

LA TEORÍA DEL CASO ALTERNATIVA O POSITIVA DEL DEFENSOR EN EL SISTEMA DE JUSTICIA PENAL ACUSATORIO Y ORAL

Gonzalo Francisco REYES SALAS*

«Porque justicia es, al final de cuentas, lo que un Juez dice que es justicia»

SUMARIO: Introducción; I. El conflicto de verdades en el proceso penal; II. Las nuevas destrezas del Defensor: II.1 Destrezas de investigación, II.2 Habilidades negociadoras, II.3 Destrezas argumentativas, de acuerdo a cada etapa del proceso; III. Las estrategias de defensa en cada una de las etapas del nuevo proceso penal: III.1 En la etapa inicial, III.2 En la etapa intermedia, III.3 En la etapa de juicio oral, III.4 En la etapa de ejecución de sanciones; IV. La teoría del caso como estrategia de defensa y su clasificación: IV.1 Concepto y elementos de la teoría del caso, IV.2 Clasificación de las teorías del caso; V. Elementos de la teoría del caso alternativa o positiva del Defensor: V.1. Investigación, V.2. Análisis de las debilidades y las fortalezas de la teoría del caso del Ministerio Público; V.3. Narrativa persuasiva de nuestra estrategia de defensa activa; Conclusiones; Fuentes consultadas.

Resumen

En este artículo, el autor entiende al proceso penal como un conflicto de verdades y describe las habilidades y destrezas que debe aplicar el defensor en el nuevo sistema de justicia penal acusatorio. Explica las estrategias de defensa en cada una de las etapas del sistema acusatorio; clasifica las diversas teorías del caso que puede tener un defensor en la audiencia del juicio oral y centra su estudio en lo que el autor denomina como teoría del caso positiva y activa o alternativa, explicando sus elementos y aportando un esquema gráfico para su aplicación.

* Doctor en *Derecho* por la Universidad Nacional Autónoma de México; Maestro en *Ciencias Penales* por el Instituto Nacional de Ciencias Penales y Licenciado en Derecho por la UNAM. Cuenta con tres especialidades del *Derecho* por la Universidad Panamericana. Ha trabajado como asesor externo en diversas dependencias públicas y organismos privados sobre el derecho penal y la seguridad pública. Fue Coordinador de Defensores especializados en juicios orales en el Instituto de Defensoría Pública de Nuevo León y desde el año 2011, es el Director del Centro de Formación Profesional y tiene a su cargo el servicio profesional de carrera de Defensores Públicos. Se encuentra certificado como capacitador en técnicas para el litigio oral por el Gobierno de la República de Colombia; por el *National Institute for Trial Advocacy* (NITA) y por la Secretaría Técnica del Consejo de Coordinación para la Implementación del Sistema de Justicia Penal (SETEC).

Introducción

Esta modesta investigación, pretende hacer algunos comentarios sobre las estrategias de defensa y especialmente sobre la teoría del caso activa o alternativa, frente al poder material que tiene el ministerio público para detener, imputar, vincular a formalmente a investigación y acusar a cualquier ciudadano.

Bajo este orden de ideas, analizaremos el conflicto de verdades en el proceso penal, las nuevas funciones y destrezas que debe desarrollar el defensor y finalmente estudiaremos las clases de estrategias por las que puede optar la defensa y dentro de estas a la teoría del caso activa o alternativa.

I. El conflicto de verdades en el proceso penal

El primer paso para resolver un problema es entenderlo y el segundo paso es tener la astucia necesaria para argumentar de forma clara y persuasiva sobre la manera en que debe resolverse dicho problema. El nuevo sistema de justicia penal, exige que las partes expongan de forma clara sus pretensiones y su verdad sobre los hechos y que el juez resuelva solamente en relación con las verdades antagónicas que ante él se han planteado y con las pruebas que en su presencia se han practicado.

Un sistema de justicia penal se define de acuerdo con la manera en la que interactúan quienes tienen a su

cargo las tres funciones del proceso: la decisión, la acusación y la defensa. El sistema es acusatorio si quien decide es imparcial y no se involucra en las funciones y responsabilidades de las partes. El juez, en un sistema acusatorio y oral, debe depender de los argumentos y medios de prueba de las partes para decidir; ya no puede proveer medios de prueba por sí mismo para decidir ni suplir deficiencias del órgano acusador.

¿Qué es un proceso penal? Pensamos que un proceso penal es la expresión racional de un conflicto, en el cual las partes están obligadas a probar sus pretensiones contradictorias y no es el juez el obligado a definir las.

Por cuanto hace a las pretensiones, la acusación puede tener tres: la punitiva, la reparatoria o reparatoria del daño y en su caso la de reinsertar de forma adecuada al infractor de la ley penal. Por su parte, la defensa tendrá la pretensión de absolución o la de una sentencia justa y proporcional.

El conflicto que se genera por la contradicción entre estas diferentes clases de pretensiones es precisamente el motor que da vida al proceso. El alma del conflicto penal es así la *litis*. En este conflicto, el juez se encuentra obligado a mantenerse imparcial y a depender de los materiales probatorios y de los argumentos ofertados por las partes para decidir y así resolver el conflicto legal.

El proceso penal debe ser equilibrado e igualitario para las partes. Cualquiera pensaría que el Ministerio Público adquiere una ventaja competitiva cuando nuestra Constitución federal permite que con escasos y simples datos de prueba se solicite una orden de aprehensión, se formule imputación y se dicte una vinculación a proceso; es totalmente cierto. Pero no menos cierto es que la carga de la prueba siempre la tendrá el fiscal, frente al principio de inocencia.

Desde la óptica de un Defensor Público como quien escribe estas líneas, el Ministerio Público siempre tendrá ventaja en el proceso, pero la fuerza que proviene de sus medios de prueba, al ser controvertida en juicio puede también denostar su insuficiencia y convertirse, con las técnicas adecuadas del contrainterrogatorio, en una fortaleza de la defensa.

El nuevo sistema de justicia reconoce el exceso de poder que el Ministerio Público ha tenido y busca el equilibrio de este con una defensa adecuada, que debemos entender como técnica, integral y suficiente. Por esta razón, el nuevo sistema de justicia penal exige la preparación y especialización de defensores. Quien acusa, representa finalmente a quien gobierna. Y cuando un gobernante ejerce la acción penal en contra de un ciudadano, sin darle oportunidad de una defensa adecuada, genera una

causa que elimina su legitimación como gobernante y desaparece las luchas ciudadanas por los derechos fundamentales. De aquí la necesidad de contar con una defensa tanto pública como privada, que sea técnicamente adecuada desde el inicio de una investigación penal.

Para entender el papel del defensor en el nuevo sistema de justicia penal, podemos ver al proceso simplemente como un conflicto de verdades.

“El nuevo sistema de justicia reconoce el exceso de poder que el Ministerio Público ha tenido y busca el equilibrio de este con una defensa adecuada, que debemos entender como técnica, integral y suficiente. Por esta razón, el nuevo sistema de justicia penal exige la preparación y especialización de defensores”

Si aceptamos que la verdad es una parte de la justicia y que ambas caminan juntas, entenderemos que en el nuevo proceso penal acusatorio la

verdad es la que las partes prueban y la justicia es el ejercicio de congruencia que hace el juez para asignar su veredicto de conformidad con lo probado por una de las partes en conflicto. *Veredictum* es la verdad declarada por el juez.

La verdad es el contenido esencial de la justicia; pero no es el único contenido de ella: la otra parte de la justicia es la solución de un conflicto, pues en ocasiones, las salidas alternas para la solución de controversias o los argumentos de la defensa si bien no declaran la verdad histórica, declaran la verdad que se puede probar y al final, la verdad que resuelve un conflicto y con ello, la justicia.

La verdad para el procedimiento penal, en un sistema acusatorio y en cualquier otro sistema, desde el punto de vista del litigante, no es necesariamente la verdad en el mundo real o la verdad en otros ámbitos del derecho.

Como sostiene Winfried HASSEMER, «el concepto y concepción de la verdad que predomina en el procedimiento penal, no tiene nada que ver con el uso cotidiano que se hace de este concepto¹». Y la razón de esta idea es muy clara: las ciencias naturales, ciencias exactas, o incluso

¹ HASSEMER, Winfried, *Verdad y búsqueda de la verdad en el proceso penal. La medida de la Constitución*, Editorial Ubijus, Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, México 2009, p. 23.

de la mayoría de las ciencias sociales, buscan verdades objetivas. ¿Napoleón o Bolívar fueron asesinados o murieron de causas naturales? Pero en el derecho procesal penal, no actuamos de acuerdo con las líneas de la investigación histórica sino de acuerdo con la descripción típica de un evento antisocial denominado delito, o como dice HASSEMER «la sonda de la justicia penal no se rige por el suceso sino por los elementos del tipo penal: los cuales constituyen solo una partícula del suceso»².

Si aplicáramos un concepto genérico de verdad al derecho procesal penal, llegaríamos tal vez a sentencias absurdas.

Lo que busca una esposa que ha sido víctima de violencia familiar es que el responsable repare el daño causado, cumpla sus deberes de alimentos con sus hijos y detenga sus acciones violentas. Al Estado, hasta hace unos años solo le interesaba, para hacer justicia, que un juez declarase como verdad que el imputado era un delincuente y que fuese sancionado por ello. Pero no se hacía justicia a la víctima con esa verdad legal.

Ahora, el eje vertebral de las salidas alternativas debe ser la víctima en el sistema acusatorio y las partes pueden convenir en un modelo de justicia alternativo al público, en el cual se declara como verdad la necesidad de reparación a la víctima y

² *Ibidem*, p. 28.

la prevención especial del delito sobre el responsable.

La astucia de los abogados participantes en un proceso negociador de una salida alternativa puede llevar a no declarar la verdad legal de delito y la responsabilidad penal pero a hacer justicia con respecto a la víctima.

La posición del defensor en un proceso penal, es sostener su planteamiento de la verdad con argumentos y medios de prueba y así presentar, como teoría del caso activa o alternativa una verdad diferente ya sea jurídica o fáctica, a la que presenta el fiscal.

“La posición del defensor en un proceso penal, es sostener su planteamiento de la verdad con argumentos y medios de prueba y así presentar, como teoría del caso activa o alternativa una verdad diferente ya sea jurídica o fáctica, a la que presenta el fiscal”

II. Las nuevas destrezas del defensor

A continuación, comentaremos algunas de las destrezas o habilidades

que deberá desarrollar el nuevo defensor en el sistema acusatorio y sus funciones en cada una de las etapas de dicho sistema.

El defensor debe desarrollar habilidades de investigación, de negociación y de argumentación.

II.1 Destrezas de investigación

En el nuevo sistema de justicia penal acusatorio, tanto la defensa como la fiscalía deben tener los mismos elementos técnicos de investigación y de prueba y al juez le debe estar impedido cualquier acto de investigación.

Es claro que la investigación de la fiscalía es mucho más intensa y profunda que la investigación realizada por la defensa, pero un abogado defensor en un sistema acusatorio debe siempre disponer de las destrezas para recopilar su propia información del caso, encontrar la asistencia técnica de un perito, de un investigador de los hechos y por supuesto contrastar la versión de su usuario o defendido con los hallazgos de su investigación.

El defendido en su versión de los hechos, será la primera fuente de información para el defensor, pero esta información debe ser el inicio de una investigación profesional e integral.

El mandato constitucional de una defensa adecuada, obliga a que el defensor ya sea público o particular, haga una investigación para elaborar

su teoría del caso. En este sentido, la defensa para ser adecuada, debe ser técnica, integral y suficiente.

El contenido de la labor de investigación de la defensa variará intensamente de acuerdo con la naturaleza de la imputación y en su caso de la acusación. Por ejemplo, puede ser suficiente para algún caso con que la defensa visite el lugar de los hechos para aclarar y preparar mejor la versión de su defendido, mientras que en otras ocasiones será necesaria la intervención pericial.

La investigación de la defensa servirá por una parte, para dar fundamentos a la versión del defendido y por otra, para descubrir las debilidades de la teoría del caso de la fiscalía.

Debe existir, en consecuencia un equilibrio real y efectivo de fuerzas probatorias entre quien acusa y quien defiende.

La simple asesoría jurídica no es suficiente para el defensor; en el sistema acusatorio requiere de investigación científica.

II.2 Habilidades negociadoras

El sistema acusatorio permite la negociación entre el imputado y la fiscalía, por medio del defensor. Esta es una tarea extremadamente difícil para el defensor, porque normalmente ya tiene un proceso penal iniciado y probablemente hasta una medida cautelar dictada en contra de los derechos y libertades de

su defendido. Además, normalmente, las negociaciones implican una reparación del daño y la mayoría de los defendidos por la institución de la defensa, carecen de recursos para encarar propuestas de reparación victimal.

En consecuencia, desarrollar habilidades negociadoras resulta fundamental en el perfil del nuevo defensor, pero al mismo tiempo, tiene ahora una gama que a manera de palestra, le permite escoger entre las salidas alternativas más favorables al defendido: el procedimiento abreviado, la suspensión del proceso penal a prueba, y por supuesto, los acuerdos reparatorios obtenidos por mediación o por conciliación.

Dentro de un proceso adversarial, existen varias instancias para que la fiscalía, dueña de la acción penal, dialogue con el imputado en busca de soluciones que impliquen ceder ciertos aspectos y convengan a los intereses de ambos más que el juicio oral. El imputado que negocia con la fiscalía, habitualmente obtendrá que la fiscalía pida una pena menor a la que pediría en juicio, ya que de otro modo no tendrá ningún incentivo para negociar e irá a juicio oral. Sin embargo, el abogado debe ser muy cauteloso en este campo, debido a que un mal consejo de negociar en un momento decisivo del proceso puede condicionar indebidamente la posición de su defendido.

Incluso, debe ser muy claro según los momentos en que le habla al imputado de la posibilidad de negociar, evaluando el entorno de un posible juicio, porque en ocasiones el imputado estará dispuesto a sacrificar buenas posibilidades de una decisión exculpatoria por lograr una respuesta rápida que lo saque de la cárcel o de la incertidumbre y ello puede ser un factor de presión comprensible, pero que le cause perjuicios futuros.

Por ejemplo, el imputado puede en un momento determinado del inicio del proceso, querer declararse culpable y obtener una pena baja que no se cumplirá en privación efectiva de la libertad, pero el defensor sabe que el imputado quedará en su registro con antecedentes penales; que cualquier otro contacto con el sistema hará pesar esos antecedentes en su contra, y que posiblemente el caso de la fiscalía no sea tan fuerte.

El defensor debe cuidar siempre de respetar los intereses del imputado y conocer bien el caso, con el fin de recomendar una negociación solamente en el momento propicio y bajo las mejores circunstancias para su defendido, así como representar al imputado en las conversaciones de negociación con el fiscal.

Asimismo debe en todo caso mantener suficiente y claramente informado al imputado sobre el sentido y los alcances de las negociaciones que se están desarrollando.

II.3 Destrezas argumentativas, de acuerdo a cada etapa del proceso

Podemos resumir la teoría de la argumentación de Aristóteles, al decir que debe estar fundada en tres elementos: *logos*, *ethos* y *pathos*, es decir, en *conocer* los hechos que se argumentan, *creer* en ellos y *conmover* con ellos.

“El defensor debe cuidar siempre de respetar los intereses del imputado y conocer bien el caso, con el fin de recomendar una negociación solamente en el momento propicio y bajo las mejores circunstancias para su defendido, así como representar al imputado en las conversaciones de negociación con el fiscal”

Astucia entonces se resume en la capacidad para persuadir con conocimiento, convicción y conmoción. Al final de cuentas, en mi papel de defensor, ¿cómo voy a convencer a un juez de algo de lo que yo personalmente no conozco, no creo y no siento?

El nuevo defensor, deberá desarrollar habilidades y destrezas argumentativas para persuadir y sobre todo ejercer el principio de contradicción en cada una de las etapas del proceso puesto que cada una de ellas tiene diferentes tipos de *litis*.

III. Las estrategias de defensa en cada una de las etapas del nuevo proceso penal

III.1 En la etapa inicial

En las primeras audiencias de esta etapa, el defensor deberá vigilar y en su caso combatir la ilegalidad de la detención en la audiencia de control de la detención. Por la celeridad de esta fase primaria, normalmente la teoría del caso del defensor es pasiva-negativa, en el sentido de que lo único que tiene para controvertir el argumento del fiscal sobre su petición de decretar legal la detención, es el reporte policial de detención. Salvo algunos casos, en los que se cuente con medios de prueba para determinar de ilegal la detención, tendrá en sus manos únicamente la carpeta de investigación y la entrevista que haya efectuado con el detenido. Su argumento, entonces, debe ceñirse al análisis de los datos que contenga el reporte policial de detención, al análisis jurídico de los conceptos de flagrancia o de caso urgente; especialmente al concepto de identidad del imputado y a las circunstancias de la detención.

De igual forma, deberá conocer los elementos constitucionales necesarios para encontrar en su caso las deficiencias de la formulación de imputación, lo que de nuevo nos lleva a una defensa negativa pasiva; Sin embargo, tendrá la oportunidad de aportar medios de prueba en el plazo constitucional, si no renuncia a este,

lo que nos llevaría a una defensa activa o en el peor de los casos, a una defensa negativa- activa y así habrá de oponerse a la vinculación a proceso cuando no existan elementos para dictarla. Una vez dictada la vinculación, podrá argumentar en contra del plazo solicitado por el ministerio público para concluir su investigación así como proponer una medida cautelar menos severa de la requerida por su oponente.

III.2 En la etapa intermedia

El defensor en esta etapa, deberá cerciorarse de que la acusación formulada no tenga vicios formales y si es su estrategia solicitar la corrección de dichos vicios formales o en su caso exigir la resolución sobre cuestiones de previo y especial pronunciamiento como puede ser prescripción o cosa juzgada o si aplica, otra causa de extinción de la acción penal. Es en esta etapa, en la que se debe diseñar una teoría del caso positiva a la que podemos llamar también alternativa o en su defecto una estrategia de defensa negativa pero activa. Habrá de hacer investigación legal y fáctica con auxilio de peritos e investigadores profesionales; evaluará y clasificará por su relevancia los medios de prueba de la fiscalía, determinando sus debilidades, evaluando la manera en la que los controvertirá en juicio para de esta manera, hacer la exposición de su ofrecimiento de

medios de prueba. Recomendamos que en la etapa intermedia, se presente ante el Juez de Control el avance necesario de su teoría del caso alternativa para que con esta exposición se otorgue un adecuado fundamento y motivo de los medios de prueba que ofrecerá de su parte.

III.3 En la etapa de juicio oral

El defensor deberá conocer las técnicas para desarrollar y exponer en forma de alegatos de apertura, una teoría del caso persuasiva y comprobable; de igual forma, aplicará las destrezas para hacer conainterrogatorios e interrogatorios adecuados y lo más difícil: hacer objeciones cuando procedan y sean necesarias.

Finalmente, el defensor deberá aplicar las habilidades que requiere formular alegatos de clausura persuasivos y solicitar lo que corresponda de acuerdo con su teoría del caso.

En esta etapa, el defensor deberá presentar su teoría del caso positiva o alternativa que represente una verdadera contradicción a la expuesta por el fiscal.

III.4 En la etapa de ejecución de sanciones

El defensor en esta etapa, que como ya se dijo, inicia el 19 de junio del presente año, deberá conocer los medios de impugnación ante el Juez de Ejecución, sobre todo lo

relacionado con el cumplimiento de penas, especialmente las que involucren encarcelamiento. Asimismo, habrá de iniciar los medios de libertad anticipada y de sustitución de penas en su caso.

IV. La teoría del caso como estrategia de defensa y su clasificación

IV.1 Concepto y elementos de la teoría del caso

La teoría del caso puede ser entendida como un método que permite definir la estrategia de defensa, mediante el análisis de los hechos, los datos y medios de prueba y la investigación jurídica. Esta estrategia, implica desarrollar las destrezas y habilidades que se han mencionado para hacer una investigación, técnica y científica, evaluar la relevancia de los medios de prueba de la fiscalía y de los propios medios, clasificar la importancia de los testigos en orden al objetivo planteado en la estrategia de defensa y especialmente, reunir los elementos necesarios en la exposición de la teoría del caso como alegato de apertura para persuadir.

Un error frecuente que se observa en quienes han escrito sobre el sistema acusatorio mexicano, es el de considerar que solamente debe existir una teoría del caso del defensor desde el inicio del proceso, es decir desde la etapa inicial y hasta el final de la audiencia del juicio oral. Es necesario tener presente que en

cada audiencia de la etapa inicial la *litis* es diferente y por lo tanto son diferentes las teorías de defensa que deben argumentarse. De qué serviría argumentar la inexistencia de elementos para un auto de vinculación a proceso si encontramos en la audiencia del control de la detención en la cual la *litis* no es analizar si se cumplen los supuestos para vincular formalmente a una investigación a una persona, sino determinar si la detención fue legal.

Por supuesto, estamos de acuerdo en que todo lo actuado hasta antes de iniciar la etapa de preparación del juicio oral, es importante y debe ser tomado en cuenta para elaborar la teoría que habremos de presentar como Defensores, ante el Tribunal de la audiencia del Juicio Oral. La teoría del caso, como sostiene la Diana Cristal GONZÁLEZ OBREGÓN, «no se elabora hasta la etapa del juicio oral, sino que esta se hace desde la etapa de investigación»³.

Bajo este orden de ideas, encontramos que la teoría del caso del defensor en la etapa intermedia o de preparación del juicio oral y por supuesto en la audiencia del propio juicio, debe ser única, pues varias teorías del caso harán necesariamente

perder credibilidad y precisamente credibilidad es lo que vendemos a la sociedad los abogados que nos dedicamos al nuevo sistema de justicia penal. Además, la teoría del caso debe ser en su mayoría autosuficiente, es decir, que por sí misma pueda explicar y comprobar nuestra hipótesis frente al juez, para lo cual también debe ser creíble o verosímil y asociada a un valor o bien jurídicamente tutelado, si bien la protección del inocente que es acusado de forma injusta, o si este actuó amparado bajo una causa de justificación, de inculpabilidad o de exclusión de punición.

El Maestro Leonardo MORENO HOLMAN, Defensor Público en la República de Chile, propone como elementos de una teoría del caso los siguientes:

1. Generación de un relato de hecho;
2. Determinación de la teoría jurídica aplicable;
3. Elaboración de las proposiciones fácticas;
4. Selección de evidencia;
5. Detección de las debilidades del caso;
6. Clasificación de las evidencias, y
7. Determinación de la forma de presentar la evidencia⁴.

³ GONZÁLEZ OBREGÓN, Diana Cristal, *Manual Práctico del Juicio Oral*, Editorial Ubijus, Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, Segunda Edición, México 2010, p. 95.

⁴ MORENO HOLMAN, Leonardo, *Teoría del caso*, Editorial Ubijus, Ediciones Didot, Buenos Aires 2012, p. 44.

Por nuestra parte, consideramos que en efecto, debemos realizar un estudio de los hechos y a partir de ellos, elaborar nuestras proposiciones fácticas, posteriormente, hacer una evaluación de los medios de prueba existentes y buscar los propios que den fortaleza a nuestras proposiciones fácticas y solamente después de tener tanto nuestra teoría fáctica y la tesis probatoria, elaborar la teoría jurídica aplicable. Iniciar la teoría jurídica sin antes tener bien claras nuestras pruebas y nuestras proposiciones fácticas, puede llevarnos a sostener hipótesis falsas. Lo jurídico envuelve lo fácticamente probable y no a la inversa.

IV.2. Clasificación de las teorías del caso

Cuando el defensor se propone hacer bien su trabajo y elaborar una teoría del caso de forma organizada y creíble, tiene ante sí tres caminos a seguir: puede negar la teoría del caso del fiscal; puede controvertirla en ejercicio limpio y claro del principio de contradicción o bien, puede construir y presentar una verdad diferente a la planteada como acusación por el fiscal. Estas son las tres estrategias de defensa que se resumen de la siguiente manera:

a) *Teoría del caso negativa y pasiva:* Negar, simplemente negar, no es precisamente la mejor solución ni evoca las destrezas de Marco

Tulio Cicerón, pero debemos reconocer que de acuerdo con la etapa procesal y el momento dentro de la etapa, en algunos casos de acusaciones no solo injustas sino absurdas, la simple expresión de negar duplica la responsabilidad de quien acusa. En este caso, hablamos de una teoría del caso negativa pasiva.

“Cuando el defensor se propone hacer bien su trabajo y elaborar una teoría del caso de forma organizada y creíble, tiene ante sí tres caminos a seguir: puede negar la teoría del caso del fiscal; puede controvertirla en ejercicio limpio y claro del principio de contradicción o bien, puede construir y presentar una verdad diferente a la planteada como acusación por el fiscal”

b) *Teoría del caso negativa y activa:* Negar pero de forma organizada y propositiva. En este caso, el defensor refuta la acusación del fiscal y se propone a controvertirla en forma de espejo: a sus argumentos responderá con otros que acrediten la falsedad de sus premisas; a sus testimoniales,

preparará conainterrogatorios que desacrediten o inhabiliten la credibilidad de los testigos; en contra de sus periciales, presentará otras periciales que anulen el valor de las primeras y al final, no habrá plena convicción de culpabilidad. Con esto tendríamos una teoría del caso negativa pero activa. Le llamamos la defensa tipo judo, pues con la fuerza de nuestra oponente y su fuerza radica en sus pruebas, lo derribamos.

- c) *Teoría del caso positiva o alternativa:* Afirmar una verdad diferente a la planteada por el fiscal. Es el camino más difícil y el menos andado por los defensores. Se trata de exponer ante el Juez, no solo argumentos de refutación de la teoría del fiscal, sino además medios de prueba que acrediten una verdad distinta, lo cual obliga a hacer investigación pericial, jurisprudencial, buscar y entrevistar testigos y presentar nuestra verdad de una forma tan convincente que al final de nuestro alegato de clausura no haya persona alguna en la sala de juicios orales que niegue la inocencia de nuestro defendido. Esta es la teoría del caso positiva, alternativa o simplemente activa.

La teoría del caso activa o alternativa, debe proponer un relato de los hechos realmente diferente al del ministerio público

ya sea en relación con la calificación jurídica de los hechos, o sobre la participación o bien la culpabilidad del defendido o por la comprobación de alguno de los aspectos negativos del delito.

V. Elementos de la teoría del caso alternativa o positiva del defensor

Los elementos que requiere una teoría del caso positiva o alternativa de la defensa son a nuestro juicio los siguientes:

V.1 Investigación

Investigar es un derecho y una obligación del defensor. La ley le permite hacer entrevistas no solo con los testigos de descargo, sino con los de cargo; debe apoyarse en detectives o investigadores que lo apoyen obteniendo información relevante e inclusive, el defensor en la etapa inicial como en la intermedia, debe contar con el apoyo del Juez de Control para practicar actos de investigación que pueden ser considerados en el sistema inquisitivo mixto como destinados a la fiscalía, como cateos e intervenciones a las comunicaciones de testigos relevantes con motivos de necesidad justificada.

Investigar también implica conocer muy bien la carpeta de investigación, lo que exige que el derecho de defensa se proteja y el fiscal comprenda su obligación de develar sus medios de prueba y toda constancia y actuación que se pretenda integrar o se encuentre ya

formando parte de la carpeta de investigación.

El Defensor no debe omitir jamás su propia inspección a la escena del delito, entrevistar a sus testigos, examinar evidencias y buscar las que sean pertinentes.

V.2 Análisis de las debilidades y las fortalezas de la teoría del caso del ministerio público

Este ejercicio requiere, primero, conocer los apoyos en los que se sustenta la teoría del caso del ministerio público. Cuando nos encontramos en la etapa intermedia, conocemos la acusación y tenemos la oportunidad de hacer un juicio de congruencia y eficacia entre las pretensiones de la teoría del caso del fiscal y los medios de prueba que ofrece; esto nos lleva primero a un juicio sobre la licitud y pertinencia de sus medios de prueba y después a determinar el impacto de cada una de sus pruebas. Este conocimiento previo, nos lleva a la previsión de las formas de atacar esos medios probatorios y en consecuencia a la provisión de los medios adecuados para controvertirlas. También nos permite este análisis, determinar el orden de nuestros medios de prueba, encontrar a los testigos o peritos adecuados para que mediante su interrogatorio o contrainterrogatorio según el caso, podemos introducir a juicio las evidencias materiales.

V.3 Narrativa persuasiva de nuestra estrategia de defensa activa

Evidentemente, nuestra estrategia requiere una excelente presentación oral lo cual exige de técnicas de argumentación adecuadas. Como una de las técnicas, sugerimos usar el formato que se anexa, el cual incluye darle un título a nuestra narrativa, que se quede en la mente de quienes escuchan como un “tatuaje mental” y que se pueda repetir, tal cual con las mismas palabras, a lo largo de la audiencia del juicio oral, si es el caso, y por supuesto al final en nuestros alegatos de clausura. Además, sugerimos hacer una síntesis de un minuto de nuestra teoría del caso, pues se ha comprobado que los primeros y los últimos minutos de nuestros alegatos, suelen ser los que reciben mayor atención de quienes nos escuchan.

Nuestra narrativa de teoría del caso debe ser lógica y congruente, usar conceptos de sentido común, lenguaje sencillo y especialmente ser claros, recordando la máxima de la sintaxis que establece que quien usa menos palabras para decir lo mismo, suele ser más claro.

El defensor debe conocer y conmover con convicción y así unir el *logos*, el *ethos* y el *pathos*. Quien defiende, debe conocer muy bien su caso, tener la convicción de que ama su trabajo y conmover no apelando a los sentimientos más que a la justicia. Si el defensor desconoce elementos

tan simples como el nombre de su defendido, la calle en la que sucedieron los hechos, el o los nombres de los testigos acusadores seguramente esta ignorancia se interpretará como inseguridad en el proceso. De igual forma si no se encuentra convencido de su propia estrategia, esa falta de convicción demostrara al juez que no debe creerle al defensor. No podemos convencer de algo de lo que nosotros mismos no estamos convencidos.

Y finalmente, debemos humanizar a nuestro defendido: no es el acusado o el imputado, es una persona que tiene nombre y apellidos; tiene o tuvo una familia, nació y ha vivido en la sociedad como cualquier otro ser humano; entonces, ¿por qué objetivarlo? Recordemos que se trata de una persona inocente o no responsable, hasta en tanto existe un veredicto y luego una sentencia que diga lo contrario.

Nuestra propuesta de método para elaborar una teoría del caso activa y persuasiva es la siguiente:

Técnica para elaborar la Teoría del Caso Activa del Defensor							
Teoría Fáctica	Teoría Probatoria	Teoría Jurídica	Fortalezas	Debilidades	Tema y Síntesis	N A R A O C I Ó N P E R S U A S I V A	L Í N E A O Q U E S P E R G O U C I E R S O M O S E N
Aspectos fácticos de los que tenemos noticia: Fuentes: Carpeta de Investigación y entrevista con el defendido Hechos	Análisis, evaluación y clasificación de los medios de prueba propios y de la fiscalía. Investigación propia. Búsqueda y propuesta de medios de prueba. Datos y medios de prueba.	Aspectos legales. Análisis de los elementos positivos y negativos del delito. Estudio de la culpabilidad. Hipótesis Normativa	Lo que me ayuda ¿Qué hizo mal el Fiscal? Medios de Prueba sólidos y no controvertibles	Lo que me perjudica. Testigos de cargo. Evidencias y periciales fuertes del Fiscal. Medios propios controvertibles	Poner un título y hacer una síntesis de nuestro caso: Técnica del tatuaje mental.		

“El defensor debe conocer y conmovier con convicción. Quien defiende, debe conocer muy bien su caso, tener la convicción de que ama su trabajo y conmovier no apelando a los sentimientos más que a la justicia”

Conclusiones

Aún si hubiera espacio, podríamos comentar sobre la eficacia de una buena teoría del caso y el uso de los alegatos de apertura y de clausura hacia la persuasión del Juez, pero consideramos que con las ideas hasta aquí expuestas podemos llegar a las siguientes conclusiones:

1. La técnica del litigio oral en los sistemas acusatorios, es la pieza más importante para acreditar las versiones antagónicas de los hechos;
2. Siempre ha existido un conflicto por la verdad aparente en los procesos penales, pues aún en los sistemas mixtos el proceso se instruye en contra de alguien que goza del estado jurídico de inocente;

3. El equilibrio entre la imparcialidad de los jueces y el desarrollo de habilidades y destrezas que exige el nuevo sistema acusatorio es la parte esencial de los juicios orales y la garantía de protección de todos los principios del debido proceso;

4.- El nuevo defensor, debe afrontar el reto de hacer una defensa adecuada, técnica, integral y suficiente, desarrollando las habilidades y destrezas que exige un sistema que otorga equilibrio a las partes. Estas habilidades se refieren a las funciones de investigar, argumentar, elaborar estrategias persuasivas y sobre todo, analizar y combatir las deficiencias de la acusación con la misma fuerza probatoria con la que cuenta el ministerio público, y

5. La defensa adecuada en la mayor parte de los casos, se refiere a una teoría del caso activa o alternativa, que obliga al Defensor a investigar, utilizar técnicas de argumentación suficientes para persuadir, y sostener una verdad antagónica a la del fiscal.

Fuentes consultadas

Bibliografía

GONZÁLEZ OBREGÓN, Diana Cristal, *Manual Práctico del Juicio Oral*, Editorial Ubijus, Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, Segunda Edición, México 2010.

HASSEMER, Winfried, *Verdad y búsqueda de la verdad en el proceso penal. La medida de la Constitución*, Editorial Ubijus, Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, México 2009.

MORENO HOLMAN, Leonardo, *Teoría del caso*, Editorial Ubijus, Ediciones Didot, Buenos Aires 2012.