

LA CONSTRUCCIÓN DE LOS INTERROGATORIOS
DESDE LA TEORÍA DEL CASO

■

LA CONSTRUCCIÓN DE LOS INTERROGATORIOS DESDE LA TEORÍA DEL CASO

■

Hesbert Benavente Chorres

Licenciado en Derecho y Ciencias Políticas (Perú)

Especialista en Derecho procesal (Argentina)

Maestro en Derecho (Perú)

Doctor en Derecho (México)

2015



BOSCH EDITOR

© OCTUBRE 2015 HESBERT BENAVENTE CHORRES

© OCTUBRE 2015



Librería Bosch, S.L.

<http://www.jmboscheditor.com>

E-mail: editorial@jmboscheditor.com

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Dirijase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra (www.conlicencia.com; 91 702 19 70 / 93 272 04 45).

ISBN papel: 978-84-944332-3-8

ISBN ebook: 978-84-944426-4-3

D.L.: B-23485-2015

Diseño de portada: Black Concepts

Página Web: <https://blakjack713.carbonmade.com>

Contacto: contactoblackconcepts@gmail.com

Maquetación: Cristina Payà (cspaya@sbeditorialdesign.com)

Printed in Spain– Impreso en España

Se afirma que la obra de un hombre
se mueve bajo el signo de una inspiración;
en ese sentido, mi gran fuente de
inspiración es y siempre será mi dulce
esposa Marleni, y mis hijos Jarumy y Novak;
a ellos les dedico todos mis esfuerzos.

ÍNDICE

Dedicatoria	7
Introducción	15
CAPÍTULO I	
Teoría del caso	19
1.1 ¿Persuasión histriónica o convencimiento judicial a través del esclarecimiento de los hechos?	19
1.2 ¿La teoría del caso ha reemplazado a la teoría de la prueba y a la teoría del delito?	30
CAPÍTULO II	
Alegatos de apertura	35
2.1 No tienen efectos probatorios.	35
2.2 Alegatos de apertura de la parte acusadora	37
2.3 Alegatos de apertura de la defensa.	39
2.4 ¿Duda razonable?	43
CAPÍTULO III	
Declaración del acusado	45
3.1 El acusado como órgano de prueba	45
3.2 La declaración del acusado en el juicio oral	46
3.2.1 El derecho del acusado a no inculparse	47
3.2.2 El derecho del acusado de declarar en cualquier momento del juicio oral	49
3.2.3 Otros derechos del acusado	50
3.3 Toma de la declaración del acusado en el juicio oral	52

CAPÍTULO IV

Interrogatorio y contrainterrogatorio a víctimas y testigos mayores de edad

	59
4.1 Concepto de testigo	59
4.2 La toma de declaración del testigo	62
4.3 Los exámenes a la víctima, ofendido o testigo mayor de edad	63
4.3.1 Preparando al testigo: psicología cognitiva, procesamiento de la información y psicología del testimonio	64
4.3.2 Durante la audiencia de juicio oral: la identificación del declarante y la reserva de sus datos personales	75
4.4 El interrogatorio de la víctima o testigo mayor de edad	78
4.4.1 Reproducción tecnológica de los datos de prueba y la prueba durante el interrogatorio: el uso de apoyos técnicos	89
4.4.2 El testigo de oídas y su valor probatorio	95
4.5 El contrainterrogatorio de la víctima o testigo mayor de edad	97
4.5.1 Contrainterrogatorio negativo	97
4.5.2 Contrainterrogatorio positivo	107
4.5.3 Contrainterrogatorio propio	110
4.5.4 Contrainterrogatorio impropio	114
4.5.5 Recomendaciones finales	116

CAPÍTULO V

Interrogatorio y contrainterrogatorio a víctimas y testigos menores de edad

	125
5.1 El testimonio del menor de edad como elemento probatorio: el derecho del menor a participar en los procedimientos judiciales que le afecten y el derecho del acusado a la defensa	125
5.2 El juez no es legislador. Reservas al uso de protocolos por encima de la ley	131
5.3 La entrevista cognitiva aplicada a menores	135
5.4 La entrevista cognitiva y su incorporación al proceso como medio de prueba	143
5.5 El interrogatorio a menores de edad	144
5.6 El contrainterrogatorio a menores de edad	149

CAPÍTULO VI

El interrogatorio y conainterrogatorio a colaboradores	153
6.1 La importancia de los colaboradores	153
6.2 Información y acuerdos lícitos	154
6.2.1 Señalamiento y defensa material	156
6.2.2 Criterio de oportunidad por información	157
6.3 Testigo de identidad reservada, testigo secreto y denunciante anónimo	162
6.3.1 Testigo de identidad reservada	162
6.3.2 Testigo oculto	165
6.3.3 Testigo secreto	166
6.3.4 Denunciante anónimo	177
6.4 El interrogatorio al colaborador	177
6.5 El conainterrogatorio al colaborador	183

CAPÍTULO VII

El interrogatorio y conainterrogatorio a policías	187
7.1 Los cuerpos de policía	187
7.1.1 Policía preventiva	188
7.1.2 Policía especializada en la investigación	189
7.2 La actividad policial en el procedimiento penal	191
7.2.1 Actos urgentes e inmediatos	191
7.2.2 Actos que requieren autorización del ministerio público	195
7.2.3 Actos que requieren autorización del órgano jurisdiccional	198
7.3 Interrogatorio a policías	212
7.4 Conainterrogatorio a policías	219

CAPÍTULO VIII

El interrogatorio y conainterrogatorio a peritos	221
8.1 El rol del perito en el proceso penal	221
8.2 El interrogatorio a peritos	226
8.3 El conainterrogatorio a peritos	235

CAPÍTULO IX	
Técnicas especiales de litigación oral	245
9.1 El reinterrogatorio y recontrainterrogatorio	245
9.1.1 Limitaciones al interrogatorio y contrainterrogatorio	245
9.1.2 Limitaciones al reinterrogatorio y recontrainterrogatorio	254
9.2 Las preguntas de aclaración del juez	256
9.3 Las objeciones de preguntas	262
9.4 El testigo hostil	274
9.5 Reproducción o lectura de declaraciones previas, informes policiales y periciales	277
9.5.1 Declaraciones previas	277
9.5.2 Informes policiales	282
9.5.3 Informes periciales	286
9.5.4 Requisitos	289
9.5.5 Casos	295
9.6 Prueba superveniente y prueba de refutación	300
9.6.1 Prueba superveniente	301
9.6.2 Prueba de refutación	305
CAPÍTULO X	
Prueba documental y material	311
10.1 Cadena de custodia	311
10.2 La prueba documental. ¿Testimonio oral o testimonio documentado? ¿Cuál es en sí la prueba documental?	315
10.3 La prueba material	321
CAPÍTULO XI	
Los alegatos de clausura	327
11.1 Concepto de la fase conclusiva o final del juicio oral	327
11.2 Concepto de alegatos finales	327
11.3 Objetivo de los alegatos finales	328
11.4 El contenido de los alegatos finales	328
11.5 Técnicas de argumentación de los alegatos finales	329
11.6 Alegatos de clausura y teoría del delito	331

ÍNDICE

11.6.1 Parte acusadora	331
11.6.2 Parte acusada	337
CAPÍTULO XII	
Valoración judicial de la prueba	347
12.1 Prueba ilícita	347
12.2 Inconvenientes de la duda razonable	357
Bibliografía	369

INTRODUCCIÓN

Schönke precisó que, «lo que atañe al Derecho procesal, se ha investigado de modo especial hasta qué punto el proceso penal debe ser transformado por un proceso de partes. Contra una reforma de tal clase, se alzan consideraciones de suma importancia. Un puro proceso de partes, en cuanto es lucha entre ellas, puede conducir a fáciles peligros para un inculpado, a causa de deficiencia en los medios de prueba o en la formación del perjuicio. Pero ante todo, no se da en un puro proceso de partes, la necesidad de investigar la personalidad del autor, en especial Radbruch ha demostrado a este respecto, que las reformas del Derecho penal y Derecho procesal penal deben arrancar de las mismas ideas fundamentales. Si se abandona en el Derecho penal la punición por el puro hecho, no es posible que sobre el ámbito procesal se exija una reforma en el sentido de una investigación de la personalidad del autor. Un puro proceso de partes entraña además otros peligros, los cuales arrancan de la remarcada acentuación del derecho del inculpado en particular de frente a la necesidad de la generalidad de una protección eficaz contra el delincuente. Así como la idea jurídica exige protección activa del inculpado contra el abuso de los medios estatales, de lo que se infiere de otra parte también la exigencia hacia una defensa de la generalidad frente al delincuente. Par todo ello, el proceso penal no puede ser ni un puro proceso de partes, ni tampoco un estricto proceso inquisitorial, ya que de ninguna manera la adopción de uno de estos principios contrapuestos puede conducir a un procedimiento que corresponda a la idea jurídica aunada con las necesidades prácticas»¹.

1 Cfr. Schönke, Adolf. «Evolución del Derecho penal y procesal penal en Alemania a partir del año 1945». En: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo IV, Fascículo I, Ministerio de Justicia y Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid, 1951, p. 11.

Carlos Viada, por su parte manifestó que «el fenómeno se ha producido bajo el signo acusatorio, invocando unos derechos procesales intocables, que amenazan la misma esencia del «ius puniendi» y desconocen la, autentica misión de las garantías que el Ordenamiento reconoce al imputado. Es equivocado hablar de derechos en el proceso penal, cuando lo exacto es hablar de garantías y cargas procesales. Aquellas como principios institucionales del proceso penal, en cuanto instrumento para la realización de la Justicia; y las cargas, como nexos jurídicos que surgen entre los sujetos del proceso. Si en el proceso penal predomina y urge el que se exprese la relación fáctica en función del derecho punitivo a través de la sentencia, no puede haber la disponibilidad de las Partes sobre el procedimiento, como sucede en el proceso civil, aunque la estructura institucional sea común y se desenvuelva a través de un sistema contradictorio, que da oportunidad a las partes de exponer sus puntos de vista sobre las alegaciones contrarias, al tiempo que salves la imparcialidad del órgano jurisdiccional. Por ello, el sistema acusatorio concebido como sistema con igualdad de partes no puede ser adoptado íntegramente, como ya apuntara Merkel; pues si se quisiera asegurar al imputado la posición exclusiva de parte, ello sería contradecir el principio fundamental del proceso penal, esto es, el principio de la verdad material. En efecto, este principio requiere el dominio de la materia procesal, de los órganos llamados a la investigación de la verdad, de los medios de prueba personales y reales; de ahí que suponga, además, la condición de que el imputado tenga también la posición de objeto de prueba².

Sin embargo, en la actualidad, cuando se revisa la actual literatura en torno al juicio oral se aprecian extensos comentarios referidos a la credibilidad del testigo o perito así como la convicción de ir más allá de toda duda razonable; el detalle es que los escritores no están explicando el juicio por jurado propio del modelo sajón, sino el juicio de derecho cuya raíces se hunden en la tradición jurídica europeo-continental.

No se ignora que en la actualidad identificar sistemas jurídicos puros, ajenos a influencias de otros modelos, es casi imposible de lograr; sin embargo, se ha llegado al extremo de recoger determinada *fraseología* que en nada condice con las reglas normativas que dotan de identidad y sentido al juicio de derecho. Ejemplos: *los hechos no existen hasta que el Juez señale que existen; la verdad está ausente en el juicio oral, basta la persuasión de una versión de los hechos*. Tampoco son ajenas las frases carentes de contenido ético, como por ejemplo: *todos mienten*.

Este panorama es detectable en la literatura latinoamericana, claro está salvando excepciones, lo que ha originado que la reforma operada en la referida región sea catalogada como «*la macdonalización del proceso penal latinoamericano*»; introduciéndolo

2 Cfr. Viada López-Puigcever, Carlos. «Comentarios a la sentencia del 22 de diciembre de 1961». En: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo XV, Fascículo II, Ministerio de Justicia y Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid, 1962, p. 350.

se, tanto en la jurisprudencia como a nivel del Derecho positivo figuras tales como: la teoría del caso, llegándose al extremo de afirmar que la teoría del delito es innecesaria. Pero los absurdos ahí no terminan: para llamarse *procesalista* se tiene que conocer todos los antecedentes del Derecho inglés así como del norteamericano, para estar a la altura del nuevo sistema, delimitando nuestro vocabulario a figuras como el *cross examination* o a los *statements of Court*, descubriendo en la jurisprudencia norteamericana como transitar del *fruto del árbol envenenado al fruto del árbol curado*.

Sin embargo, el *circo de la litigación* ha surgido porque no hemos generado diálogos con los operadores, acercándolos a los epistemólogos; por el contrario, todo se realizó sin la debida discusión, agachando la cabeza debido al financiamiento que del exterior se recibía; traduciendo las directrices del juicio por jurado estadounidense o recurriendo a la fuente puertorriqueña por compartir el español como lengua materna. En ese sentido, el ícono de la reforma latinoamericana como es la Chilena introdujo la duda razonable al juicio de derecho, denunciando su comunidad jurídica que tal introducción se realizó sin la necesaria discusión en sede legislativa. Se ignoró que la duda forma parte de los procedimientos cognitivos del Juez, y que puede ser positiva o negativa, y cuya resolución no necesariamente será a favor del acusado.

Por ello, que el lector como el europeo, capaz no esté tomando en serio la reforma latinoamericana en el sentido de dotar de algún aporte positivo a la mejora de la administración de justicia; por lo que, el objetivo del presente trabajo es demostrar que no todos hemos caído en la *macdonalización*; que, por el contrario, aún consideramos al juicio oral como un escenario dialógico y dialéctico, el cual no es incompatible con un juzgamiento ético y justo (este último en un sentido de búsqueda de la equidad a través de la decisión judicial).

En suma, no buscamos el «arte de la duda», sino el esclarecimiento de los hechos a través de aquella información que el Juez va conociendo vía los interrogatorios.

CAPÍTULO I

TEORÍA DEL CASO

1.1 ¿PERSUASIÓN HISTRIÓNICA O CONVENCIMIENTO JUDICIAL A TRAVÉS DEL ESCLARECIMIENTO DE LOS HECHOS?

Iniciamos nuestro recorrido con la siguiente cita de Peña Cabrera Freyre, «nuestro proceso penal no se dirige a la obtención de una Verdad Histórica como falazmente lo hacía el proceso inquisitorial, son las partes en un sistema adversarial quienes dirigen la actuación probatoria, por ende, es una verdad formal a la que aspira arribar nuestro procedimiento penal».³ En ese sentido, «la verdad es en realidad formal o judicializada, a través de las proposiciones fácticas que son debidamente corroboradas por la teoría del caso vencedora en el proceso penal; con ello triunfa un nuevo método cognitivo, basado en la actuación probatoria de los sujetos procesales, donde el juzgador está vedado a construir su propia historia, y esto es algo que no puede ser objetado de forma contundente».⁴

Las citas grafican la confusión que estamos experimentando hoy en día, porque es ahora la teoría del caso la que corrobora los enunciados fácticos planteados en la acusación y en su contestación; cuando en realidad son las pruebas las que cumple con tal función. Asimismo, se señala que se está ante un nuevo método cognitivo, porque

3 Peña Cabrera Freyre, Alonso Raúl. *Exégesis del Nuevo Código Procesal Penal*, 1era Edición, Editorial Rodhas, Lima, 2007, p. 134.

4 Peña Cabrera Freyre, Alonso Raúl. «La naturaleza jurídico civil de la reparación en la vía criminal y su insostenible carácter accesorio en el proceso penal». En: *Revista Gaceta Penal y Procesal Penal*, Tomo 59, Gaceta Jurídica, Lima, 2014, p. 196.

el Juez está vedado a construir su propia historia; al respecto, si ello significa que el juzgador no puede generar conclusiones contradictorias con la información obtenida por la prueba desahogada, estamos totalmente de acuerdo, pero ello no tiene nada de novedoso, ha sido una exigencia abordada en la valoración judicial de la prueba y en la motivación de las decisiones judiciales; pero si ello implica que el Juez es un sujeto pasivo, un espectador del juicio, una persona cuyas facultades cognitivas están limitadas a lo que las partes le van transmitiendo, no debiendo exteriorizar preguntas de aclaración y que la idea de las pruebas de oficio es sinónimo del sistema inquisitivo, entonces nos alejamos de tal posición, porque un país que aspira tratar de esa manera a sus jueces originara que cada quien hagamos lo que queramos.

Quien escribe estas líneas al haber sido servidor público considera lamentable que otro servidor público (quien labora en el Ministerio Público del Perú, organismo autónomo encargado de velar por el interés público, y entre otras funciones el de investigar **aquellos hechos** constitutivos de delito), no tenga la más mínima idea de la importancia, por razones tanto epistemológicas como éticas, de las decisiones judiciales justificadas desde los enunciados fácticos probados.

Ahora la teoría del caso no solamente ha soslayado a la teoría del delito, sino también a la prueba, cuando ni siquiera se está ante una «teoría», en el sentido científico de la expresión. Sin embargo, no todo es sombra, por el contrario, la prueba de los enunciados fácticos aún se sigue declarando, por ejemplo en normas constitucionales, como es el caso del artículo 20, apartado A, fracción I de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el cual señala que uno de los objetivos del proceso penal es el esclarecimiento de los hechos. ¿Acaso ello no será posible? ¿Al postularlo nos adherimos al sistema inquisitivo?

Al respecto, Peña Cabrera cae en la denominada *tradición irracionalista de la prueba*, la cual presenta un amplio espectro de posturas que conciben a la actividad probatoria en sede judicial como un sinsentido⁵ (si el sentido que se busca es de corte cognitivista); como un ritual retórico⁶ (que en efecto desempeña funciones importantes), o como una actividad discursiva respecto de la cual sólo pueden realizarse evaluaciones en términos de *grados de coherencia* de las estructuras resultantes de aquella (generalmente historias o narrativas).⁷

A su vez, las teorías sobre la actividad probatoria y de las funciones de la prueba referidas arriba descansan sobre concepciones más generales que consideran *imposi-*

5 Taruffo, Michele. *La prueba de los hechos*, 2da. Edición, Trad. de Jordi Ferrer Beltrán, Editorial Trotta, 2005, pp. 28-47 y 80-81.

6 Ídem, pp. 48-51, 81; y también Ferrer, Jordi. *La Valoración Racional de la Prueba*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2008, pp. 62-63.

7 Taruffo Ob. Cit., nota 522, pp. 32, 81-84 y 307-319.

ble, no prioritaria, o bien, irrelevante a la obtención de la verdad –falible– en términos de correspondencia con el mundo empírico, por medio del proceso judicial. A continuación pasaremos revista a cada una de dichas concepciones generales que lindan desde lo irracional a lo ingenuo.

De acuerdo con el análisis de Taruffo, la tesis de la imposibilidad de la verdad (por correspondencia) que puede hallarse como rasgo distintivo en la Tradición Irracionalista de la prueba, es el resultado de suscribir ciertas tesis ontológicas/meta-físicas (como las del idealismo o antirrealismo extremos, mismas que conciben a la realidad como una *construcción-proyección mental* que se valida mediante criterios de coherencia con otras creencias, tanto individuales, como colectivas)⁸; ciertas tesis epistemológicas (como las del escepticismo radical que, pese a que no descarta que podría existir una realidad empírica *pura*, niega su cognoscibilidad); o bien la versión fuerte de ciertas tesis provenientes de la psicología cognitiva (sobre todo, de los estudios empíricos acerca de los vicios cognitivos heurísticos, o –*biases*–, así como del denominado –programa fuerte de sociología del conocimiento científico (que develan la relevancia de las prácticas en que los científicos se ven inmersos, las dependencias contextuales de las reglas metodológicas, así como la convergencia de intereses extra, y a veces contra-epistémicos en la indagación).

Al respecto, no olvidemos que en el terreno ontológico-metafísico, el mismo consiste en postular una realidad empírica en alguna medida *objetiva* (independiente en cierto grado, de nuestra actividad cognitiva) que es capaz de asimilar las cuestiones relativas al efecto del lenguaje y de nuestros esquemas conceptuales en términos de guiar la percepción de ciertos fenómenos; relativas a la actividad cerebral en términos de condicionar el acceso sensible a la realidad; y relativas a la falibilidad de nuestros procesos heurísticos y a la dependencia contextual de nuestra actividad cognoscitiva. En este sentido, no se trata de un –*realismo naif*– (como lo llaman), sino de un realismo más sofisticado que, pese a que no es articulado explícitamente con mayor rigor, suele identificarse con la propuesta de *realismo crítico* de Putnam, y acoplarse convenientemente a cierta interpretación de la teoría de la verdad propuesta por Tarski.

Asimismo, no ignoremos que la imposibilidad de obtener certezas absolutas está presente en cualquier modalidad de investigación empírica. En este sentido, Taruffo sostiene que: «La idea de una verdad absoluta puede ser una hipótesis abstracta en un contexto filosófico amplio, pero no se puede sostener racionalmente que una verdad absoluta pueda y deba ser establecida en ningún dominio del conocimiento humano, y ni qué decir tiene del contexto judicial. Ni siquiera las ciencias duras como la física y las matemáticas pretenden ya ser capaces de alcanzar verdades absolutas; de hecho, la idea de una verdad absoluta parece pertenecer sólo a los terrenos de la religión y la

8

 Ídem, pp. 28-36.

metafísica. En realidad, en todo contexto de conocimiento científico y empírico, incluido el de los procesos judiciales, *la verdad es relativa. En el mejor de los casos, la idea general de verdad se puede concebir como una especie de «ideal regulativo», esto es como un punto de referencia teórico que se debe seguir a fin de orientar la empresa del conocimiento en la experiencia real del mundo...»*.⁹

Y en otra parte, el autor en comentario sostiene que: «En un procedimiento cognoscitivo de cualquier género, la verdad absoluta puede funcionar, precisamente, como absoluto, es decir, como límite al que los conocimientos concretos tienden a aproximarse... aunque no alcanzan nunca a identificarse con él. En otros términos: La verdad como correspondencia absoluta de una descripción con el estado de cosas del mundo real no es alcanzable con procedimientos cognoscitivos concretos, ya que es sólo un valor-límite teórico de la verdad de la descripción. *Pueden haber, sin embargo, distintos grados de aproximación al estado teórico de correspondencia absoluta*, partiendo de un grado 0 (ninguna correspondencia, lo que equivale a decir que no existen elementos que hagan creíble la aserción, o que ésta no es significativa, según el contexto) y *aumentando la aproximación a medida que aumentan los elementos de conocimiento a favor de la hipótesis de que la descripción se corresponde con la realidad. La referencia al valor teórico de la correspondencia absoluta, como el otro extremo de la no-correspondencia, es útil para distinguir los grados de aproximación y para establecer cuándo hay incrementos o disminuciones en la aproximación y, también, para determinar el criterio de elección entre varias descripciones del mismo hecho...*».¹⁰

El estatus de relatividad de la verdad por correspondencia que se obtiene como resultado de indagaciones empíricas, conduce a sostener que en el proceso judicial, las pruebas recabadas sólo permiten realizar un juicio *aproximado* del valor de verdad de las conclusiones alcanzadas, en términos de probabilidad. Esto no quiere decir que se sostenga que las conclusiones fácticas del juez no tengan un valor de verdad absoluto; claro que lo tienen, sin embargo esto es un asunto que no podemos aseverar con certeza (por la falibilidad inherente de nuestro razonamiento ampliativo), lo mejor que podemos hacer es confiar en que las pruebas disponibles y las inferencias rigurosas extraídas de ellas, nos permiten arribar a conclusiones probablemente verdaderas.

En este sentido Ferrer sostiene que: «Lo único que parece razonable derivar de la nota de incertidumbre que caracteriza la toma de decisiones en el ámbito de la prueba jurídica es, pues, una relativización de la confirmación del valor de verdad que podemos atribuir a las conclusiones que alcanzamos en ese ámbito. Entiéndase bien: *no quiero decir que no pueda atribuirse valor de verdad a las proposiciones que se declaran probadas en un proceso; quiero señalar, más bien, que el conjunto de pruebas de que se*

9 Taruffo, Michele. *La Prueba*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2008, p. 26.

10 Taruffo. *La prueba de los hechos...* Ob. Cit., p. 180.

*disponga en el mismo permiten únicamente atribuir un determinado grado de confirmación o de probabilidad de que esa proposición sea verdadera...».*¹¹

Por otro lado, otro argumento es aquel que sostiene que la finalidad esencial de un proceso (sobre todo en la materia civil) es *resolver la controversia* de que se trate. En este sentido, cualquier pretensión cognoscitiva queda relegada a un segundo plano, a la manera de un *producto colateral*, en vista del objetivo más importante consistente en erradicar el conflicto respectivo mediante la provisión de la solución más satisfactoria para los intereses de las partes, y para el de la sociedad misma, la cual, desde esta perspectiva, tiene en mucha mayor estima al valor de la *paz social*, que al de averiguar lo que en realidad sucedió.¹²

En este orden de ideas, dado que la verdad no constituye el objetivo principal, sería absurdo, si lo que se desea es la instauración de un proceso eficiente, que recursos valiosos en términos de infraestructura, capacidad intelectual y tiempo fuesen invertidos en algo que simplemente desviaría a –la empresa de su curso.¹³

Otra forma que suele asumir la controversia –solución del conflicto Vs. verdad– es la que confronta al *sistema adversarial* y al *sistema inquisitorio*. En esta línea, el adversarial constituiría el sistema –bueno (liberal y respetuoso de las garantías procesales, el cual opera a *instancia de parte* con las informaciones que dichas partes han decidido incorporar y con el limitado alcance establecido por las pretensiones en conflicto), en contraste con la evidente maldad –manifestada en su autoritarismo y habitual lesión de garantías individuales– del inquisitorio.¹⁴

Al respecto, la supuesta tensión indisoluble entre averiguar la verdad y resolver el conflicto está mal planteada, dado que lo abordan a través de un código de absolutos. En este sentido, es perfectamente plausible hablar de la provisión de resoluciones basadas en determinaciones tendencialmente verdaderas en torno a los hechos.¹⁵

Asimismo, no es necesario asociar la búsqueda de la verdad con los *procesos inquisitivos* (dicha asociación detona las valoraciones negativas que suelen ser evocadas cuando se sostiene que objetivo de averiguar lo que sucedió es prioritario). En torno a lo dicho, Taruffo afirma que: «no resulta en absoluto clara la correspondencia entre el modelo dispositivo y la negación de la verdad, por un lado, y entre la búsqueda de la verdad y el modelo inquisitivo, por el otro; en efecto, mientras que no está claro que

11 Ferrer, Jordi. Ob. Cit., p. 26-27.

12 Taruffo. *La prueba de los hechos...* Ob. Cit., p. 538.

13 Ídem, p. 39.

14 Ídem, pp. 42-43.

15 Benavente Chorres, Hesbert. *La aplicación de la teoría del caso y la teoría del delito en el proceso penal acusatorio*, Editorial J. M Bosch, Barcelona, 2011, pp. 10-23.

este último modelo esté orientado, por definición, hacia la búsqueda de la verdad, y mucho menos, que asegure su obtención, no es segura ni siquiera la incompatibilidad entre la búsqueda de la verdad y el modelo dispositivo...».¹⁶

Con mucho más razón es prioritaria la búsqueda de la verdad si se concibe a ésta como una *condición necesaria* (aunque no suficiente) de la *emisión de fallos justos*. Al respecto, el autor en comento sostiene lo siguiente: «Independientemente del criterio jurídico que se emplee para definir y valorar las justicia de la decisión, se puede sostener que *ésta nunca es justa si está fundada en una determinación errónea o inaceptable de los hechos*. En otros términos, *la veracidad y la aceptabilidad del juicio sobre los hechos es condición necesaria (obviamente no suficiente) para que pueda decirse que la decisión judicial es justa*. En consecuencia, hay un posible margen de injusticia de la sentencia que coincide teóricamente con la eventual desviación entre la forma concreta en que los hechos se determinen y su verdad empírica...».¹⁷ «...*una justicia no arbitraria debe basarse en alguna medida, en la verdad, esto es, en juicios sujetos a verificación empírica; está claro, en cambio, que una justicia sin verdad equivale a un sistema de arbitrariedad en el que no existen garantías sustanciales ni procesales...*».¹⁸

Otro argumento que se ofrece a favor de la prioridad de la verdad sobre otros valores, tiene que ver con las teorías de la aplicación del derecho que conciben la posible reconstrucción de las normas de un sistema jurídico en términos de estructuras condicionales: Se suele sostener, desde un punto de vista muy general, que la estructura de la norma jurídica aplicable puede plantearse en términos de una proposición molecular de carácter condicional, cuyo antecedente contempla ciertos supuestos a los que les son vinculados efectos o consecuencias jurídicas en el consecuente. Al respecto, autores como Guastini sostienen que: «Una norma puede ser concebida, alternativamente, o como un enunciado que califica deónticamente un determinado comportamiento (—es obligatorio hacer X, —está prohibido hacer Y, —está permitido hacer Z), o como un enunciado sintácticamente condicional, que conecta una consecuencia jurídica a un supuesto de hecho; o sea, a una circunstancia o a una combinación de circunstancias («si se verifica el supuesto F, entonces se produce la consecuencia G»)».¹⁹

Desde el marco anterior, corresponde precisamente al juez la imposición de las consecuencias referidas *si determina que las condiciones o supuestos normativos han sido satisfechos en el caso concreto*. En este sentido, decretar la procedencia de ciertas consecuencias referidas en ausencia de una determinación tendencialmente verdadera acerca de la presencia o no del hecho condicionante, sería *incorrecto*. Al respecto,

16 Taruffo. *La prueba de los hechos...* Ob. Cit., p. 43.

17 Ídem, p. 64.

18 Ídem, p. 69.

19 Guastini, Ricardo. *Estudios sobre la interpretación jurídica*, UNAM-III, México, 1999, p. 71.

Taruffo sostiene lo siguiente: «...la norma no se aplica correctamente si el hecho no se ha producido, es decir, si no se dispone de una determinación verdadera de las circunstancias empíricas que integran «el hecho» previsto por la norma. Parece intuitivo que la norma sería aplicada injustamente, y sería, pues, violada, si las consecuencias que prevé se adjudicaran en un caso en el que el hecho condicionante no se hubiera producido...».²⁰

Ferrer también ofrece un argumento sobre la base de la concepción condicional de las estructuras normativas. Sin embargo, no se limita a decir que la ausencia de una determinación verdadera de los hechos de la causa conduce a la aplicación incorrecta e injusta de la norma respectiva por falta del hecho condicionante (u operativo). El autor referido da un paso más al sostener que si se generaliza la actividad anterior se pone en riesgo la capacidad del derecho consistente en –motivar– las conductas de sus destinatarios: Si las consecuencias jurídicas, en términos de estímulos aversivos o positivos (nótese el marcado aspecto *conductista* que se adscribe al derecho), proceden a capricho del juzgador, no es necesario que el destinatario del ordenamiento incorpore a las normas del sistema dentro de sus esquemas de motivación para llevar a cabo diversas conductas y/o abstenerse de realizar otras.

En este escenario, según Ferrer, las consecuencias proceden al azar, generándose con ello un ambiente anárquico:

«...Se da por supuesto que lo que pretende el legislador al dictar normas jurídicas prescriptivas es que sus destinatarios realicen o se abstengan de realizar determinadas conductas (i. e; pagar impuestos, no robar, etc.). Para conseguir motivar la conducta, el legislador suele añadir la amenaza de una sanción para quien no cumpla con la conducta prescrita. Pero, para que ello resulte efectivo, los sistemas jurídicos desarrollados prevén la existencia de órganos específicos –jueces y tribunales– cuya función principal es la determinación de la ocurrencia de esos hechos a los que el derecho vincula consecuencias jurídicas y la imposición de esas consecuencias a los sujetos previstos por el propio derecho. Siendo así, resulta claro que, prima facie, son las descripciones de aquellos hechos las que se deben incorporar al razonamiento judicial a los efectos de la aplicación de las normas.

Pensemos por un momento en una alternativa radical a esta construcción. Supongamos que la consecuencia jurídica prevista (la sanción en este caso) se atribuya aleatoriamente. Así, los órganos encargados de la adjudicación jurídica podrían realizar un sorteo para determinar cada mes quien debe ser sancionado, fijando un número de sanciones también aleatorio. Está claro que en esta situación, no habiendo ninguna vinculación entre las conductas de cada uno de los miembros de esa sociedad y la probabilidad de ser sancionado, no hay tampoco razón alguna para comportarse de acuer-

20 Taruffo. *La prueba de los hechos...* Ob. Cit., p. 69.

do con lo establecido con las normas jurídicas. Dicho de otro modo, *sólo si el proceso judicial cumple la función de determinar la verdad de las proposiciones referidas a los hechos probados podrá el derecho tener éxito como mecanismo pensado para dirigir la conducta de sus destinatarios. Sólo podría influirse en la conducta de los hombres y mujeres para que no maten, si efectivamente el proceso cumple con la función de averiguar quién mató y le impone la sanción prevista por el derecho*. Por todo ello, la prueba como actividad tendría la función de comprobar la producción de los hechos condicionantes a los que el derecho vincula consecuencias jurídicas o, ...determinar el valor de verdad de las proposiciones que describen la ocurrencia de esos hechos condicionantes. Y el éxito de la institución probatoria se produce cuando las proposiciones sobre los hechos que se declaran probadas son verdaderas...».²¹

Por otra parte, Ferrer ofrece un argumento descriptivo de acuerdo con el cual sostiene que la prioridad del valor de averiguar (faliblemente) la verdad constituye un *mandato legal*. El razonamiento discurriría así: En general, los distintos ordenamientos jurídico-procesales (al menos en la tradición del *Civil Law*) suelen contener una norma (legislativa o jurisprudencial) que constriñe la valoración probatoria a las reglas de *la racionalidad y de la lógica* («p»). Ferrer sostiene que –p– hace referencia a la racionalidad y la lógica de los métodos e investigaciones empíricos generales (con especial acento en los métodos de razonamiento empleados en las ciencias naturales). La segunda parte del argumento consiste en la atribución del objetivo de averiguar (faliblemente) la verdad a dichos métodos.

Así, de manera un tanto subrepticia, el objetivo referido logra colarse al contexto jurídico, ya que si el derecho ordena la consideración de esa racionalidad general (la que corresponde a las ciencias naturales principalmente) al momento de valorar las pruebas, y ésta busca la obtención de la verdad, el derecho mismo (y en concreto, el derecho procesal) también lo hace.

«...En cambio, la libertad del juez para determinar los hechos probados del caso si está limitada por las reglas generales de la racionalidad y de la lógica, *como ha sido también reconocido por la jurisprudencia. Es más, puede entenderse que esa es su única limitación, también jurídica. De ese modo, la determinación de los hechos probados realizada contra las reglas de la lógica o, en general, de la racionalidad supondría una infracción a la ley; para ello, basta interpretar las reglas que establecen la libre valoración de la prueba de forma que ordenen la valoración mediante la utilización de la racionalidad general...*».²²

De hecho, con el proceder de sus investigaciones, el autor en comentario incluso considera al objetivo de averiguar faliblemente la verdad por medio del empleo de

21 Cfr. Ferrer, Jordi. Ob. Cit., pp. 29-31.

22 Ídem, p. 43.

ciertos métodos o patrones de razonamiento procedentes de lo que denomina –la racionalidad general–, como un *mandamiento constitucional* –ya no sólo legal– el cual se derivaría del *derecho humano* genérico conocido como –*derecho de audiencia*– o –*derecho de defensa*–, e incluso de la garantía del –*debido proceso*– (*due process*):

«...En lo que sigue quiero presentar un argumento algo más fuerte. Sostendré que es el propio sistema jurídico, a través del denominado –derecho a la prueba–, el que exige la aplicación de esas reglas de la epistemología o la racionalidad generales... para la valoración de la prueba. No es casualidad que en general se considere el derecho a la prueba como una especificación, un derivado, del derecho a la defensa. Así lo expresa el artículo 24 de la Constitución española, que reconoce a todo aquel que es parte en un proceso, el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa. También se reconoce expresamente en el artículo 6. 3 d) del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. En otros casos aunque no se formula constitucionalmente de manera expresa un derecho a la prueba, la jurisprudencia constitucional y la doctrina lo han derivado también del derecho a la defensa. La idea fundamental es que el ciudadano tiene derecho a demostrar la verdad de los hechos en los que funda su pretensión procesal. En otras palabras, el ciudadano tiene derecho a probar que se han producido, o no, los hechos a los que el derecho vincula consecuencias jurídicas. Sólo de este modo puede garantizarse una correcta aplicación del derecho y... una adecuada seguridad jurídica...». ²³

El derecho a la prueba referido (derivado del derecho de defensa o de audiencia) consta de los siguientes componentes: A) Derecho a utilizar todas las pruebas de que se dispone para demostrar la verdad de los hechos que fundan la pretensión²⁴; B) Derecho a que las pruebas sean practicadas en el proceso²⁵; C) Derecho a una valoración *racional* de las pruebas practicadas;²⁶ y D) Obligación del funcionario judicial consistente en motivar su decisión.²⁷

La valoración racional a la que hace referencia C) precisamente consiste en la incorporación al campo del derecho, de esos métodos o patrones de razonamiento generales que han permitido a las ciencias naturales aproximarse con relativo éxito a la estructura de la realidad empírica.

23 Ídem, pp. 53-54.

24 Ídem, pp. 54-55.

25 Ídem, pp. 55-56.

26 Ídem, pp. 56-57.

27 Ídem, pp. 57-58.

Toca el turno ahora de abordar las concepciones generales que consideran al objetivo de averiguar faliblemente la verdad acerca de lo acontecido, como *irrelevante* en el contexto de un proceso judicial.

La línea principal que permite articular las diversas posturas es la comprensión del proceso como una mera secuencia de procedimientos retórico-persuasivos. Al respecto Taruffo sostiene que: «Según esta interpretación, que tiende fácilmente a presentarse como una concepción global y omnicomprensiva del proceso (civil y penal), *todo lo que sucede en el proceso no es más que un juego retórico-persuasivo*; esto es, en el ámbito de una suerte de retórica general que según la opinión de algunos agota completamente el campo del razonamiento jurídico, *existe una retórica del proceso dentro de la cual se distinguen retóricas más específicas, como la del abogado que pretende persuadir al juez de que tiene la razón, y la del juez, que al motivar la sentencia pretende persuadir (a las partes, a los abogados, a la opinión pública) de la bondad de la decisión que ha tomado...*».²⁸

Este contexto es propicio para el surgimiento de cierto modo de analizar el proceso de toma de decisiones judiciales, el cual implica la importación de modelos y herramientas semióticas al campo jurídico. Como dice Taruffo: «...esta línea de trabajo privilegia el aspecto lingüístico... esto implica que el proceso es considerado únicamente como un lugar en el que se producen diálogos y se proponen y elaboran narraciones y es, *por tanto, estudiado desde el punto de vista de las estructuras lingüísticas y semióticas de esos discursos. De ahí las aplicaciones de la narratología al proceso y, en especial, a algunos aspectos de la decisión judicial...*».²⁹

Aunado a lo anterior, Taruffo sostiene que junto con las herramientas referidas, se trasladan también ciertos *presupuestos* del análisis semiótico, como una concepción no referencial del lenguaje, que colisionan directamente con una teoría correspondentista de la verdad. En este sentido, el autor en comentario sostiene lo siguiente: «...el análisis semiótico asume a menudo una concepción *no referencial o autorreferencial* del lenguaje., de forma que el lenguaje *no se refiere a realidad alguno sino únicamente a entidades lingüísticas*; no hay correspondencia o vinculación entre expresiones lingüísticas y datos empíricos extralingüísticos; cualquier expresión lingüística puede referirse únicamente a otras expresiones lingüísticas, ya que sólo puede ser traducida en otras expresiones lingüísticas. *La determinación del significado puede, así, producirse únicamente dentro del propio lenguaje, sin referencia a la realidad empírica (cuya existencia queda pues, necesariamente en duda) y desencadena, en consecuencia, el mecanismo de la semiosis ilimitada, es decir, del continuo e infinito reenvío desde un dato lingüístico a otro en un intercambio continuo de significados...*».³⁰

28 Taruffo. *La prueba de los hechos...* Ob. Cit., pp. 48-49.

29 Ídem, p. 52.

30 Ídem, p. 52.

El traslado de los referidos presupuestos metodológicos al estudio del proceso de toma de decisiones judiciales repercute del modo que sigue, en el análisis de los trozos de discurso que ocurren en dicho proceso (aun cuando algunos de esos segmentos de narrativas pretendan hacer referencia a realidades externas): «...Esta claro que si se considera únicamente relevante la dimensión semiótico-estructural del discurso, no se puede considerar relevante el problema de si este discurso, incluso cuando afirma que se refiere a la realidad, hace referencia verdaderamente a alguna realidad empírica. Así se afirma que la *facticity*... de la narración de un hecho no es ciertamente relevante, tanto en el proceso como de forma general, desde un punto de vista semiótico. La narración de un hecho realizada en el proceso, por ejemplo, por un testigo, no es sustancialmente distinta de la narración de un hecho contenida en una novela; la única diferencia, por otra parte no muy importante, es que la primera pretende ser verdadera, mientras que la segunda no pretende serlo. De todos modos, «la pretensión de verdad» no es más que una parte del discurso, un elemento del mensaje enviado por el narrador, pero obviamente no dice nada acerca de la veracidad de la narración...».³¹

Como hemos podido ver, el elemento más importante en este entorno es el constituido por las narraciones de las partes, las cuales, al consistir exclusivamente en artificios retórico-persuasivos, son evaluadas desde un punto de vista *meramente formal*, desde el cual se pone atención a su claridad, su elegancia, su coherencia, su compatibilidad con el sentido común, etc., pero no a su posible correspondencia (falible) con lo que sucedió, lo cual resulta indiferente para las partes que compiten a efecto de que el juez adopte como suyo el punto de vista expuesto durante el proceso.³² En todo caso, se considera que la verdad en términos de correspondencia aproximada, constituye una especie de agregado necesario que de modo subsidiario, se obtiene de determinar cuál de las historias es la más persuasiva.³³

Ahora bien, el impacto de la concepción retórica de los procesos judiciales se traduce en una visión de la prueba según la cual, ésta desempeña tanto funciones *meramente rituales* que enmascaran el hecho de que el proceso no tiene y no puede tener pretensiones cognoscitivas, como la función de *convencer* al juzgador de que los hechos alegados sucedieron del modo en que lo –reportan– ciertas aseveraciones.

En este sentido, Taruffo sostiene que: «En el ámbito de estas teorías, surge la idea de que las pruebas, y en particular, los procedimientos para su formulación o adquisición, pueden desarrollar una función ritual en el ámbito de la función social más general que el proceso desarrolla. En resumen, *las pruebas no servirían en absoluto para determinar los hechos, pero sus procedimientos (como la cross-examination) constitui-*

31 Ídem, p. 53.

32 Ídem, p. 50.

33 Ídem, p. 50.

rían ritos análogos a las representaciones medievales, destinados a reforzar en la opinión pública el convencimiento de que el sistema procesal implementa y respeta valores positivos como la paridad de las partes, la corrección del enfrentamiento y la victoria de quien tiene la razón. Así, las pruebas y sus respectivos procedimientos, serían medios, pero no orientados hacia fines racionales internos al proceso como machinery dirigida a producir decisiones de alguna forma valiosas; las pruebas servirían, en cambio, para dar una apariencia de legitimación racional a una suerte de mecanismo teatral cuya función sería disimular la realidad irracional e injusta de las decisiones judiciales...».³⁴

1.2 ¿LA TEORÍA DEL CASO HA REEMPLAZADO A LA TEORÍA DE LA PRUEBA Y LA TEORÍA DEL DELITO?

Luz Adriana Londoño Bonilla, Fiscal Seccional Delegada ante los Jueces Penales del Circuito de Medellín (Colombia), en su conferencia «Sistema Acusatorio Colombiano», ofrecida en el III Congreso Internacional de Derecho Procesal Penal, celebrado los días 23 al 25 de Mayo de 2013 en Tacna, Perú, manifestó: «Cuando entró el sistema en Colombia, se nos dijeron que teníamos que estudiar actuación, que no nos moviéramos así»; agregó «que la argumentación es muy distinta cuando se está ante un Juez de Derecho que si se está ante un jurado de conciencia»; continuó afirmando que el fiscal que introdujo la reforma penal en Colombia «de todo sabía menos de Derecho penal, y al preguntarle cómo se iba a hacer, contestaba: ¡como en las películas!, cuando en realidad nada que ver con las películas, nada que ver con el sistema norteamericano»; precisó además: «que uno de los Jueces dijo, por qué en los alegatos de clausura hablas tantas cosas como la antijuridicidad, cuando la antijuridicidad *somos todos caminando*», contestándole de la siguiente forma: «para que la conducta sea punible se tiene que probar que sea típica, antijurídica y culpable, no basta con relacionar unas evidencias, o relacionar los hechos con unas pruebas, quien acusa debe probar esas tres categorías dogmáticas.»

De lo último mencionado podemos precisar que lo que se prueba son los enunciados fácticos y que las categorías antes mencionadas son juicios de valoración, pero lo más importante de la cita, es el histrionismo jurídico que reinó durante los primeros años en aquellos países latinoamericanos, en especial los sudamericanos, que al inicio del Siglo XXI reformaron su sistema de justicia penal. Para luego pasar, si se permite la expresión, a una suerte de *tire y afloje*, esto es esperar las autorizaciones judiciales para que, *como felino enjaulado*, el litigante se coloque de pie y comience a desplazarse;

34 Idem, p. 81. Esta cita no lo tiene que olvidar los «amantes» de las técnicas, destrezas y habilidades que han generado una generación de ingenuos que desconocen teoría del proceso o peor aún filosofía del Derecho.

siendo materia de discusión si el Juez debe o no dar tales autorizaciones; ya lo importante no radica si los ataques por la espalda constituyen alevosía proditoria o si se debe demostrar que la víctima estaba desprevenida o que la agresión fue buscada con el propósito de actuar sin riesgo; ahora el debate es si las partes deben exponer de pie o sentados o tomar en cuenta la comunicación no verbal de aquellos que intervienen en las audiencias, incluyendo el Juez. Absurdos.

Situación, al menos en parte, lo hemos permitido al abandonar toda reflexión crítica de aquellas ideas que se estaban importando del sistema sajón; la comunidad jurídica ingresó a una suerte de *vasallaje*, donde las grandes e importantes discusiones propias del Derecho penal fueron abandonadas y reemplazadas por figuras tales como: adversarial o teoría del caso que, se insiste, fuimos adoptando en nuestro lenguaje como unos *acólitos*, sin mayor discernimiento o análisis. No pretendemos afirmar que el modelo sajón representa el mal a vencer, por el contrario, lo avanzado en temas como el juicio por jurado, las negociaciones en materia penal y el uso de los precedentes en la administración de justicia son tópicos dignos de una profunda investigación. Pero en qué momento países como el Perú no ha generado escuela al contar con dos casos paradigmáticos como lo son, por un lado, la condena a la cúpula de la organización terrorista «Sendero Luminoso», donde se empleó la fórmula de los aparatos organizados de poder, alejándose de la concepción original de Roxin, al aplicar tal figura a organizaciones que no forman parte del aparato estatal; y por otro lado, el juicio contra el ex presidente del Perú Alberto Fujimori, constituyendo uno de los escasos procesos penales seguidos a mandatarios al menos en esta parte de nuestra historia.

La comunidad jurídica pasó del debate sobre si el extraneus debe o no ser castigado por el mismo tipo penal que el intraneus, a las habilidades y destrezas de litigación oral; sin embargo, ¿este último tema debe estar proscrito en nuestras discusiones? De ninguna manera, porque tan importante es ser un buen investigador como el saber comunicar la información obtenida al Juez, y si ello está reforzado con el manejo de las categorías jurídico-penales existentes en un determinado ordenamiento jurídico, enhorabuena. ¿Entonces, cuál es el problema? El problema gira en torno a sobredimensionar tales destrezas, sin la debida reflexión y crítica; ahora, basta que el perito señale que en los últimos seis meses solamente ha elaborado tres informes periciales para que la contraria se vaya a la yugular para *desacreditarlo*, cuando el número antes mencionado puede obedecer a la poca ocupación que la ciencia del experto ha sido demandado en dicho lapso de tiempo, pero no significa que no posea los conocimientos necesarios para estar a la altura del rigor científico cada vez que sea convocado. O bien cuestionamos el por qué una trabajadora social (con diez años laborando en el ámbito que ha sido convocada) constituye la persona quien ha realizado las entrevistas a los niños víctimas de tocamientos sexuales, cuando no tiene licencia para ello, ignorando el concepto de *dedicación exclusiva*, manejado por la Organización de las Naciones Unidas para el acceso o participación de la niña o el niño en aquellos procedimientos judiciales que les pueden afectar.

En sí, lo que pretendemos afirmar que tan importante es el manejo de las categorías dogmáticas propias de la teoría del delito como el saber conducir una adecuada investigación y comunicar nuestras expectativas al operador cada vez que concurrimos ante él para la práctica de una audiencia.³⁵ Ello implica que los abogados manejemos planteamientos metódicos y estratégicos para enfrentarnos a una oralidad, la cual presenta como desventaja, la rápida pérdida de atención por parte del juzgador, y no por ser Juez, sino que toda persona humana presenta momentos en que la atención en un determinado acto está en su pico más alto, para luego pasar por bajones o descensos.

En esa inteligencia, si a tal planteamiento se le pretende denominar *teoría del caso*, enhorabuena, porque la nomenclatura *per se* no racionaliza la discusión que pretendemos plantear en este apartado. Por ello, en anteriores trabajos, hemos definido a la teoría del caso (aunque se insiste, que la expresión «teoría» no se está empleando en su acepción científica) como **la herramienta metodológica por excelencia que tienen las partes para poder construir, recolectar, depurar y exponer su posición estratégica frente a los hechos materia de proceso; y por otro lado, es un sistema o aparato conceptual que permite la articulación de tres niveles de análisis: fáctico, jurídico y probatorio**; los cuales, no solamente benefician a las partes (las cuales procuran el amparo de sus pretensiones o intereses en sede de proceso penal), sino también al juez, dado que, se le brindará una carga informativa tal que le permitirá contar con los elementos de juicio y decisión para resolver el conflicto de intereses jurídico-penal al cual ha tomado conocimiento.

Sin embargo, la teoría del caso no es la prueba, ni la reemplaza; es la hipótesis planteada que requiere del arsenal probatorio para convencer (y no meramente persuadir) al Órgano jurisdiccional. En esa inteligencia, resaltamos las siguientes inquietudes probatorias, sin tener la intención que la presente lista agote la temática: diligencias de investigación que requieren autorización judicial; descubrimiento de registros de investigación; descubrimiento de los medios de prueba a ser ofrecidos; lealtad y licitud probatoria; control judicial formal y material del material probatorio ofrecido; impugnación de la exclusión probatoria; ofrecimiento de pruebas en la audiencia de juicio oral; desahogo de la prueba personal, documental, documentada, material y otros medios de prueba, así como la valoración judicial de la prueba.

35 A diferencia de otros modelos de administración de justicia en materia penal, en el sistema mexicano, cada vez que exista una cuestión a discutir, la decisión del Órgano jurisdiccional debe ser tomada dentro de audiencia (artículo 52 Código Nacional de Procedimientos Penales); si no hay un tema a discutir, por ejemplo, la obtención de copia de la grabación de la última audiencia practicada, la decisión judicial será comunicada fuera de audiencia a través del sistema de notificaciones regulado en el artículo 82 del citado cuerpo normativo.