hará en todo caso bajo esos principios. Cualquier prueba que se produzca en el juicio oral quebrantando, total o parcialmente, estos preceptos no podrá ser apreciados por el tribunal, a menos que exista norma legal que permita establecer límites, pero que bajo ningún supuesto puede afectar a las partes.

El trámite de la prueba se hará en forma concentrada, continua y con inmediación. Es la única forma de garantizar el debate público y el seguimiento del tribunal del todo procesal. Las pruebas ofrecidas deben realizarse en el debate oral, es decir, deben debatirse en el debate público, no se trata de una simple ratificación, si no que los expertos o peritos, los testigos y las partes tienen que rendir su declaración en forma pública y responder los interrogatorios que hagan las partes. Si esto no ocurre, es



decir, que el testigo o el perito no comparezcan no podrá apreciarse el testimonio o dictamen pericial. En el caso penal si aquellos no comparecen se suspende la causa y se citan, si permanecen rebeldes pueden ser llevados por la fuerza pública, caso que no aparezcan el juicio debe continuar y se prescindirá de tal prueba.

No hay dudas que las pruebas deben verificarse en el juicio oral. En el proceso penal, incluso las actas de las diligencias prácticas por los funcionarios policiales deben llevarse al debate. Esas actas no tienen validez si no son sometidas al debate oral y público, deberán citarse a los funcionarios, quienes tienen el deber de asistir y estar a disponibilidad del tribunal, caso de incomparecencia deberá prescindir de tales actas. Admitir las actas de investigación sin control y contradicción de las partes es una grosera violación al Derecho de defensa.

La mayoría de legislaciones iberoamericanas exigen que los medios probatorios para ser valoradas deban acudir al debate oral. Será nula y no tendrá eficacia probatoria de ninguna naturaleza, la prueba que no concurra al debate oral, salvo la prueba anticipada realizada conforme a los requerimientos expresados en ley. El Código Procesal Penal de Perú establece en el artículo 393º numeral 1º, que "El juez Penal no podrá utilizar para la deliberación pruebas diferentes a aquellas legítimamente incorporadas en el juicio". Conforme a su estructura es claro que solo aquellas que hayan sido admitidas y practicadas en juicio.



La garantía implícita en la inmediación tiene que ver, pues, con el carácter *inmediato*, es decir, no mediato o libre de inferencias. El principio de inmediación de la prueba impone como condición de su eficacia la intervención del juez como director del proceso, tanto al admitirla como al practicarla, manteniendo el control de la producción de la prueba, lo cual asegura su legalidad y licitud, al tiempo que hace posible una apreciación más adecuada del acervo probatorio para la decisión final. Aun cuando la inmediación se surte de manera inequívoca en los procedimientos orales, también en los procedimientos escritos este principio es aplicable, pues, el juez está llamado a cumplir un papel activo en el desarrollo del debate procesal, sin importar el medio probatorio de que se trate.

Con estos criterios hace imposible el control de la decisión, en cuanto la jurisprudencia ha dicho que la valoración de la prueba le es propia del tribunal *a quo*, quien tiene soberana libertad en la apreciación. Debemos recordar que el control de las decisiones judiciales se erige en garantía de que el juzgador realice un examen racional de los medios probatorios y su aporte inferencial sea bajo los cánones de las reglas científicas (lógica y método científico) y las máximas de experiencia lo cual conduce a interdictar la arbitrariedad. De suerte que si se establecen excepciones se limita la garantía de tutela efectiva por decisión conforme a Derecho. Sostener que el órgano *ad quem* no está en condiciones de valorar una prueba que no ha presenciado directamente es consagrar una confusión sobre dos aspectos: a) sobre la prueba y lo que se conoce, y b) sobre la inmediación.

Sobre este aspecto de la formación de la prueba, debe decirse que la verdad procesal se construye o estructura sobre la base de las concurrencias de las actuaciones de las partes en las diferentes etapas o fases del proceso, en donde juega un papel preponderante el Juez, cuya función se concentra, en velar por la Constitucionalidad y Legalidad del proceso<sup>37</sup>. Su rol de análisis interpretativo, se fundamenta en el conocimiento que este logre, para alcanzar la motivación jurídica exigida, que realice sobre la información, que le proporcionen las partes en el juzgamiento.

## **12. LA ORALIDAD Y VALORACIÓN DE LA PRUEBA**

Debemos advertir que hay una lucha entre forma inquisitivas y formas garantistas. Esto hace que en los juzgadores y abogados de baja formación garantista tiendan a mediatizar la oralidad en el proceso penal. Quizás, más bien, se tratara de la pervivencia de los viejos hábitos, del hombre viejo que todos llevamos dentro, del jurista forjado en la práctica inquisitorial tan bien conocido por muchos de nosotros. En la práctica judicial de muchos países se confunden los actos de investigación con los actos de prueba y la prueba documental con la documentación de los actos de investigación, es decir, con las actas, y por esa puerta falsa se fue introduciendo en el juicio lo que no podía ingresar por la frontera puerta de la oralidad.

---

<sup>37</sup> LORCA NAVARRETE, Antonio María (2011), ¿Es constitucional el juicio verbal? ¿Es realmente la sumariedad un modelo de garantismo procesal? ¿Son posibles los juicios sumarios civiles?, San Sebastián, Instituto Vasco de Derecho Procesal, p.8. LEC tiene el deber de suministrar *garantías procesales* eficaces para salvar y p.11: juicio verbal- con la aplicación de las garantías procesales.



Debido a esa gravísima confusión conceptual no se cita a los peritos para que informen de viva voz, sino que se leen sus dictámenes, sin posibilidad alguna de contradecirlos o cuestionarlos y obtener aclaración sobre algún punto oscuro o dudoso. No hay afán por hacer llegar a los testigos, porque se cuenta ya con sus declaraciones rendidas antes escribientes, secretarios o amanuenses cansados, deformados por la reiterada y rutinaria práctica del oficio, que interpretan o pretenden interpretar lo que el testigo, ya sea éste ilustrado o rústico, preciso o vago, veraz o mendaz, distraído o alerta, con buena memoria o desmemoriado, resuelto o tímido, sereno o nervioso, ha dicho o ha tratado de decir.

La valoración probatoria está afectada positivamente de un conjunto de principios que reafirman las garantías del debido proceso y la tutela efectiva. Estos principios son de aplicación inmediata y efectiva, su quebrantamiento puede dar lugar a la nulidad de la sentencia y a dictarse nueva sentencia aplicando los principios quebrantados. Las normas procesales para afianzar la aplicación de estos principios establecen regulaciones que dan cuenta de la aplicación de los mismos, a su vez que establecen sanciones cuando se dejan de cumplir. Justamente, el núcleo central de la sentencia es la valoración de las pruebas, por lo que tiene que cumplir un conjunto de requisitos que interdictan la arbitrariedad.

Estos principios son:

### **12.1. EXAUSTIVIDAD**



Como efecto del principio de libertad probatoria, la ley adjetiva le impone al juez la obligación de valorar y analizar todas y cada una de las pruebas que cursen en autos, configurando tal valoración y análisis en la sentencia. En el momento de dictar sentencia y siempre que no existan cuestiones jurídicas que lo hagan innecesario, el juez debe valorar los medios probatorios practicados de acuerdo con la ley e incorporados de acuerdo con ella y apreciarlos. A su vez el análisis de cada medio debe ser, igualmente, exhaustivo, es incorrecto un examen parcial, de manera que debe examinarse totalmente y extraer que dice y que no dice, que corrobora y que contradice.

## **12.2. CONGRUENCIA**

A primera impresión entenderíamos o se viene a la mente la concepción que congruencia es la razón lógica y coherente existente entre dos o más supuestos o sujetos concretos. Sin embargo, al adherirla a un proceso se nos hace difícil adecuarla y muchos empezamos por preguntarnos ¿entre cuales o quienes debe existir tal correlación? Este principio está referido a la concordancia existente entre el pedimento planteado por las partes y la decisión que de tal pedido desprende el juez. Es decir, debe existir una adecuación “entre la pretensión u objeto del proceso y la decisión judicial”.

La congruencia se define como la correlación existente entre lo alegado por las partes y lo decidido, en este sentido como principio obliga al juez que lo decidido sea congruente con lo alegado y pedido por las partes. Sólo a los litigantes le es permitido delimitar el ámbito de la demanda, de la



*res in iudicio deducta*, siéndole vedado al juez aportar hechos o buscar otros hechos distintos a los planteados por las partes. El proceso penal será entre la acusación y la sentencia. El principio de la congruencia tiene que ver con la relación que debe existir entre lo alegado y probado en autos y la valoración que realiza el juez como base de su convicción para dictar su decisión. Al juez, le cabe decidir la litis en los términos en que fue planteada por las partes y con base a los medios probatorios admitidos y practicados, de manera que no puede incurrir en *extra, ultra o citra petita*.

### **12.3. INTEGRALIDAD Y COMUNIDAD DE LA PRUEBA**

Estos dos principios en la valoración de la prueba versan sobre la necesidad de mirar el acervo probatorio como un todo y a cada uno de los medios en forma íntegra y no divisible. Es decir, los medios probatorios ofertados y los practicados ya no son de carácter individual, sino que pertenecen al proceso. No es el medio probatorio de quien lo postuló, sino que pertenece al proceso. En ese sentido todos los medios, así no hayan sido practicados forman parte de la comunidad probatoria, pudiéndose ordenar prueba de oficio sobre los medios que no hayan sido practicados, por ejemplo, el testigo de referencia, el testigo rebelde, la ampliación de la prueba pericial, etc.

No puede ser de otra manera, pues, si las partes concurren el órgano jurisdiccional en procura de tutela y aceptan las reglas que rigen el proceso, la finalidad del mismo, pero además exigen justicia, es evidente que la decisión se formará en esa relación dialéctica de partes, de contradicción, lo



que significa que los elementos verificativos pueden afirmar o rechazar una afirmación de las partes indistintamente a quien los haya postulado.

#### **12.4. IMPARCIALIDAD**

Indudablemente, que la imparcialidad se predica dentro del proceso, es decir, se refiere a momento procesal, a la jurisdicción como función. Los tribunales constitucionales y los tribunales supremos han reiterado que una de las exigencias inherentes a un proceso con las debidas garantías, en tanto que condiciona la existencia misma de la función jurisdiccional, es la imparcialidad judicial.

Como se ha expresado en páginas anteriores, el juez debe ser imparcial. Además, este principio tiene una connotación constitucional con lo dispone entre los enunciados de la tutela judicial la "imparcialidad" como una característica esencial de la justicia. En una sociedad democrática los tribunales, por supuesto sus jueces, deben inspirar confianza a los justiciables, lo cual se traduce en una imparcialidad absoluta del juzgador. Se considera como condición necesaria de la imparcialidad la existencia de independencia del poder judicial y, específicamente, del juez. Un poder judicial, por ejemplo, que depende del poder ejecutivo o sea sumiso a éste, indudablemente compromete su imparcialidad y se torna obediente a los mandatos de aquél. En la historia hay muchos ejemplos de estar distorsiones. Por ello, observamos que en diferentes normas transnacionales afirmen la independencia y la imparcialidad como elementos relacionados.



## 12.5. LA APLICACIÓN DE LA SANA CRÍTICA O VALORACIÓN RACIONAL DE LA PRUEBA

En los ordenamientos jurídicos Iberoamericanos se establece la sana crítica como método de valoración de la prueba (art.197º CPC y art. 158º CPP) es un concepto de origen ibérico. En los ordenamientos del *civil law* continental europeo se habla de la libre valoración racional o valoración racional. No obstante, ambos sistemas son definidos en forma genérica y vaga, sin precisarse su significado y lo que comprenden en el sentido instrumental. En términos generales, ambos sistemas tienen en el mismo significado.

En todo caso debemos partir de expresar que la tendencia actual es que los ordenamientos jurídicos deben ser racionales, lo que implica que todo el sistema debe converger hacia esa categoría. Con mayor razón en los subsistemas de juzgamiento, pues, allí de alguna manera se restringen o afectan Derechos de la persona. En consecuencia, ningún sistema jurídico puede definirse como racional si no es capaz de producir decisiones judiciales que puedan definirse de alguna manera como racionales<sup>38</sup>.

Ahora bien ¿Qué es la sana crítica, además de una expresión idiomática? Nadie nos lo ha podido decir: ni las leyes, ni la jurisprudencia, ni la doctrina. SENTIS MELENDO nos dice lo siguiente: se identifica por algunos con la lógica; por otros con el buen sentido, extrayendo las reglas de la lógica, basándose en la ciencia, en la experiencia y en la observación;

---

<sup>38</sup> TARUFFO, Michelle. *El control de la racionalidad de la decisión, entre la lógica, retórica y dialéctica*. En obra recopilativa de escritos de Taruffo, páginas sobre Justicia Civil, 2009. Op. Cit. P. 197.



otras veces es la lógica crítica aplicada al proceso; el buen sentido; coincide con las reglas del correcto entendimiento humano; con la crítica o el criterio racional; se confía a la prudencia, rectitud y sabiduría de los jueces; debiendo en cada caso examinar las circunstancias que lo rodean.

### **13. LA ACTIVIDAD PROBATORIA Y LA TEORIA DEL CASO**

Uno de los derechos fundamentales protegidos por la Constitución Política está referido a la libertad y a la seguridad personal, de tal manera que nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible, ni sancionado con pena no prevista en la ley (artículo 2°. 24.d); esa premisa constitucional está íntimamente ligada a la que nos enseña que toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad (artículo 2°. 24.f) a través de la observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional (artículo 139°.3), lo que significa que ninguna persona puede ser penada sin proceso judicial (artículo 139°. 10), y, dentro de éste no puede ser privada del derecho de defensa (artículo 139°. 14).

Asimismo, en este caso, el imputado no puede ser condenado si es que no se ha destruido la presunción de inocencia a través de la actividad probatoria que debe concretizarse en el juicio oral con incorporación de pruebas legalmente obtenidas en un debate contradictorio. Toda persona



que es sometida a investigación como consecuencia de la existencia de una incriminación de carácter penal en su contra goza del estado de inocencia de tal manera que el titular de la acción penal cuando asuma convicción de que el investigado es autor o participe en la comisión de un delito, esa convicción será la consecuencia lógica de la acumulación de evidencias, del hallazgo de hechos que razonablemente pueden destruir la presunción de inocencia.

El fiscal para poder acusar está obligado a probar a través de los medios de prueba autorizados por nuestra legislación que la persona a quien acusa y no otra es culpable de la comisión de un delito. Diremos con palabras de MONTAÑES PARDO que los sujetos procesales no deben olvidar «...la estrecha relación que el derecho a la presunción de inocencia tiene con el sistema probatorio, pues la presunción de inocencia queda destruida desde el momento en que se realizan pruebas de cargo legalmente válidas...»<sup>39</sup>.

La prueba, conforme señala CAFFERATA NORES, es el medio más confiable para descubrir la verdad real, y, a la vez la mayor garantía contra la arbitrariedad de las decisiones judiciales. La convicción de culpabilidad necesaria para condenar únicamente puede derivar de los datos probatorios legalmente incorporados al proceso: son las pruebas, no los jueces, las que condenan: ésta es la *garantía*. La prueba por ser insustituible como fundamento de una condena, es la mayor garantía frente a la arbitrariedad punitiva<sup>40</sup>. El legislador nacional nos recuerda que el proceso penal se

<sup>39</sup> MONTAÑES PARDO, Miguel Ángel. «La Presunción de Inocencia, Análisis Doctrinal y Jurisprudencial», p. 24, Editorial Aranzadi S.A., Navarra, España, 1999.

<sup>40</sup> CAFFERATA NORES, José I. «La prueba en el proceso penal», pp. 5/6, 4ta. Edición actualizada y ampliada, Ediciones Depalma, Buenos Aires.



encuentra regulado por la Constitución Política, los tratados internacionales aprobados y ratificados por el Perú, y, por el Código Procesal Penal; dentro de ese esquema jurídico nos informa que las pruebas son admitidas por el juez a solicitud del Ministerio Público o de los demás sujetos procesales, siendo potestad de la autoridad judicial la de decidir su admisión a través de la emisión de un auto especialmente motivado, es decir, que esté desvinculada de cualquier criterio sesgado o de carácter subjetivo a favor de alguna de las partes. Eso significa que el juez ha recuperado su cualidad jurídica de juzgador imparcial, de tal manera que es regla procesal que la incorporación de pruebas se produce solamente a solicitud de las partes, por tanto, se ha superado en gran medida la injerencia inquisitiva de la autoridad judicial.

Con el Código de Procedimientos Penales se otorgó al juez la dirección de la instrucción, por tanto, le correspondía la iniciativa en la organización y desarrollo de la investigación judicial (artículo 49°); en la práctica el juez era el soberano de la investigación judicial convirtiendo en partes minusválidas al representante del Ministerio Público y, peor aún, al imputado. Ahora los medios probatorios y la incorporación de evidencias es potestad de las partes procesales; a ellas corresponde la confrontación de estrategias para persuadir al juzgador que la teoría del caso que defienden es la acertada. Para los fines de la actuación probatoria el juez sólo podrá excluir las pruebas que no sean pertinentes y las que estén prohibidas por la ley; además, está autorizado a limitar los medios de prueba que son



propuestos por las partes cuando resulten manifiestamente sobreabundantes o de imposible consecución (artículo 153°.2).

El Tribunal Constitucional refiriéndose a la actividad probatoria y a las consecuencias directas de la incorporación de pruebas dentro de un proceso penal, nos transmite las siguientes reflexiones:

"(...) la prueba capaz de producir un conocimiento cierto o probable en la conciencia del juez debe reunir las siguientes características: (1) Veracidad objetiva, según la cual la prueba exhibida en el proceso debe dar un reflejo exacto de lo acontecido en la realidad; asimismo, prima facie, es requisito que la trayectoria de la prueba sea susceptible de ser controlada por las partes que intervienen en el proceso, lo que no supone desconocer que es al juez, finalmente, a quien le corresponde decidir razonablemente la admisión, exclusión o limitación de los medios de prueba. De esta manera, se puede adquirir certeza de la idoneidad del elemento probatorio, pues éste se ajustará a la verdad de lo ocurrido y no habrá sido susceptible de manipulación; (2) Constitucionalidad de la actividad probatoria, la cual implica la proscripción de actos que violen el contenido esencial de los derechos fundamentales o transgresiones al orden jurídico en la obtención, recepción y valoración de la prueba; (3) Utilidad de la prueba, característica que vincula directamente a la prueba con el hecho presuntamente delictivo que se habría cometido, pues con esta característica se verificará la utilidad de la prueba siempre y cuando ésta produzca certeza judicial para la resolución o aportación a la



resolución del caso concreto; (4) Pertinencia de la prueba, toda vez que la prueba se reputará pertinente si guarda una relación directa con el objeto del procedimiento, de tal manera que si no guardase relación directa con el presunto hecho delictivo no podría ser considerado una prueba adecuada".<sup>41</sup>

De la cita glosada *supra* salta a la vista que en el pensamiento de los jueces constitucionales para que la prueba pueda producir convicción en el juzgador debe tener por lo menos las siguientes características: a) Veracidad objetiva; b) Constitucionalidad de la actividad probatoria, c) Utilidad de la prueba; d) Pertinencia de la prueba.

En la actividad probatoria se pondrá en evidencia la objetividad con que se desenvuelve el fiscal o su temperamento anquilosado en las practicas inquisitivas; el comportamiento arbitrario es nocivo para desarrollar cualquier acto de investigación y muy peligroso si procede en función a sus intereses personales que pueden estar vinculados a la obtención de prestigio social, ascenso en el nivel jerárquico y hasta el beneficio económico.

El fiscal encargado de la investigación debe proceder siempre de manera objetiva sin pensar si sus decisiones agradaran o no a los involucrados en el conflicto, porque su conducta procesal no se mide en grados de afectividad sino de objetividad y coherencia. Es bueno recordar que el Tribunal Constitucional repitiendo el esquema jurídico determinado por la Constitución Política se ha pronunciado expresando que:

---

<sup>41</sup> Fundamento 12 de la sentencia emitida por el Tribunal Constitucional el día 5 de abril del año 2007 en el Expediente N° 1014-2007-PHC/TC, recaída en el caso Luis Federico Salas Guevara Schultz contra los vocales de la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República. Lo cursivo es agregado del autor a la cita.



“... el Ministerio Público es titular del ejercicio público de la acción penal en los delitos y tiene el deber de la carga de la prueba, asumiendo la conducción de la investigación desde su inicio, para la cual, previo estudio de los hechos, determinará si la conducta incriminada es delictuosa; es decir, si hay razones atendibles sobre la comisión de hechos constitutivos de un delito, para luego determinar y acreditar la responsabilidad o inocencia del imputado; de ocurrir la primera, calificará su procedencia formalizando la correspondiente denuncia penal; en caso contrario, archivará la denuncia. Sin embargo, en caso de no reunir la prueba suficiente sobre la constitución del hecho delictuoso o la del presunto infractor, dispondrá la realización de una investigación preliminar para reunir la prueba que considere necesaria para tal efecto, practicará u ordenará practicar los actos de investigación que correspondan, así como las demás diligencias pertinentes. Con esta finalidad conduce y controla jurídicamente los actos de investigación que realiza la Policía Nacional”.

Cuando las partes ofrecen o solicitan la actuación de medios probatorios durante la investigación preliminar y preparatoria es potestad del fiscal determinar a través de una disposición motivada cuáles son las diligencias que deben actuarse y cuáles son los actos de investigación que no son necesarios que se llevan a cabo, en su función constitucional de titular de la acción penal y director de la investigación del delito.

En el sistema procesal garantista el fiscal y el imputado no necesitan ayuda procesal para demostrar la validez de sus hipótesis, en las diligencias probatorias debe preferir siempre la presencia de un juez imparcial y objetivo porque eso es lo que más conviene a la administración de justicia penal, porque eso genera incremento de prestigio para el Poder Judicial frente a los requerimientos de seguridad jurídica y material que son



reclamados por la sociedad. Además al Ministerio Público por ser titular del ejercicio público de la acción penal le asiste el deber de la carga de la prueba, en ese sentido, tiene la obligación de actuar con objetividad *"...indagando los hechos constitutivos del delito, los que determinen y acrediten la responsabilidad o inocencia del imputado..."* conforme afirma un extremo del artículo IV. 2 del Título Preliminar del Estatuto Procesal.

### **CAPÍTULO III**

## **PROCEDIMIENTOS TÉCNICOS PROCESALES EN LA FORMULACIÓN DE LA TEORÍA DEL CASO**

### **1. CUESTIONES PREVIAS**

En la actualidad, la Teoría del Caso se ha convertido en el ámbito académico penal y procesal, en la visión estratégica el abogado, del fiscal, del juez y del litigante. Constituye algo así como un mapa sobre el que se diseña el transcurso del proceso en el nuevo modelo procesal penal. Es el planteamiento que el fiscal y lo que el abogado defensor hace sobre los hechos penalmente relevantes, los fundamentos jurídicos que lo apoyan y las pruebas que las sustentan. Por ello, podemos sintetizar, manifestando



que es una visión estratégica para afrontar un proceso penal que nos permite, entre otros:

- a) Adoptar las decisiones más pertinentes y debidamente planificadas dentro del proceso.
- b) Tomar conocimiento y tener dominio de las armas con las que asume la defensa el abogado y las del fiscal.
- c) Advertir oportunamente nuestras debilidades y las de la otra parte.

Para construir un discurso excelente y eficaz, que cumpla el fin de convencer a los jueces, es necesario agotar un conjunto sistemático de pasos, que ya desde la antigüedad Aristóteles y Cicerón comenzaron a explicar y utilizarlos. Estos pasos que tienen hoy pleno vigor y nos sirven de guía para ser aplicados en las diferentes intervenciones orales de un sistema penal acusatorio. Para ello, en primer lugar, debemos recordar que el fin de las alegaciones orales es persuadir al juez, por eso, para lograr ese propósito hay que ser claros. Y para lograr esa claridad es necesario examinar los pasos que se siguen al crear la intervención oral, pues éstos luego nos llevarán a la identificación de la estructura de los alegatos.

Los pasos o las etapas que hay que agotar, desde nuestra óptica son las siguientes:

- a) La invención (*inventio*): QUÉ DECIR. Tiene que ver con la acción y el efecto de crear el discurso del caso que asumimos la defensa.
- b) La disposición (*dispositio*): DÓNDE DECIR. Tiene que ver con la organización, con la formulación y construcción de la estructura del discurso sobre la situación concreta.



- c) La expresión (*elocutio*): CÓMO DECIR. Tiene que ver con la búsqueda del lenguaje apropiado, en este caso de naturaleza eminentemente jurídico penal.
- d) La memoria (*memoria*): Tiene que ver con la capacidad para recordar lo que se va a decir en la secuela de la defensa oral.
- e) La práctica (*praxis*): Tiene que ver con el hecho de realizar ejercicios acerca del discurso que se ha creado para llegar a pronunciarlo mejor, con certeza y convicción.
- f) El diseño de apoyos audiovisuales. Tiene que ver con el uso de medios tecnológicos que permitan transmitir, comprender y recordar la información.
- g) La pronunciación (*pronuntiatio*). Tiene que ver con la acción concreta de hablar con un lenguaje claro, preciso y convincente.

La invención tiene que ver con la acción y el efecto de crear el discurso. En este primer paso, el escritor o el orador pretenden qué es lo que va a decir. Es la parte creativa en la producción de los alegatos, en la cual para persuadir, primero hay que definir el objetivo u objetivos que se buscan con el discurso. Luego, buscar la información, las fuentes que sirvan de inspiración para alcanzar el fin propuesto.

El discurso judicial tiene un objetivo general y uno o varios objetivos específicos, que al ser concretados permiten construir lógicamente el discurso. El objetivo general es persuadir, convencer. Persuadir significa ganar la adhesión a la tesis o teoría del caso que se plantea, es lo que se desea que el auditorio o público crea o decida. De ahí la importancia que en



esta fase se debe procurar conocer al auditorio, en particular al fiscal y al juez que desea convencer. Esto le permitirá adaptarse a su público y precisar sus objetivos. Es fundamental analizar el auditorio, por cuanto esto guía para determinar los objetivos, desarrollar estrategias, seleccionar el material de apoyo, organizar el material y pronunciar el discurso.

El objetivo u objetivos específicos versan sobre lo que de manera concreta se desea que el auditorio comprenda, haga o decida. En los discursos persuasivos cada una de las partes plantea una hipótesis de solución al problema debatido que permite perfilar el discurso. El proceso es una contienda entre hipótesis en competencia que el juez tiene la tarea de dirimir. Por ejemplo, la Fiscalía pretenderá que se declare responsable al acusado, por homicidio intencional; mientras que el defensor todo lo contrario, el juez se convenza de que el acusado actuó en defensa justa. Cada pretensión define los contenidos del discurso, por esto, para que este sea eficaz es clave que en el proceso de creación se tenga claro cuál es la Teoría del Caso o la hipótesis central que vamos a defender, cuáles son los problemas jurídicos que el asunto plantea, pues esto nos permitirá buscar las pruebas y las razones que soporten nuestra Teoría, organizar el discurso y luego pronunciarlo con fundamentos sólidos.

## **2. IMPORTANCIA DE LA ARGUMENTACIÓN EN LA APLICACIÓN DEL DERECHO**

La argumentación, en un sentido muy amplio, es toda aquella actividad dirigida a la *fundamentación* o *justificación* de una posición. No se trata, por tanto, de una actividad exclusiva de los ámbitos académicos o de ciertas áreas especializadas, muy por el contrario, está también de manera



continúa en nuestra vida diaria. Constantemente nos vemos expuestos a la necesidad o a la conveniencia de apoyar nuestros puntos de vista, de rebatir opiniones contrarias o de justificar determinadas decisiones, entre otros muchos ejemplos<sup>42</sup>. La argumentación, es vital en las relaciones sociales, sirve para justificar los pensamientos y comportamientos, para disuadir a los demás sobre un punto de vista, para influir sobre el comportamiento de los otros, para adoptar decisiones y defender convicciones.

Desde el ámbito académico, la argumentación desempeña un lugar de significativa relevancia en contextos relacionados a la ciencia en general y, en particular, en el ámbito jurídico. Desde la moderna teoría de la argumentación jurídica, es vista como una actividad racional. En ese sentido, argumentar, significa un saber que consiste en apoyar, defender o respaldar una idea o tesis. Mediante la argumentación alegamos una serie de razones (expresadas a través del lenguaje) que sustenta cierta posición con el propósito de persuadir o convencer a nuestros interlocutores. La validez de las proposiciones científicas en el ámbito del Derecho depende mucho de cuán persuasivo sean las argumentaciones. La retórica de la ciencia incluye solo argumentos lógicos rigurosos, basados en reglas deductivas y en inferencias inductivas corroboradas empíricas<sup>43</sup>.

---

<sup>42</sup> MARTÍNEZ ZORRILLA, David. *Metodología jurídica y argumentación*. Madrid, Marcial Pons, 2010, p. 187.

<sup>43</sup> Como señala David MARTÍNEZ ZORRILLA, la argumentación, se trata de una definición extremadamente amplia, ya que no se toma en cuenta ni el tipo de afirmaciones que se ofrecen ni la "calidad" de las mismas. Ello implica que, por débiles o inadecuadas que sean las razones ofrecidas, seguiremos estando frente a un argumento en tanto que lo que se pretenda sea el apoyo o defensa de una posición (o el ataque a la misma, ya que atacar un punto de vista es defender la tesis de que éste resulta inadecuado o incorrecto). En consecuencia, es posible diferenciar entre buenos y malos argumentos. Los malos



En una correcta argumentación, los razonamientos deben sujetarse a las leyes de la lógica. En la argumentación usualmente se combinan partes expositivas (presentación de los hechos) y partes argumentativas (las razones que justifican la argumentación). La estrategia argumentativa a menudo podría expresarse en un breve resumen del razonamiento que debe ser expuesto. En cambio el producto escrito será una exposición ordenada de ese razonamiento amparando sus resultados en fuentes empíricas que surjan de la investigación.

¿En qué consiste la justificación de una argumentación? MARTINEZ ZORRILLA, señala que la justificación requiere, al menos, dos aspectos o elementos:

a) Por una parte, que el vínculo o la conexión entre las premisas y la conclusión sean adecuadas; esto es, que realmente esas premisas permitan sustentar la conclusión mediante una estructura de razonamiento correcta (corrección lógica).

b) Por otra parte, es necesario también que las propias premisas sean sólidas, correctas o justificadas, pues, por mucho que nuestro razonamiento sea formal o lógicamente correcto, y que las conclusiones se deduzcan de las premisas, éste no tendrá mucha fuerza si se fundamenta en premisas débiles, falsas o incorrectas<sup>44</sup>. A estas dimensiones se las conoce como *dimensión interna* y *dimensión externa* de justificación, o simplemente como *justificación interna* y *justificación externa*.

---

argumentos suelen ser denominados como "falacias". Una *falacia*, por tanto, es un sinónimo de un mal argumento o, de forma genérica, de un error en la argumentación.

<sup>44</sup> Cfr. MARTÍNEZ ZORRILLA, David. *Op., cit.*, p.191.



A la justificación interna se la considera como un argumento que está internamente justificado si, y sólo sí, entre las premisas y la conclusión existe un vínculo lógico correcto. Esto es, si se ajusta a las leyes de la lógica, de modo que la conclusión se *deduce* o se infiere lógicamente a partir de las premisas. En otras palabras, un argumento justificado desde el punto de vista interno es un argumento lógicamente válido.

Ejemplo:

1. Según el Derecho penal peruano, el extranjero que haya cumplido la condena impuesta será expulsado del país, quedando prohibido su reingreso.
2. X de nacionalidad argentina ha cumplido su condena.

Por lo tanto:

3. X debe ser expulsado del país y prohibido su reingreso

En cambio, en la justificación externa, un argumento está justificado si, y sólo si, las premisas del razonamiento son sólidas (verdaderas, correctas, etc.). Un argumento satisfactorio debe basarse en una selección adecuada de sus premisas. La fortaleza de un razonamiento depende directamente de que las razones que se aporten para justificar la conclusión sean adecuadas; si son débiles, cuestionables, o directamente falsas, el argumento carecerá de fuerza justificatoria. La dimensión de la justificación externa plantea muchas más dificultades que la justificación interna. La solidez de un premisa es habitualmente una cuestión de grado; no hay premisas simplemente correctas o incorrectas, sino justificadas en mayor o en menor grado, o más o menos sólidas. También depende del contexto argumentativo: en el ámbito de la discusión científica, por ejemplo, el nivel de rigor y exigencia en relación con las premisas será muy superior al que

podamos exigir en nuestra vida cotidiana. Por otro lado, aquello que ofrece solidez a una premisa que describen ciertos hechos, su justificación dependerá de que sean verdaderas, esto es, de que se ajusten o acomoden a la realidad que describen, mientras que si se trata de un discurso prescriptivo o normativo, la corrección debe basarse en otros parámetros, ya que, en sentido estricto no puede hablarse de verdad o falsedad en relación con las normas o juicios de valor<sup>45</sup>.

Ejemplo:

1. Si acontece el hecho X, debe aplicarse la consecuencia jurídica Y (premisa normativa).
2. Acontece el hecho X (premisa fáctica).
3. Por lo tanto,
4. Debe aplicarse la consecuencia jurídica Y.<sup>46</sup>

En ese entender, los componentes de la argumentación son comúnmente tres: premisas, inferencia y conclusión. En el primer caso, se tiene que toda premisa es ante todo un juicio, así al ser expresado ese juicio se transforma en una proposición. Las premisas son proposiciones que expuestas implícitamente, permiten demostrar una teoría, una opinión, una hipótesis o una idea. Esta premisa se divide en dos clases: la mayor y la menor. La mayor es aquella que contiene la referencia genérica, o bien, es la

---

<sup>45</sup> *Ibid.*, p. 194. Además, señala MARTÍNEZ ZORRILLA que, en el ámbito jurídico, abogados, jueces, teóricos o dogmáticos, etc., la argumentación se basa, fundamentalmente, en dos tipos o categorías generales de premisas. Por una parte están aquellas premisas que se refieren al contenido del Derecho (qué dice o establece el Derecho para cierto caso). Estas premisas suelen denominarse premisas normativas, y su justificación dependerá del grado en que se ajusten o no a lo que realmente el sistema jurídico establece. Por otro lado, otras premisas son las relativas a los hechos del caso; en cuanto se refieren a hechos (algo que aconteció), su justificación dependerá en principio de su verdad o falsedad, pero en el contexto jurídico, el criterio relevante es el de la *prueba*: las premisas fácticas que pueden usarse de manera justificada en un razonamiento jurídico para justificar una decisión son las relativas a los hechos que han sido *probados*.

<sup>46</sup> MARTINEZ ZORRILLA, David. *Op.cit.*, p.195.



proposición que se encuentra enunciada de modo amplio, haciendo referencia al conjunto, clase o relación de la cual puede desprenderse una o más propuestas, para obtener una consecuencia no conocida. La premisa menor es la proposición que establece el referido específico que se encuentra contenido o vinculado a la premisa mayor. Es de rango específico o foco referente que permite dar consistencia real al argumento. Es precisamente en la premisa menor donde se formaliza la teoría jurídica<sup>47</sup>.

De acuerdo a lo expuesto, la argumentación deviene y consiste en esgrimir una serie concatenada de razonamientos convenientemente expuestos, para persuadir al destinatario de la veracidad o validez de una tesis que, por lo general, no está demostrada fehacientemente con anterioridad<sup>48</sup>. La argumentación es un razonamiento que se hace con el propósito de conseguir la aceptación o rechazo de una tesis propuesta (...) es la cadena de argumentos, presentados y discutidos, convenientemente, para fundamentar el planteamiento de una tesis<sup>49</sup>. También, argumentar, es la constatación de que uno de nuestros modos de comportamiento lo constituye la práctica de razonar, de dar razones a otros a favor de lo que hacemos, pensamos o decimos<sup>50</sup>; "aquellas características de la racionalidad que denota coherencia y estructura lógica de los pensamientos, por la cual, a partir de conocimientos previos, se provoca otros nuevos,

---

<sup>47</sup> *Ibid.* p. 244-247.

<sup>48</sup> *Cfr.* CASTILLO ALVA, José Luís y coautores. *Op.cit.* p. 233.

<sup>49</sup> *Ibid.*

<sup>50</sup> TOULMIN, Stephen E. *The uses of argument*. Cambridge University Press, 1958, citado por Manuel ATIENZA, *Op. cit.*, p. 138. Lo que interesa a TOULMIN, principalmente son los argumentos, pues, afirma que quien argumenta manifiesta su racionalidad o su falta de racionalidad según que se muestre abierto al argumento (*open to argument*), esto es, reconocer la fuerza de las razones o trata de replicar a ellas, etc., o sordo al argumento (*deaf to argument*), esto es, ignora las razones contrarias, o replica a ellas con aserciones dogmáticas.



utilizando la técnica denominada argumentativa<sup>51</sup>. La finalidad es conseguir la aceptación o rechazo de un punto de vista, consensuar con los demás con razones y argumentos. Su importancia radica en el hecho de que, con la argumentación suplimos la falta de pruebas materiales fehacientes respecto a la veracidad o falsedad de la posición objeto de análisis o cuestionamiento.

De acuerdo a esta descripción, la argumentación tiene como base y característica fundamental la racionalidad que expresa coherencia y estructura lógica de los pensamientos, por la cual, a partir de conocimientos previos, se provoca otros nuevos, utilizando la técnica denominada argumentación. Aunque la argumentación es más aceptada como técnica en la ciencia jurídica, el hecho que sea reconocida como tal, le da sustento para darle categoría de método, por cuanto, a través de ella se incrementa el conocimiento jurídico. La coherencia y estructura lógica se desarrolla a través del lenguaje, por lo que depende de éste. El lenguaje es una herramienta de comunicación extremadamente importante y versátil, que permite llevar a cabo las más diversas tareas, mucho más allá de la simple transmisión de ideas e información.

De otra parte la argumentación como técnica y método tiene su basamento en las características generales:

- a) **COHERENCIA LÓGICA:** por principio toda argumentación debe ser coherente, en sus fundamentos que la sustentan: antecedentes y premisas.

---

<sup>51</sup> Cfr. CASTILLO ALVA, José Luis, LUJAN TÚPEZ, Manuel y Róger ZAVALETA RODRÍGUEZ. *Razonamiento judicial; interpretación, argumentación y motivación de las resoluciones judiciales*. Lima, Gaceta Jurídica, 2004, p. 148.



- b) RAZONABILIDAD: a partir de la argumentación llegamos a conclusiones suficientemente racionales, tanto materiales como formales.
- c) IDONEIDAD: la argumentación debe ser suficientemente idónea, a partir de las premisas que sustentan una posición.
- d) CLARIDAD: la posición que se argumenta debe ser clara, que supere toda apreciación meramente subjetiva y no lleve a confusión.

Por último, la argumentación tiene sus reglas básicas o incluso obvias, pero no por ello menos importantes. En consideración a su importancia pedagógica reproducimos las reglas señaladas por MARTÍNEZ ZORRILA<sup>52</sup>. Entre dichas reglas pueden destacarse las siguientes:

**1) Tratar de distinguir claramente entre las premisas y la conclusión del argumento**

No es necesario indicar expresamente: «la conclusión del argumento es», o «las premisas son», pero conviene que la redacción permita determinar claramente y, sin equívocos, qué es lo que se defiende (conclusión) y cuáles son las razones en que eso se basa (premisas). Resulta preferible colocar la conclusión o bien al inicio o bien al final del razonamiento, en lugar de ubicarla en medio.

**2) Presentar las ideas de manera ordenada**

---

<sup>52</sup> El autor expone, en el libro comentado *ut supra*, dieciséis reglas que las consideramos de vital importancia en el proceso de argumentación en las investigaciones de naturaleza jurídica.



Resulta preferible, además fácil de entender un argumento que presenta las diferentes ideas o premisas una por una, y de manera ordenada, en una sucesión que pueda ser calificada como «natural» , en lugar de presentar las ideas entremezcladas y desordenadas, pasando de un punto a otro, volviendo después a un punto anterior, etc.

### **3) Optar por las premisas más fiables**

La justificación (externa) de un argumento depende directamente de la calidad y solidez de sus premisas. Por eso, ante la posibilidad de utilizar distintas premisas, es preferible usar aquellas que resulten más fiables, por ser más obvias o compartidas, o para poder ser defendidas mediante mejores argumentos.

### **4) Utilizar un lenguaje concreto y específico**

Cuando se trata de argumentar, lo más importante son las razones aportadas en apoyo o justificación de algo, y no la belleza o calidad literaria de la redacción. El uso de un lenguaje lleno de metáforas y otros recursos literarios. Así, una redacción excesivamente recargada o grandilocuente, no suele ayudar a mejorar la calidad de la argumentación y, más bien, contribuye a aumentar las confusiones, malentendidos e imprecisiones.

### **5) Evitar el lenguaje emotivo**

El objeto de la argumentación es la fundamentación o justificación racional de algo, y no la mera persuasión psicológica. Va más allá, se trata de persuadir racionalmente. El lenguaje emotivo apela a los sentimientos y



no a la razón, y además, no contribuye a una mayor claridad argumentativa (más bien al contrario) ni una mayor calidad racional del argumento.

#### **6) Ser consistente en el uso de los términos**

Resulta recomendable utilizar siempre el mismo término o expresión, o el mismo conjunto reducido de términos o expresiones, para referirnos a un mismo concepto o idea. Si la terminología se mantiene de manera consistente a lo largo del argumento, es más fácil su comprensión y su análisis. Utilizar excesivos sinónimos o cambiar el modo de referirnos a un mismo objeto no incrementa la calidad del argumento e induce a confusión.

#### **7) Usar un único significado para cada término para evitar la ambigüedad**

La pluralidad de significados de un mismo término o expresión puede provocar confusiones e incluso dar lugar a falacias argumentativas (falacia de la ambigüedad). Por ello, es muy aconsejable que, cuando se utilizan palabras o expresiones ambiguas, se determine claramente cuál es el significado en el que la expresión está siendo usada (mediante una definición, por ejemplo), y ser consistente a lo largo de todo el argumento.

#### **8) En los argumentos basados en ejemplos, buscar más de un ejemplo**

El recurso de los ejemplos, es uno de los modos en que podemos intentar fundamentar una afirmación o teoría. Pero si optamos por esta técnica, conviene que, siempre que sea posible, no los limitemos a un único ejemplo, sino que, busquemos un mayor número de ellos, y de ser posible



que sean variados. Si nos limitamos a un único ejemplo, la afirmación se hará sospechosa, ya que surge la duda de que podría tratarse de una excepción, más que de la regla general, o de que otros ejemplos contrarios sean más representativos.

### **9) Los ejemplos deben ser representativos**

Un aspecto más problemático del recurso de los ejemplos, es el que afecta no a su número, sino a su calidad. No sólo tiene que haber una cantidad suficiente de ejemplos, sino que éstos deben ser representativos. Eso quiere decir (aun siendo conscientes de su gran vaguedad) que debemos buscar ejemplos que reflejen la situación general, y en los casos excepcionales. Por ejemplo, no sería adecuado tratar de justificar la afirmación «es falso que en la actualidad las mujeres estén discriminadas en el mundo» utilizando el ejemplo de que las mujeres de clase media en las sociedades escandinavas no están discriminadas. Sobre este punto, sería mucho más adecuado el recurso a datos estadísticos, como por ejemplo, el porcentaje de mujeres a nivel mundial que ocupan cargos públicos de responsabilidad, o el de mujeres que forman parte de los consejos de administración de las grandes empresas.

### **10) Tener en cuenta los contraejemplos**

También, al recurrir a los ejemplos en apoyo de cierta posición o punto de vista, debe tenerse en cuenta lo siguiente: ¿existen contraejemplos?



¿Son estos contraejemplos lo suficientemente representativos como para desvirtuar la afirmación? Y si no lo son, ¿por qué?

### **11) La analogía requiere una similitud relevante**

El recurso de la analogía como método para justificar algo supone la comparación entre dos casos (situaciones, objetos) con el fin de señalar que éstos comparten ciertas características en común que justificarían al ser tratados de la misma manera. Por ejemplo, un razonamiento analógico sería el siguiente: «La asistencia sanitaria pública y universal sufraga totalmente el coste de la prótesis necesarias para que un paciente pueda desarrollar, en la medida de lo posible, una vida normal. Las gafas que corrigen defectos ópticos como la miopía o el astigmatismo) son como las prótesis, que se administran al paciente para que éste pueda desarrollar una vida normal (lo que se requiere una visión correcta). Por tanto, la asistencia sanitaria pública debería sufragar también los costes de las gafas». Este razonamiento se fundamenta en las similitudes entre las prótesis y las gafas para justificar un mismo trato de ambas. Pero dos objetos (situaciones, etc.) nunca son ni lo bastante similares como para compartir todas sus características (pues entonces sería el mismo objeto), ni lo bastante diferentes como para no compartir alguna característica. Por eso no basta con que las situaciones compartan alguna característica, sino que tal aspecto, debe ser relevante, para ser considerarlo como una razón para recibir un mismo trato. No sería aceptable, por ejemplo, que un profesor intentara justificar el poner la misma nota a dos estudiantes por el hecho de tener el mismo color de pelo.

### **12) En el argumento de autoridad, las fuentes deben ser citadas**



Esta regla se explica por sí misma. Si recurrimos a una autoridad para fundamentar nuestro punto de vista, debemos identificarla adecuadamente, o de lo contrario dará la impresión de que se trata de una simple invención.

### **13) Las fuentes deben ser cualificadas**

Como en la falacia de autoridad (*ad verecundiam*), un aspecto básico para la corrección del recurso a la autoridad, es que, el sujeto al que se recurre sea realmente un experto reconocido en el ámbito de que se trate<sup>53</sup>. Nadie puede ser un especialista sobre cualquier tema, y únicamente está justificado el recurso de la autoridad sobre las cuestiones que constituyen el ámbito de especialidad del sujeto en cuestión

### **14) Las fuentes deben ser imparciales**

No resulta adecuado el recurso de una autoridad cuando ésta tiene un interés directo en aquello que promociona o critica. Por ejemplo, las afirmaciones del gobierno sobre el estado de la economía no suelen ser los indicadores más fiables sobre el estado real de la economía, ya que todo gobierno quiere aparecer frente a la opinión pública como un buen gestor y, por tanto, suele exagerar los logros y minimizar los fracasos. O, si queremos

---

<sup>53</sup> El argumento de autoridad o *argumentum ad verecundiam*, es aquel que utiliza actos o juicios de una persona o grupo de personas como medio de prueba en favor de una tesis. En la producción jurídica de nivel académico o, simplemente, en los medios jurisdiccionales y la defensa libre, se suele utilizar el argumento de autoridad, es decir, la referencia de algún jurista o doctrinario para hacer prevalecer una determinada posición. Sin embargo, si bien el argumento de de autoridad puede servir de apoyo a una determinada posición, podría darse el riesgo de perder el criterio propio y limitar la creatividad. Es por ello que se recomienda hacer uso de forma moderada y en forma oportuna.



tener información sobre un producto (en especial, sobre las ventajas e inconvenientes en relación con otros productos de la competencia), no suele ser un buen criterio basarnos en la información ofrecida por el fabricante de ese producto. Ahora bien, eso no significa necesariamente que lo que digan estas fuentes sea falso, aunque la existencia de un fuerte interés personal en la cuestión debería ponernos en guardia.

#### **15) El recurso a la autoridad pierde fuerza en caso de discrepancias entre las fuentes**

Resulta bastante común que entre los especialistas de una determinada disciplina existan desacuerdos, en muchas ocasiones incluso en cuestiones básicas o centrales. Eso hace que el recurso a una autoridad no goce de tanta fuerza, desde el momento que existen otras autoridades de un prestigio comparable, que sostienen puntos de vista contrarios o incompatibles. En esos casos, lo más importante son las razones que fundamentan cada conclusión o punto de vista.

#### **16) Consideraciones acerca de las causas**

El establecimiento de relaciones causales entre dos eventos es una cuestión especialmente problemática y compleja. Hay muchos aspectos a tener en cuenta y conviene ser muy prudente y conservador antes de aventurarse a plantear (e intentar justificar) que A es la causa de B. Entre los aspectos a considerar se encuentran, como ya sabemos, el de la distinción entre la correlación y la causalidad (la primera no implica la segunda). En el caso de que hallamos una correlación podrían ocurrir distintas hipótesis,



como que tanto A como B tengan una causa común C, o que A sea la causa de B, o que B sea la causa de A, o que las causas sean complejas (no necesariamente todo acontecimiento tiene una única causa; puede ocurrir que A sea una condición necesaria para la existencia de B pero que no sea suficiente, puesto que se requiera también la concurrencia de C).

### **3. NOCIÓN DE LA TEORÍA DEL CASO**

El juicio oral es un espacio público mediante el cual un grupo de personas establecen una relación jurídica, que permite que se reúnan para que un juez administre justicia. Para ello existe un fiscal que acusa y un defensor que defiende. Cada parte aparece en el proceso respaldando su teoría del caso, que orienta los objetivos y las estrategias que se han de seguir en el desarrollo del proceso. En ese sentido, la Teoría del Caso es la tesis o la propuesta de solución que las partes dan a los hechos que son objeto de controversia. Es lo que se pretende que el juez crea. Es la versión que de los hechos ofrece cada sujeto procesal. La Teoría del Caso supone que cada parte toma una posición frente a los hechos, la evaluación de las pruebas y la calificación jurídica de la conducta.

La Teoría del Caso es, pues, el planteamiento que la acusación o la defensa hace sobre los hechos penalmente relevantes, las pruebas que los sustentan y los fundamentos jurídicos que lo apoyan. Se presenta en el alegato inicial como una historia que reconstruye los hechos con propósitos persuasivos hacia el juzgador. Esta historia persuasiva contiene escenarios,



personajes y sentimientos que acompañan toda conducta humana. Es la teoría que cada una de las partes en el proceso penal plantea sobre la forma en que ocurrieron los hechos, la responsabilidad o no del acusado, según las pruebas que presentarán durante el juicio. Es el guión de lo que se demostrará en el juicio a través de las pruebas.

En ese sentido, es necesario que los especialistas dedicados al proceso penal reorienten su punto de referencia al momento de elaborar la teoría del caso que defiendan en juicio, trasladando su mirada a las normas penales sustantivas, básicamente en lo relacionado a la teoría del delito, pues como veremos a continuación no es posible trabajar una Teoría del Caso, sin tener claros los conceptos de la Teoría del Delito.

El nuevo Código Procesal Penal, que está entrando en vigencia de manera progresiva en el Perú, contempla un proceso penal en el que en la etapa del juzgamiento se realiza sobre la base de a Teoría del Caso (punto de vista fáctico, probatorio y jurídico) que presentan las partes al realizar sus alegatos de apertura en lo que constituye la primera etapa del juzgamiento. Luego de dicha presentación, una segunda etapa se centra en la actuación probatoria destinada a acreditar la parte fáctica de la teoría del caso, y una tercera etapa, la de los alegatos de apertura, que además de ser un recuento y/o balance que hacen las partes de lo acreditado en la etapa probatoria, constituye el momento en el que se deben realizar las argumentaciones jurídicas pertinentes; se discuten dogmática y probatoriamente la existencia de tipicidad, antijuricidad y culpabilidad (elementos esenciales del delito), sin dejar de lado tampoco a la *punibilidad*,



en la que suelen situarse figuras como las llamadas condiciones objetivas de punibilidad o las excusas legales absolutorias.

El Ministerio Público, para lograr que el acusado sea condenado, deberá demostrar que los hechos imputados son típicos, antijurídicos y además que no existen causales de inculpabilidad, y que estén las condiciones de punibilidad; a la defensa, por el contrario, le bastará atacar con éxito cualquiera de las mencionadas categorías y si logra convencer al juzgador de su no presencia, conseguirá una absolución.

En nuestro país, en los distritos judiciales en que se está aplicando el nuevo modelo procesal penal, muchos fiscales pierden sus procesos por omitir considerar expresamente el ídolo en la teoría del caso que presentan en el juzgamiento, al creer indebidamente que se encuentra sobreentendido o que es tácito. Al respecto, se debe trabajar la idea de que el fiscal, al momento de elaborar una teoría del caso, debe señalar de manera inequívoca los hechos y las pruebas que servirán para sostener que se produce el tipo subjetivo del delito por el que se está acusando, de lo contrario, el primer elemento de la teoría del delito no se habría presentado. Finalmente, debemos señalar, coincidiendo con Jürgen Walter<sup>54</sup>, que la imposición de una pena puede quedar excluida por la presencia, no sólo de una causa de exclusión del tipo, la antijuricidad, de la culpabilidad o de la pena, sino que la sancionabilidad también decae, a su vez, cuando se utiliza la "facultad de prescindir de la pena". Naucke señala, con razón, que la dogmática jurídico-penal tradicional, ha quedado obsoleta: en efecto, a la

---

<sup>54</sup> WALTER, Jürgen, *Sistema integral del derecho penal*, Marcial Pons, Madrid, 2004.



vista de las nuevas posibilidades de pronunciar la culpabilidad sin imponer pena alguna, ya no es posible trazar una nítida frontera entre conductas impunes y conductas susceptibles de punición.

En resumen, cabe destacar lo siguiente: en el caso de que no se haya alcanzado del todo la intensidad y los presupuestos de las causas de exclusión del Derecho penal o de exclusión del tipo, o los de las causas de justificación o de exclusión del injusto, o los de las causas de exclusión de la culpabilidad o los de las causas de exclusión de la responsabilidad o de la misma, o bien cuando el injusto culpable tenga una menor entidad por otros motivos —así, por ejemplo, en supuestos en que concurren formas de dolo o de imprudencia menos graves—, en tales casos durante el juicio el fiscal planteará o la defensa solicitará un sobreseimiento del proceso o bien una renuncia a la pena o una atenuación de la misma. El criterio para la opción entre estas diversas alternativas (causas de exclusión material —sobreseimiento del proceso—, medición de la pena) habrá que extraerlo de la importancia respectiva de las circunstancias del caso, lo cual no se podrá discutir en juicio si es que no ha sido contemplado en la Teoría del Caso planteada.

En términos muy sintéticos, diremos que Teoría del Caso es el resultado de la conjunción de las hipótesis fáctica, jurídica y probatoria que manejan el fiscal y el defensor respecto de un caso concreto. O sea, es el conjunto de hechos que él ha reconstruido mediante la prueba, y ha subsumido dentro de las normas penales aplicables de un modo que pueda ser probado; este conjunto es el que defenderá ante el juez.



#### **4. CONTRUCCIÓN DE LA TEORÍA DEL CASO**

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

La Teoría del Caso no se comienza a desarrollar en el momento de la audiencia, sino desde la misma investigación. Con la *notitia criminis* y las primeras entrevistas. Tanto el defensor como el acusador están en posición de iniciar lo que será el borrador de su teoría del caso. Las pruebas que vayan acopiando irán perfilando esa idea, hasta hacerla tomar cuerpo de hipótesis. No hay duda de que en la Teoría del Caso el abogado deberá ir añadiendo y desechando elementos. Para cuando llegue al juicio, el litigante deberá haber acopiado todos los elementos probatorios que demostrarán su hipótesis fáctica y jurídica, los cuales serán muy importantes en la preparación del caso.

En ese proceso, no todos los elementos de la historia son útiles, y algunos que parecen no serlo cobrarán importancia después. La construcción de la Teoría del Caso es un continuo ir y venir por los hechos, hasta armar el rompecabezas de una historia donde no todos los testigos están, ni todas las evidencias se encuentran, o bien hasta ir armando una



historia donde es evidente que los hechos no se dieron de cierto modo y por esa razón la prueba de la contraparte es inconsistente. Ahí adquiere fortaleza la hipótesis que el abogado ha forjado para su caso.

**En el proceso de construcción de la Teoría del Caso se sugiere seguir los siguientes pasos:**

**Primer paso:**

Claridad y coherencia en el relato de los hechos: El fiscal parte de lo expresado en el documento policial, de la declaración de la víctima o de algún testigo. El abogado defensor parte de la declaración del imputado y testigos.

**Segundo paso:**

Determinación de la teoría jurídica: Identificar el tipo penal y sus elementos. Analizar las circunstancias modificatorias de la responsabilidad. Determinar supuestos de dogmática penal (por ejemplo: el error de prohibición).

**Tercer paso:**

Construcción lógico-jurídica de las proposiciones fácticas: Permiten unir el relato de los hechos con la teoría jurídica. Son afirmaciones de hechos que pueden ser reproducidos en juicio y que dan cuenta de un elemento de la teoría jurídica.

**Cuarto paso:**



Determinación de las evidencias: Las proposiciones fácticas deben estar acreditadas con pruebas declaradas admisibles y pertinentes.

**Quinto paso:**

Clasificación sistemática y metódica de la evidencia con miras al juicio oral: Antes de ingresar al juicio oral debemos saber que es lo que vamos a emplear, en qué orden y cómo lo vamos a formular.

**Sexto paso:**

Identificación autocrítica de debilidades del caso: Debemos saber cuáles son aquellos aspectos que podrían ser utilizados por la otra parte. Su identificación nos servirá para cubrir oportunamente nuestras debilidades.

**Sétimo paso:**

Se debe generar un tema o una frase acerca del caso: Se debe buscar una frase a manera de titular de un diario.

En todas las situaciones, la Teoría del Caso se comienza a elaborar desde el primer momento de que se tiene conocimiento del hecho. Si es la fiscalía, para definir hipótesis debe ir precisando cuáles son los requisitos de hecho exigidos por la norma que eventualmente habría que aplicar, para iniciar la búsqueda de la prueba que confirme la existencia de esos hechos jurídicamente relevantes. Si es el defensor, debe saber cuál es su estrategia defensiva, que fundamentos tiene el asunto para demostrar la inocencia o cuál es el grado de compromiso del imputado para examinar la posibilidad de negociar. Es decir, se deben considerar si están reunidos los requisitos de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, recordando que cada uno de estos supuestos exige a su vez requisitos que hay que analizar y probar.



**Para que la Teoría del Caso sea verdaderamente útil, debe cumplir con las siguientes condiciones:**

- a) Adoptar la sencillez en su contenido.** Los elementos que la integran deben contar con claridad y sencillez los hechos, sin necesidad de acudir a raciocinios abstractos y complejos.
- b) Aplicación de la lógica jurídica.** Porque debe guardar armonía y que permita deducir o inferir las consecuencias jurídicas de los hechos que la soportan como acto lícito o ilícito.
- c) Sustento de credibilidad.** Para lograrse explicar por si misma, como un acontecimiento humano real, creíble, acorde con el sentido común y las reglas de la experiencia, y debe ser fundamentalmente persuasiva al amparo de la argumentación. La credibilidad está en la manera como argumenta la historia y logra persuadir al juzgador.
- d) Suficiencia jurídica.** Porque todo el razonamiento jurídico se sustenta en el principio de legalidad y, por tanto, debe poder llenar, desde el punto de vista del acusador, todos los elementos de la conducta punible y de la culpabilidad. Desde el punto de vista del defensor, debe determinar la falta de un elemento de la conducta o de la responsabilidad, o de los antecedentes jurisprudenciales que fijan el alcance de la norma o la violación o inexistencia de los procedimientos que garantizan la autenticidad o admisibilidad de los medios de prueba (cadena de custodia).
- e) Romper lo absoluto y ser flexibilidad.** Dado que, inicialmente se concibe cómo será el juicio, pero este siempre está sujeto a un



conjunto de avatares e imprevistos como todo proceso adversarial. La Teoría del Caso debe ser lo suficientemente flexible para adaptarse o comprender los posibles obstáculos y desarrollos del proceso sin cambiar radicalmente, porque el cambio de Teoría del Caso da al traste con la credibilidad de cualquier sujeto procesal.

Una buena Teoría del Caso será entonces, aquella que contiene una hipótesis sencilla sobre los hechos y una clara adecuación típica de los mismos, sin que se entre en sofisticados razonamientos fácticos o dogmáticos, que sea creíble porque su posibilidad de acaecimiento es notoria y su formulación es lógica, y que logre explicar congruentemente la mayor cantidad de hechos que sustenten la propia pretensión, e incluso aquellos que fundamentan la teoría del caso de la contraparte y que han podido salir a luz en el transcurso del juicio.

## **5. ELEMENTOS SUSTANCIALES QUE COMPONEN**

### **LA TEORÍA DEL CASO**

#### **5.1. ELEMENTO JURÍDICO**

El aspecto jurídico consiste en el análisis de los elementos de Derecho de lo que queremos establecer. Para el defensor, significa examinar los elementos de la conducta punible, para establecer si hace falta alguna de ellos. También puede suceder que se plantea una teoría para que se disminuya la punibilidad. Por ejemplo, se indica que el acusado actuó como cómplice o que realizó la conducta punible en estado de ira o de intenso dolor. Es el punto de partida, todo gira en torno de esto. Consiste en el encuadramiento jurídico de los hechos dentro las disposiciones legales tanto

sustantivas como procedimentales. Es la subsunción de la historia en la norma penal aplicable.

## 5.2. ELEMENTO FÁCTICO

Lo fáctico consiste en los “hechos” relevantes, o más bien, tiene que ver con las afirmaciones fácticas que queremos que acepte el juzgador para establecer lo jurídico. Por ejemplo, en un caso de homicidio con arma de fuego: Lo jurídico consistiría en establecer que aunque alguien mató a la víctima, no fue su cliente el homicida. O sea, no disputaremos que “alguien” mató a la víctima con dolo. Nos centraremos en demostrar que no fue el sindicado. Esto nos lleva a lo fáctico. El defensor presentaría varios hechos para subsumirlos en lo jurídico (“no fue el cliente”):

- (i) El sindicado no estuvo en el lugar de los hechos;
- (ii) El sindicado estaba en su casa cuando mataron a la víctima;
- (iii) El sindicado no tenía móvil para matar a la víctima, y
- (iv) La policía no encontró la pistola que mató a la víctima.

Pero estos hechos no se demuestran solos, sino a través de pruebas, lo cual nos lleva a la evaluación de lo probatorio (las pruebas que establecen la existencia de los hechos que se alegan):

a) El primer hecho se demuestra por medio del testimonio del cliente que indica que no mató, por el testimonio del testigo presencial que no observó bien al autor, y por la cinta de cámara de video del lugar de los hechos que demuestra que el autor era más alto que el sindicado.

b) El segundo hecho se demuestra por el testimonio de la novia del sindicado que él estuvo con ella en la casa.



c) El tercer hecho se demuestra por testimonio de amigos del sindicato y víctima que eran muy amigos los dos.

d) Por último, el cuarto hecho, se demuestra por testimonio de la policía que manifiesta que nunca encontraron la pistola.

De esta manera, tenemos que lo fáctico sustenta lo jurídico. Es la identificación de los hechos relevantes o conducentes para comprobar la responsabilidad o no responsabilidad del procesado, hechos que deben ser reconstruidos durante el debate oral, a través de las pruebas. Los hechos contienen las acciones con circunstancias de tiempo, los lugares o escenarios, los personajes y sus sentimientos, el modo de ocurrencia, los instrumentos utilizados, y el resultado de la acción o acciones realizadas.

### **5.3. ELEMENTO PROBATORIO**

Cuando se sabe cuales son los hechos relevantes, viene la determinación y la clasificación de las pruebas que demuestran cada supuesto. Esto nos permite saber que fortalezas y debilidades tiene la Teoría del Caso, para definir si hay lugar a formular acusación cuando se trata de la fiscalía; o para saber que tan comprometida está la responsabilidad del defendido, cuando se trata del defensor. Es decir, lo probatorio consiste en examinar las pruebas que queremos presentar para establecer lo fáctico, tal como ya se mencionó. Sustenta la teoría fáctica y la jurídica.

Todo ello permite establecer cuáles son las pruebas pertinentes para establecer la certeza de la ocurrencia de la conducta punible y de la responsabilidad del acusado como supuestos de una sentencia condenatoria para la fiscalía, o la ausencia o deficiencia de estos requisitos en el caso de



la defensa, fallas procedimentales esenciales o la ruptura de la cadena de custodia que hace perder la autenticidad de la prueba. La teoría probatoria es el modo de comprobar ante el juez los planteamientos formulados.

La Teoría del Caso, entonces, está compuesta por tres niveles de análisis:

- a) La teoría de los hechos o teoría fáctica;
- b) La teoría jurídica o teoría del derecho aplicable al caso; y
- c) La base probatoria.

La razón de describir la Teoría del Caso como compuesta por tres elementos, es que si se dejara por fuera la base probatoria, lo que tendría el litigante sería una buena historia, pero no un buen caso, porque le faltarían los elementos de convicción que lo demuestren. Para que haya caso penal, es necesario que tengamos prueba. Tanto es así, que si en la etapa de investigación no es posible recoger los elementos de convicción que demuestre el dicho del ofendido, el fiscal pasará a la etapa de formulación de su requerimiento con una conclusión negativa, o sea, que no hay delito que perseguir.

La prueba es el elemento que permite formular un requerimiento acusatorio. Si el fiscal o acusador no tiene suficientes elementos de convicción en dicha audiencia de control, el juez encargado le rechazará su requerimiento por falta de fundamentación probatoria.

**La relación entre los tres elementos de la Teoría del Caso es de continuidad:**



**Primero:** encontramos que los hechos (teoría fáctica) tienen relevancia penal.

**En segundo lugar:** los encuadramos dentro de las normas penales que creemos aplicables (teoría jurídica y subsunción).

**En tercer lugar:** contrastamos esos hechos con la prueba (teoría probatoria). Cada elemento, típico de la historia será demostrado por otro elemento de convicción.

En las situaciones fácticas, jurídicas o probatorias discutibles, será la habilidad del fiscal la que pueda demostrarle al juez o al jurado que su hipótesis de la historia sí es una teoría del caso admisible.

## **6. FUNCIONES DE LA TEORÍA DEL CASO**

La Teoría del Caso sirve para planificar metodológicamente, razonar organizadamente el caso y monitorear cada etapa del juicio. Permite construir la historia persuasiva con significado penal relevante. En cada fase del juicio oral la Teoría del Caso ayuda a:

**A) Sirve de objetivo específico para que los operadores del Derecho servidores y las partes puedan planear y ejecutar las actividades de indagación e investigación y luego las propias del juicio.**

Es decir, sirve para trazar el programa metodológico de la investigación, los cuales han de tener relación con las hipótesis delictivas que se van creando.

Las hipótesis son objetivos específicos, que permiten a cada parte construir su teoría del caso, y que luego cada parte expondrá con el propósito de persuadir que la suya es la más creíble, por su veracidad y justicia.



**B) Planear y organizar el alegato de apertura.** La presentación inicial de la Teoría del Caso se realiza en el alegato de apertura. Este, como se verá más adelante, contiene la presentación del tema, la narración de los hechos, las pruebas que sustentarán la teoría y se practicarán en el juicio, y lo que logrará probarse. La Teoría del Caso es la esencia del alegato de apertura que permite organizarlo lógicamente y persuasivamente en sus aspectos fácticos, probatorios y jurídicos.

**C) Identifica la materia o el tema del asunto y los hechos jurídicamente relevantes.** Por eso permite orientar y planear las estrategias de la acusación y de la defensa.

**D) Permite a partir del tema y de los hechos relevantes.** Es decir, determinar las pruebas conducentes que se deben buscar y pedir en la audiencia, excluyendo lo que pueda resultar superficial.

**E) Organizar la prueba que se presentará.** La Teoría del Caso permite organizar la prueba de la forma que mejor convenga para vivificar la teoría del caso. Estas formas pueden ser cronológicamente que resulta ser la mejor forma para la Fiscalía ya que permite presentar la historia paso a paso, o, sistemáticamente o estratégicamente que es la mejor forma para la defensa ya que está dirigida a probar un supuesto jurídico determinado. La organización de la prueba permite eliminar las pruebas innecesarias y direccionar las pruebas que se presentarán hacia el hecho que se quiere probar, relacionarlas con los supuestos jurídicos y anticipar su contradicción por los demás sujetos procesales.



**F) Permite establecer el orden en que los testigos y peritos serán presentados.** Para ello, se debe privilegiar los testimonios fuertes al comienzo y al final para causar impacto sobre el juzgador, bajo el principio psicológico que lo que se retiene es lo primero y lo último. También permite organizar los interrogatorios orientando éticamente al testigo sobre su declaración y la secuencia del examen, así como orientarlo frente al contrainterrogatorio que vendrá después. Ayuda a analizar las debilidades de los testigos propios y adversos y a preparar el contrainterrogatorio respectivo.

**G) Facilita a partir de los hechos jurídicamente relevantes.** Esto es, interrogar y contrainterrogar a los testigos.

**H) Preparar el alegato de conclusión.** La culminación del debate oral es el alegato final. Se aconseja siempre diseñar la Teoría del Caso a partir del alegato de conclusión y devolverse para saber cuáles son los pasos que hay que dar y los presupuestos fácticos jurídicos y probatorios que deberán presentarse para que los argumentos establezcan las promesas realizadas en el alegato de apertura.

**I) Adoptar y desechar estrategias de defensa.** Con un buen diseño de la Teoría del Caso, el defensor está en capacidad de identificar cuál es su mejor posibilidad de defensa.

**J) Define los temas y la organización de los alegatos de apertura y finales.**

En ese sentido, la Teoría del Caso consiste en subsumir los hechos (teoría fáctica), dentro de la norma aplicable (teoría jurídica); según los



elementos de convicción recopilados (teoría probatoria); de modo que permitan construir una historia con significado penal relevante. No importa si el significado penal relevante es condenatorio o absolutorio, basta con que la teoría del caso concluya: Tal sujeto es [o no es] autor responsable de tal delito, y lo demuestre.

La Teoría del Caso identifica la acción, el sujeto activo, el sujeto pasivo, los objetos involucrados, las circunstancias de modo, tiempo y lugar, y las compara con los requisitos que en ese mismo sentido exige el tipo penal. Si se logra un encuadre significativo, se relaciona con la prueba que se ha acopiado. Si cada elemento de la historia tiene un referente en la prueba que así lo demuestre, se tiene una teoría del caso.

Desde la perspectiva de la acusación, la Teoría del Caso es una explicación jurídica de por qué ciertos hechos ocurridos deben dar lugar a una sanción penal en contra de su autor. Desde la óptica de la defensa, la Teoría del Caso es la explicación jurídica de por qué no debe sancionarse a aquel a quien se tiene por autor. Según lo verá el órgano jurisdiccional, la teoría del caso es la postulación que cada parte le presenta para que la asuma como una verdad jurídica. El juez deberá, finalmente, admitir una y solo una teoría del caso, la cual plasmarán en su decisión final.

En suma, la Teoría del Caso es el medio ideal para dirigir la investigación; planificar, direccionar y ejecutar la práctica de pruebas en el juicio; tener un concepto claro de la importancia de cada prueba y eliminar la prueba superflua e innecesaria; determinar la forma en que se realizan los



interrogatorios y contrainterrogatorios en el juicio; preparar los alegatos; entre otros.

## **7. LA TEORÍA DEL CASO Y EL ALEGATO DE APERTURA**

El alegato de apertura, declaración inicial, discurso de apertura o alegato preliminar es el primer relato de las partes e el juicio oral, cuyo objetivo principal es dar a conocer la teoría del caso y ofrecer a los jueces una mirada particular sobre los hechos<sup>55</sup>. Es definida también como aquel relato inicial que presenta los hechos desde la posición de cada litigante, con el objeto de ofrecer al tribunal una óptica, lente o mirada coherente, completa y creíble de los mismos, a partir de la cual los jueces logren ordenar, entender y aceptar los hechos del caso.

### **7.1. IMPORTANCIA DEL ALEGATO DE APERTURA**

La importancia del alegato de apertura radica en lo siguiente:

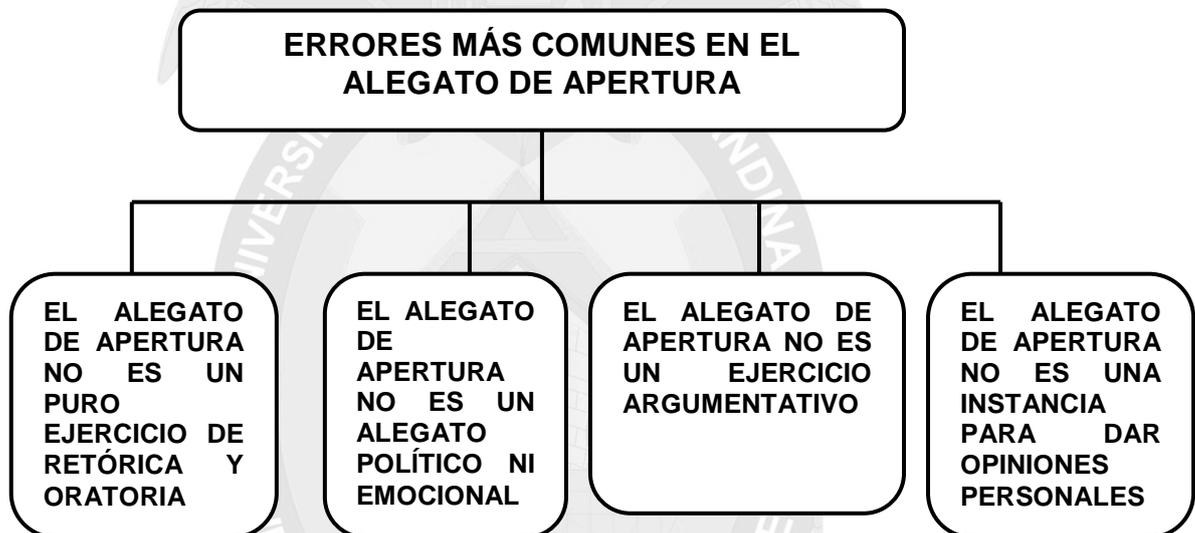
- a. Constituye la primera ocasión para dar a conocer al tribunal los hechos y los antecedentes que los fundamentan de cada parte.
- b. Permite fijar en el juez el tema de la teoría del caso y la visión de cada sujeto procesal.
- c. Permite ofrecer el punto de vista de cada parte, para la apreciación de la prueba.
- d. Permite organizar tanto la información de las partes, como el relato para los jueces.

### **7.2. ERRORES MÁS COMUNES QUE PUEDEN PRODUCIRSE EN LA EJECUCIÓN DEL ALEGATO DE APERTURA**

---

<sup>55</sup> Blanco Suárez et al., Litigación estratégica en el nuevo proceso penal, cit.

El alegato de apertura cumple una función fundamental en el desarrollo del juicio oral y, por lo tanto, no debe desaprovecharse la oportunidad de su actuación. Es por ello que se hace necesario advertir los errores más comunes que se cometen en la ejecución del alegato de apertura y cómo debe evitarse. Baytelman y Duce<sup>56</sup> han precisado y detallado correctamente estos errores más frecuentes.



- **El alegato de apertura no es un puro ejercicio de retórica u oratoria.** Generalmente se piensa que el alegato de apertura es un ejercicio de retórica u oratoria, en la cual se suele sobre utilizar palabras muy bien adornadas, muchas veces redundantes y sin mucho sentido. Todo ello debe ser evitado si es que no están en función de una teoría del caso sólida y consistente.

<sup>56</sup> Baytelman/Duce, Litigación penal: juicio oral y prueba, cit.



- **El alegato de apertura no es un alegato político ni emocional.** Debemos tener presente que el alegato de apertura no es un alegato político ni emocional, lo cual podría predisponer al tribunal de manera negativa respecto a nuestro caso. El alegato de apertura tiene por objeto fijar una cierta versión de los hechos del caso y hacer una promesa de evidencia que luego será presentada en el juicio.
- **El alegato de apertura no es un ejercicio argumentativo.** Otro defecto muy común en la litigación es que las partes comiencen a emitir conclusiones y a argumentar acerca de la prueba en este momento inicial del juicio. Esto es tanto inadmisibles desde un punto de vista, normativo, como arriesgado desde el punto de vista estratégico. A diferencia del alegato de clausura, el alegato de apertura no es un ejercicio argumentativo.
- **El alegato de apertura no es una instancia para dar opiniones personales.** El alegato de apertura no constituye un espacio en la cual los abogados puedan dar sus opiniones, las mismas que resultan irrelevantes. Ergo, debemos evitar en esta instancia emitir opiniones, por ejemplo, sobre la calidad y seriedad de las investigaciones de la policía.

### **7.3. CONTENIDO DEL ALEGATO DE APERTURA**

El alegato de apertura contiene todos los elementos de la teoría del caso:

- a. Una narración persuasiva de los hechos (elemento fáctico).



- b. Los fundamentos jurídicos que permiten soportar legal y doctrinalmente la tesis (elemento jurídico).
- c. Las pruebas que los demuestran y que se practicarán en el debate (elemento probatorio).

Para comunicar efectivamente la teoría del caso, es muy importante fijar desde el primer momento el tema de la misma y repetirlo varias veces (como máximo tres) durante el alegato de apertura. Igualmente, plantear los temas de la controversia<sup>57</sup>.

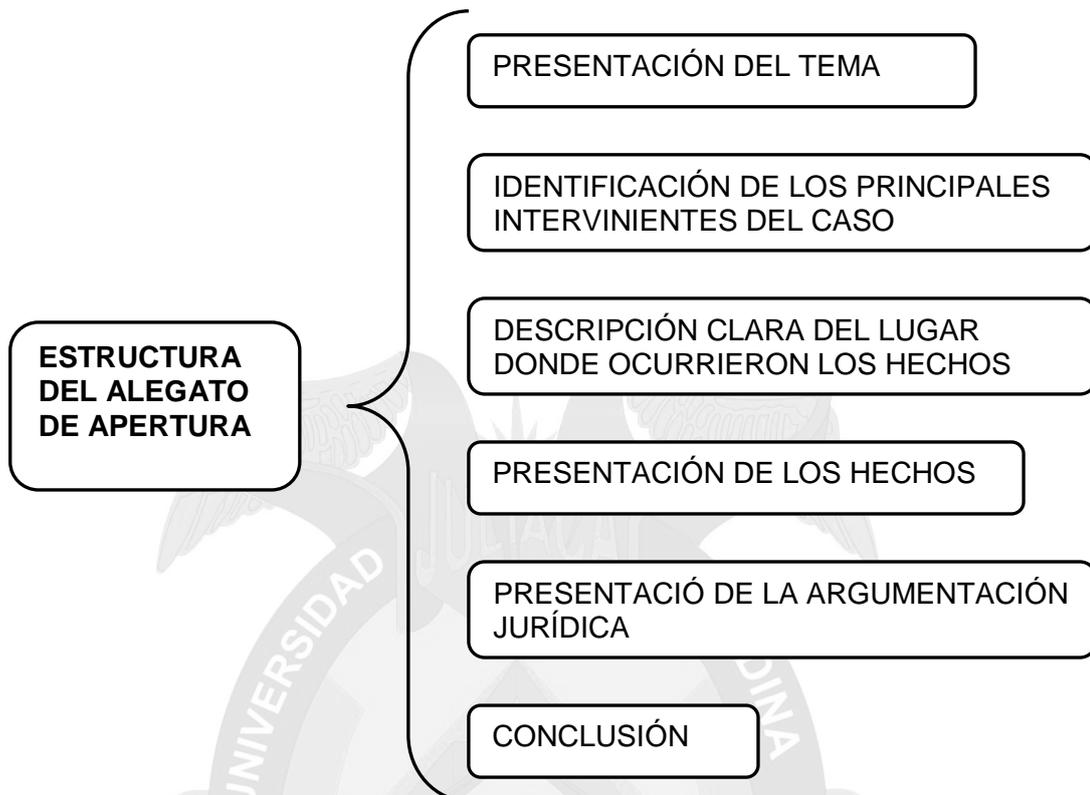
#### **7.4. ESTRUCTURA DEL ALEGATO DE APERTURA**

No existe un formato o una sola estructura del alegato de apertura. Éste depende de las particularidades del caso y de la formación y estilo del abogado:

1. **Presentación del tema.** El tema es la frase que sintetiza la teoría del caso y que destaca sus características particulares. El alegato desde su inicio debe enviar un mensaje claro al juzgador, por tanto, antes que presentaciones distractoras y llenas de contenido abstracto o doctrinal, es conveniente desde el comienzo enviar el mensaje claro del tema sobre el que versa la teoría del caso. Vuelva a utilizarlo durante el desarrollo de su argumentación y termine su alegato con dicha frase.

---

<sup>57</sup> Técnicas del juicio oral en el nuevo Sistema Penal de Nuevo León; Programa de Divulgación.



- 2. identificación de los principales intervinientes en el caso.** La identificación de los intervinientes es importante porque permite a los abogados personalizar y humanizar un conflicto que hasta ese momento solo conocen los jueces en abstracto. Es importante conectar las primeras ideas con el nombre de la víctima o del acusado, según el rol del litigante, generando así un relato en torno a su posición en la teoría del caso.
- 3. descripción clara del lugar donde ocurrieron los hechos.** Esta descripción no debe ser asumida como una pura formalidad, sino ser puesta al servicio de la historia.
- 4. presentación de los hechos.** El alegato de apertura es una introducción al juicio, una presentación de lo que se debatirá y



del criterio con el cual se abordará la controversia. Por tanto, al no existir aún el caudal probatorio practicado y controvertido, no hay lugar para realizar la crítica de las pruebas, ni inferior o argumentar conclusivamente sobre el caso. Esto es propio del alegato de clausura.

5. **presentación de los fundamentos jurídicos.** Consiste en enunciar al juez las disposiciones sustantivas y adjetivas (Código Penal y Código Procesal Penal) que fundamentan su teoría.
6. **conclusión.** El alegato de apertura debe concluir con una petición concreta sobre lo que será la realidad del juicio. La petición debe ser concreta, completa y clara para fijarse en la mente del juez. La verdad es que una buena mayoría de los casos penales el derecho está bastante claro, y lo que realmente determina el caso es el establecimiento de los hechos.

## **8. LOS ALEGATOS DE FINALES**

Al haberse producido toda la actuación probatoria en el desarrollo de las audiencias que tomaron lugar en el juzgamiento, se llega a un punto culminante donde las partes confrontadas tienen la última posibilidad de dirigirse al tribunal sentenciador, de dirigirse oralmente al órgano jurisdiccional, a fin de persuadirlo, de convencerlo, en el sentido de que su tesis de los hechos propuesta en el debate es la mayor fiabilidad ostenta según las pruebas actuadas, que precisamente los términos que propuesto en su teoría del caso al iniciarse el juicio oral son los que más se adecuan a la verdad que se busca alcanzar en el proceso. Por consiguiente, la etapa de



los "alegatos finales" no constituye de ningún modo un pasaje formal del juzgamiento, antes de pasar a la etapa de deliberación, que de forma concatenada, sintética y coherente puede terminar por convencer al tribunal en determinado sentido.

Las partes adversariales han de ser sumamente preocupadas de que sus alegatos hayan de corresponderse fielmente con la actuación probatoria desarrollada en el juzgamiento, de que las proposiciones fácticas que componen su teoría del caso se encuentren debidamente demostradas, acreditadas con las pruebas actuadas, que a su vez tiene coherencia argumentativa para dar pie a la teoría jurídica que ella pretende sustentar. De que el hecho constituye un hecho punible reprimible, puesto que en el juicio ha quedado demostrado, que el acusado fue quien con su obrar antijurídico, causó la lesión al bien jurídico tutelado y no así otros factor causal concomitante, como intenta alegar la defensa de forma infructuosa, de que la coartada que se incorporo fue adecuadamente desbaratada en el contraexamen que se realizo sobre los testigos que ofreció la defensa. Dicho de otro modo, los alegatos finales serán el producto de los debates contradictorios, que de forma adversarial dieron lugar en el juzgamiento, sinterizando las aspiraciones en cuanto a su acogimiento en la resolución que pone punto final al proceso.

Para presentar los alegatos de conclusión, las partes no tienen tiempo para preparar y estudiar con paciencia su exposición, puesto que la intervención se presenta una vez que concluyan las pruebas. Por ello, en el desarrollo de la audiencia, el fiscal y el defensor deben estar absolutamente



atentos y concentrados, de forma tal que al terminar la práctica de pruebas, estén debidamente preparados para el reto final. Aquellos abogados que improvisaron todo lo referente al juicio, que no fueron diligentes para preparar a sus testigos, que no supieron efectuar las practicas del contraexamen, no podrán emplear los alegatos como un ama contundente para demostrar la fiabilidad de su teoría, ya tesis del caso, pues por mas muchos que puedan ser en las técnicas de litigación oral, adolecerán de la correspondiente coherencia que ha de revelarse entre la actuación probatoria y sus palabras finales.

Ha de observarse diferencias entre el alegato de apertura y el alegato final. Dicen en la doctrina, que mientras el alegato de apertura, y en el examen de testigos, la completa presentación de la prueba aún no se ha producido y, por lo tanto, no es procedente que los abogados expliciten en ellos ninguna conclusión (en consecuencia, objetable), el alegato final no solo permite al abogado sugerir conclusiones al tribunal acerca de la prueba presentada, sino que lo urge a hacerlo.

En resumidas cuentas, los alegatos finales no pueden ser advertidos como una última súplica de la defensa, para que el acusado sea absuelto o la condena sea benevolente en su magnitud, sino el epílogo de toda una estrategia que fue trazada a inicios del proceso, que viene a demostrar de forma coherente y veraz que la versión que se propuso al inicio del debate con el alegato de apertura describe de forma más fiable la verdad que se pretende alcanzar, y que viene a consistir en el producto acabado de toda una concepción de las cosas, cuya mayor virtuosidad ha de consistir, en lo



sustancial , en rebatir plenamente la teoría del caso propuesta por la parte contraria (adversarial). Ha de señalar entonces, la calidad de “hechos probados” en lo que respecta a las proposiciones fácticas, que de forma conjunta cuentan con la idoneidad para construir de forma cabal la teoría jurídica, sobre la cual asienta su posición.

Corresponde al abogado argumentar, señalando cómo los hechos relevantes de su caso son ya hechos probados plenamente, destacando aquello de la prueba practicada que aportó su teoría y lo que no aportó a la teoría de la contraparte mediante la crítica de esta. Se dice que el juez no necesita disertaciones en Derecho, declaraciones poéticas, opiniones generales ni referencias vagas. Necesita iluminación acerca de lo que el conjunto de la prueba dice y de dónde se puede extraer que diga eso. Lo dicho debe ser entendido en su real magnitud, pues si bien la elocución de las partes, no ha de consistir en exposiciones en puridad “dogmáticas”, que en abstracto no puedan aportar nada al caso concreto, no es menos cierto que la confiabilidad de la postura adoptada dependerá también de la consistencia de la teoría jurídica que se argumenta, en el sentido de que para dar por demostrado un hecho, este debe tener una jurídica, porque la repetición del comportamiento delictivo forma parte de una unidad delictiva, de una sola actividad criminal, que debe ser catalogada como un delito continuado y, para ello se requiere de una base científica sólida apoyada en posiciones doctrinales de credibilidad en el campo jurídico. La entrada de las técnicas de litigación en el proceso penal no puede suponer de ningún modo



el abandono de la dogmática penal como fuente valiosa de interpretación y aplicación del Derecho vigente.

Las reglas generales de los "alegatos finales" son las siguientes:

A) No podrán leerse escritos, sin perjuicio de la lectura parcial de notas para ayudar a la memoria o el empleo de medios gráficos o audiovisuales para una mejor ilustración del juez.

B) Si está presente el agraviado y desea exponer, se le concederá la palabra, aunque no haya intervenido en el proceso. En todo caso, corresponderá la última palabra al acusado.

C) El juez penal concederá la palabra por un tiempo prudencial en atención a la naturaleza y complejidad de la causa. Al finalizar el alegato, el orador expresará sus conclusiones de un modo concreto. En caso de manifiesto abuso de la palabra, el juez penal llamará la atención al orador y si este persistiere, podrá fijarle un tiempo límite, en el que indefectiblemente dará por concluido el alegato.

D) Culminada la autodefensa del acusado, el juez penal declarará cerrado el debate.

La exposición oral del fiscal ha de basarse en lo siguiente: primero, ha de enumerar la cronología de los hechos que han sido probados en el desarrollo del juzgamiento, conforme con la teoría del caso que planteo en su acusación, que ahora debe ser percibida como una "verdad" de lo acontecido, tomando en cuenta para ello todos los medios probatorios que resultan idóneos para acreditar cada una de las proposiciones fácticas que



toman lugar en su teoría de fiel reflejo a la teoría jurídica, sobre la cual basa la imputación delictiva; que estas de forma conjunta y razonada poseen la suficiente convicción para destruir la presunción de inocencia que asiste al imputado.

Asimismo, deberá hacer mención a los medios probatorios ofrecidos por la defensa, que estos no han tenido la eficacia necesaria para controvertir el contenido de la acusación, en cuanto argumentos débiles y poco sostenibles, para lo que apuntaron acreditar. Así, el artículo 387.1 del CPP del 2004, al señalar que: "El fiscal, cuando considere que en el juicio se han probado los cargos materia de la acusación escrita, la sustentará oralmente, expresando los hechos probados y las pruebas en que se fundan, la calificación jurídica de estos, la responsabilidad penal y civil del acusado y, de ser el caso, la responsabilidad del tercero civil, concluirá precisando la pena y la reparación civil que solicita".

Según lo descrito, el fiscal deberá proponer la condena del acusado; para ello solicitará la magnitud de pena, conforme con los datos que de forma objetiva pueden constituir en circunstancias agravantes y/o atenuantes de pena, en lo que respecta a la forma como se cometió el delito, sus circunstancias concomitantes, el medio empleado, las especiales relaciones de la víctima con el autor, los deberes infringidos, etc. Conjuntamente con las consecuencias accesorias aplicables, de conformidad con los artículos 45, 46, 46-A, 46-B y 46-C del CP, solicita una pena por debajo del mínimo aplicable, del delito que se trate, debe sustentar debidamente los motivos sobre los cuales se basa dicha atenuación, con arreglo a lo previsto en el

artículo 397.3 del CPP del 2004. De igual forma, ha de proceder en el caso de la reparación civil, sobre la base de los elementos comprendidos en el artículo 93 del CP, *quantum* que debe ser proporcional al daño causado por el delito.

## **9. FORMATOS PARA ELABORAR UNA TEORÍA DEL CASO**

### **9.1. FICHA DE PREPARACIÓN DE LA ESTRUCTURA JURÍDICA DE LA TEORÍA DEL CASO**

<b>ESTRUCTURA JURÍDICA DE LA TEORÍA DEL CASO</b>	<b>FISCALÍA</b>	<b>DEFENSA</b>
<p>Homicidio</p> <ol style="list-style-type: none"><li>1. Matar</li><li>2. A otra persona</li><li>3. Sin justa causa</li><li>4. Con conocimiento</li><li>5. Habiendo previsto como probable la realización de la infracción y dejado el resultado al azar.</li><li>6. Para facilitar otra conducta</li></ol> <p>El autor es quien realizó la conducta. Sujeto activo no calificado.</p>	<p>Se mató al señor Pedro Suárez sin que mediara causal de justificación y en forma dolosa para poder facilitar un hurto.</p> <p>El autor de la conducta fue Segundo Rodríguez.</p>	<p>Se mató al Señor Pedro Suárez.</p> <p>El autor de la conducta fue Segundo Rodríguez.</p>



**9.2. FICHA DE PREPARACIÓN DE LA ESTRUCTURA FÁCTICA DE LA TEORÍA DEL CASO**

<b>ESTRUCTURA FÁCTICA DE LA TEORÍA DEL CASO</b>	<b>FISCALÍA</b>	<b>DEFENSA</b>
1. Cuándo (elemento de tiempo): a) Referente amplio b) Referente específico	a) El día 1 de abril del año 2012. b) A las 11:00 pm.	a) El día 1 de abril del año 2012 anterior. b) Toda la noche
2. Dónde (elemento de locación):		
3. Quién hizo (elemento subjetivo activo)		
4. Qué hizo (acción imputada o afirmada)		
5. A quién se lo hizo (elemento subjetivo pasivo)		
6. Circunstancias de: a) Modo b) Instrumento c) Otras		
7. Resultado de la acción		
8. Móvil de la acción o el por qué		

**9.3. FICHA DE PREPARACIÓN DE LA ESTRUCTURA PROBATORIA DE LA TEORÍA DEL CASO**

<b>ESTRUCTURA PROBATORIA DE LA TEORÍA DEL CASO</b>	<b>FISCALÍA TESTIMONIOS</b>	<b>DEFENSA</b>
Qué. Establecido por:		
Cómo. Establecido por:		
Cuándo. Establecido por:		
Dónde. Establecido por:		
Quién. Establecido por:		
A quién. Establecido por:		
Resultado de la acción.		
Móvil de la acción.		

#### 9.4. FICHA DE PREPARACIÓN DE LA TEORÍA DEL CASO COMPLETA

##### a) Ficha de preparación de la teoría del caso para la Fiscalía

###### ELEMENTOS DE TEORÍA DEL CASO DE LA FISCALÍA

ELEMENTO		ADMITE CONTROVERSIA		ELEMENTO
JURÍDICO	FÁCTICO	SÍ	NO	PROBATORIO

##### b) Ficha de preparación de la teoría del caso para la Defensa

###### ELEMENTOS DE TEORÍA DEL CASO DE LA FISCALÍA

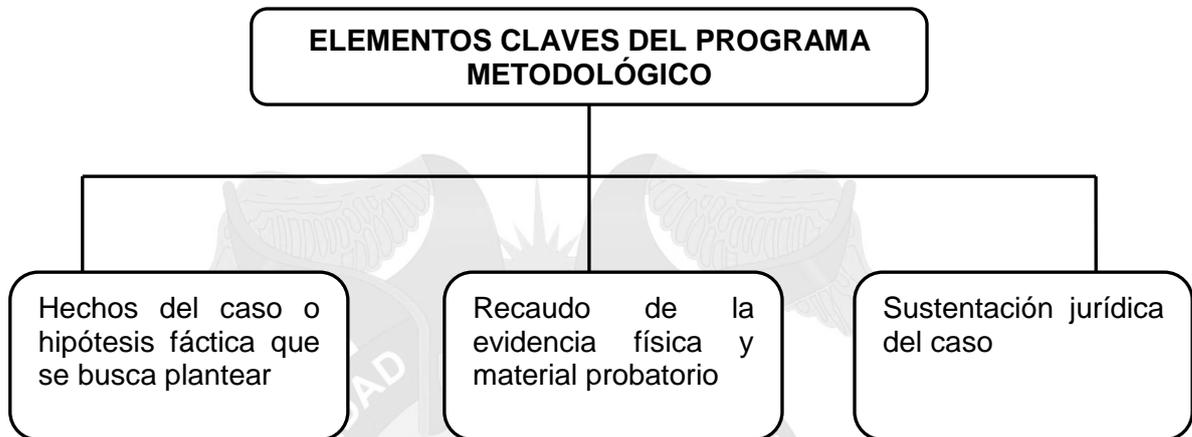
###### ELEMENTOS DE TEORÍA DEL CASO DE LA DEFENSA

ELEMENTO		ADMITE CONTROVERSIA		ELEMENTO
JURÍDICO	FÁCTICO	SÍ	NO	PROBATORIO

### 10. PROGRAMA METODOLÓGICO

El programa metodológico, como su palabra lo indica, es la selección del método que más convenga implementar según las pretensiones que se busquen demostrar durante el proceso penal. Para su diseño se deben tener en cuenta tres elementos claves: (i) los hechos del caso, o mejor aún la

hipótesis fáctica que se busca plantear; (ii) el recaudo de la evidencia física y material probatorio; (iii) la sustentación jurídica del caso<sup>58</sup>



Esta herramienta procesal es de gran utilidad, por cuanto le permitirá identificar los aspectos probatorios fuertes y débiles de su caso, así como los de su contraparte, con lo cual podrá anticipar los puntos que serán más controvertibles en el juicio y concentrarse así en aquellos elementos probatorios más débiles. También le servirá de base para decidir sobre la conveniencia de adoptar uno de los métodos alternativos a la audiencia de juicio oral como son la aplicación del principio de oportunidad o la aceptación de cargos a cambio de rebajas punitivas. Finalmente, le facilitará la identificación de aquellos hechos respecto de los cuales no hay mayor controversia con su contraparte, de manera que pueda proponer convenciones.

Una vez que usted establezca una lista de los medios de prueba que tiene a su disposición, podrá determinar qué hechos podrán ser

<sup>58</sup> Cfr. León Parada, Víctor Orielson. El ABC del nuevo sistema penal acusatorio. El juicio oral, Ecoe Ediciones, Bogotá, 2005.



debidamente acreditados en el juicio oral por dichos medios. Recuerde que existe toda una gama de posibilidades: prueba testimonial, prueba pericial, prueba documental, prueba de inspección o cualquier otro medio técnico o científico que no viole el ordenamiento jurídico. Durante el proceso debe ser reflexivo de cuáles hechos resultan penalmente relevantes y merecen ser acreditados en la audiencia de juicio oral y cuáles podrán ser simplemente objeto de acuerdos.





## **CONCLUSIONES**

### **PRIMERA:**

La noción de prueba trasciende el campo del Derecho, pues, se vincula con todos los sectores y especialidades del Derecho, extendiéndose a todas las ciencias que integran el saber humano, e inclusive, a la vida práctica cotidiana. Es por ello que, el historiador, el sociólogo, el arqueólogo, el paleontólogo, el antropólogo, el zoólogo, el químico, el físico, el estadista, el político, el ingeniero, el psicólogo, el médico, el agricultor y, el investigador en cualquier campo y hasta el artista, imprescindiblemente, deben probar los hecho, los resultados, los efectos, y las causas de estos, reconstruyendo el pasado, analizando el presente, deduciendo el futuro.

### **SEGUNDA:**

El estudio de la prueba ha ofrecido desde siempre el inconveniente de la falta de consenso a la hora de establecer un concepto uniforme. Sobre la prueba no solo existen diferentes acepciones (prueba en sentido objetivo y prueba en sentido subjetivo), sino que, además existen diversas nociones (objeto medio, fuente, elemento, etc.) que forman parte de la materia probatoria y que reciben el nombre de prueba. La prueba debe contar con el ingrediente legal para que pueda tener aceptación como argumento para



demostrar una afirmación o una negación, según sea la imputación que se vierta contra el implicado.

**TERCERA:**

La extensión de la carga dinámica de la prueba a un proceso penal acusatorio, exige que la Fiscalía cumpla de manera integral su rol procesal. Por ello, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos haya indicado que la inversión de la carga de la prueba procede de forma excepcional pero no con base en meras presunciones sino con base en pruebas abundantes de la Fiscalía. En esa dirección, por ejemplo, debe terminar rigurosamente los presupuestos personales, fácticos y jurídicos de la imputación y la acusación, pues, a la defensa le resultará muy difícil cumplir un trabajo investigado serio a partir de imputaciones y acusaciones imprecisas o ambiguas.

**CUARTA:**

La Fiscalía debe cumplir de manera rigurosa el deber integral de descubrimiento probatorio impuesto por la Constitución y debe hacerlo en el acto complejo de la acusación y solo excepcionalmente, cuando concurra una justificación evidente. Podrá hacerlo también en la audiencia preparatoria o en el juicio oral y a condición de que la defensa pueda, a su vez, descubrir las pruebas que le permitan controvertirlos. Resultaría ilegítimo que contra el acusado se extracten consecuencias negativas derivadas del principio de carga dinámica de la prueba cuando la defensa



conoció solo tardíamente algunos de los soportes probatorios de la acusación.

**QUINTA:**

Por otra parte, los jueces deben cumplir cabalmente su rol de protectores de los derechos fundamentales en juego en el proceso penal. Así, sin desconocer que la imputación y la acusación son típicos actos de parte desprovistos de control judicial material, si deben someterlos a un control formal exigente de tal manera que se le garantice a la defensa el conocimiento que requiere para adelantar la investigación orientada a desvirtuar los cargos formulados por la Fiscalía. En el mismo sentido, los jueces deben exigir el estricto respeto de las reglas de descubrimiento probatorio de tal manera que la Fiscalía lo cumpla en el acto complejo de la acusación.

**SEXTA:**

El juicio oral es un espacio público donde se establece una relación jurídica y permite que se reúnan los sujetos procesales para que un juez administre justicia. Para ello existe un fiscal que acusa y un defensor que defiende. Cada parte aparece en el proceso respaldando su Teoría del Caso, que orienta los objetivos y las estrategias que se han de seguir en el desarrollo del proceso. En ese sentido, la Teoría del Caso es la tesis o la propuesta de solución que las partes dan a los hechos que son objeto de controversia.



**SÉTIMA:**

La Teoría del Caso 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 lo apoyan. Se presenta en el alegato inicial como una historia que reconstruye los hechos con propósitos persuasivos hacia el juzgador. Es la teoría que cada una de las partes en el proceso penal plantea sobre la forma en que ocurrieron los hechos, la responsabilidad o no del acusado, según las pruebas que presentarán durante el juicio.

**OCTAVA:**

En términos más claros, la Teoría del Caso es el resultado de la conjunción de las hipótesis fáctica, jurídica y probatoria que manejan el fiscal y el defensor respecto de un caso concreto. La Teoría del Caso se empieza a construir desde el primer momento en que se tiene conocimiento de los hechos a partir de un procedimiento metodológico. En ese sentido la Teoría del Caso, recusa la improvisación, la incoherencia lógica y fáctica, pues, las hipótesis deben ser sujetas a verificación o comprobación mediante las diligencias que se practican durante la investigación.



## REFERENCIA BIBLIOGRÁFICA

- ALEXY, Robert. *Teoría de la Argumentación Jurídica*. (Trad. de Manuel Atienza e Isabel Espejo). Lima, Palestra Editores, 2007.
- ALISTE SANTOS, Tomás –Javier. *La motivación de las resoluciones judiciales*. Madrid, Marcial Pons, 2011
- ARMENTA DEU, Teresa. *Principios Acusatorio y Derecho Penal*. Barcelona, Bosh, 1995.
- BAYTELMAN, Andrés y DUCE, Mauricio. *Litigación penal en juicios orales*. Santiago de Chile, Universidad Diego Portales, 2ª edición, 2001.
- BERNALES BALLESTEROS, Enrique. *Constitución Política*. Lima, PUCP, 1998.
- BACIGALUPO, Mariano. *La Discrecionalidad administrativa (Estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de atribución)*. Madrid, Marcial Pons, 1997.
- BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo. *El derecho a probar como elemento esencial de un proceso justo*. Lima, Ara Editores, 2001.
- BENTHAM. *Tratado de las pruebas judiciales*. T.I. Bs. As. Ejea, 1959.
- CAFFERATA NORES, José. *La prueba en el Proceso Penal*, Buenos Aires, Desalma, 4ª ed., 2000.
- CASTAÑEDA OTSU, Susana Ynes. (Coordinadora). *Derecho Procesal Constitucional*. Lima, Juristas Editores, 2004.



- CASTILLO ALVA, José Luís. *La motivación de la valoración de la prueba en materia penal*. Lima, Grijley, 2013.
- CHANAMÉ ORBE, Raúl. *Diccionario de Derecho Constitucional*. Arequipa, ADRUS, 2008.
- CANO J., Carlos A. *La redacción del texto jurídico*, Bogotá D.C., 1996.
- CASTAÑEDA ALVA, José Luís. *La motivación de la valoración de la prueba en materia penal*. Lima, Grijley, 2013.
- COMANDUCCI, Paolo. *Razonamiento jurídico. Elementos para un modelo*. México, Fontana, 2ª Ed., 2004.
- Código Procesal Penal.
- Código Penal.
- CIDH. *Informe sobre la situación de los derechos humanos en Nicaragua*, 1981.
- CUBAS VILLANUEVA, Víctor. *El proceso penal*. 6ª ed., Palestra editores, Lima, 2006.
- DELLEPIANE, Antonio. *Nueva Teoría General de la Prueba*. Temis, Bogotá, 1961.
- DEVIS ECHANDIA, Hernando. *Teoría General de la Prueba Judicial*. 5ª ed., T.I. Bogotá, ABC, 1989.
- Ejecutoria Suprema: mayo 5 de 1997. Exp. N° 3438-95m- Cusco (ROJAS VARGAS, Fidel. *Delitos contra la administración pública*. 3ª ed. Lima, Grijley, 2002.



- FERNANDEZ LÓPEZ, Mercedes. *Prueba y presunción de inocencia*. Madrid: lustel, 2005.
- FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón (Teoría del Garantismo Penal)*. Madrid, Ed. Trotta, 1989.
- FLORIAN, Eugenio. *De las pruebas penales*. Tomo II. Bogotá, Temis, 1998.
- GARCIA VALENCIA, Jesús Ignacio. *Las pruebas en el proceso penal*. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez, Bogota, 1996.
- LUJÁN TÚPEZ, Manuel. *Diccionario penal y procesal penal*. Lima, Gaceta Jurídica, 2013, p.480.
- MIXÁN MASS, Florencio. *La prueba en el Procedimiento Penal*.
- Montañés Pardo, Miguel Ángel. *La presunción de la inocencia. Análisis doctrinal y jurisprudencial*. Pamplona: Aranzadi, 1999.
- MONTERO AROCA, Juan; ORTELLS RAMOS, Manuel; GOMEZ COLOMER, Juan Luís y MONTON REDONDO, Alberto. *Derecho Jurisdiccional*. T. III. Barcelona, Bosch, 1991.
- SENTIS MELENDO, Santiago. *El Proceso Civil*. T.I. Buenos Aires, Ejea, 1957.
- SÁNCHEZ VELARDE, Pablo. *El nuevo proceso penal*. Lima, Idemsa, 2009.
- NEYRA FLORES, José. *Manual del nuevo proceso penal & de litigación oral*. Lima, Idemsa, 2010.
- RUBIO CORREA, Marcial. *Estudio de la Constitución Política de 1993*. Lima, PUCP: 1999.



- RODRÍGUEZ, José y SERRANO, Alfonso. *Derecho Penal Español*. Parte General. 17ª Edición, Editorial Dynkinson, Madrid, 1993.
- ROEDER, J. *Las Doctrinas fundamentales sobre el delito y la pena*.
- SAN MARTÍN CASTRO, César. *Derecho Procesal Penal*. Lima, Grijley, 2003, 2ª ed., 2003.
- VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *Lecciones de Derecho Penal*. PG. Lima, Grijley, 2006.
- ZAVALETA RODRÍGUEZ, Roger. *Razonamiento Judicial* (en coautoría con Manuel Luján Túpez y José Luís Castillo Alva). Lima, Ara Editores, 2005.