

Floris Bex • Bart Verheij • Anthony J. Bocchino
Samuel H. Solomon • Douglas N. Walton • Binny Miller

¿Cómo y para qué se elabora una teoría del caso?

Danny Marrero
Yesid Reyes Alvarado
Editores

Universidad
Externado
de Colombia

Floris Bex y Bart Verheij
Anthony J. Bocchino
Samuel H. Solomon
Douglas N. Walton
Binny Miller

¿Cómo y para qué se elabora una teoría del caso?

Danny Marrero
Yesid Reyes Alvarado
(eds.)

Danny Marrero
(trad.)

Universidad Externado de Colombia
Centro de Investigación en Filosofía y Derecho

¿Cómo y para qué se elabora una teoría del caso? / Floris Bex y Bart Verheij, Anthony J. Bocchino, Samuel H. Solomon, Douglas N. Walton, Binny Miller ; Danny Marrero Yesid Reyes Alvarado (eds.) ; Danny Marrero (trad.). -- Bogotá : Universidad Externado de Colombia. Centro de Investigación en Filosofía y Derecho. 2020.

1 recurso electrónico (192 páginas) : 21 cm

Incluye referencias bibliográficas.

ISBN: 9789587905038

1. Derecho penal -- Libros electrónicos 2. Procedimiento penal -- Libros electrónicos I 3. Acción y defensa (Derecho penal) -- Libros electrónicos 4. Derecho procesal -- Libros electrónicos. I. Reyes Alvarado, Yesid, 1960- , editor II. Marrero, Danny, editor, traductor III. Universidad Externado de Colombia IV. Título

LE343 SCDD 15

Catalogación en la fuente -- Universidad Externado de Colombia. Biblioteca. EAP.

diciembre de 2020

ISBN 978-958-790-503-8

© 2020, DANNY MARRERO Y YESID REYES ALVARADO (EDS.)

© 2020, UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA

Calle 12 n.º 1-17 este, Bogotá

Teléfono (57-1) 342 0288

publicaciones@uexternado.edu.co

www.uexternado.edu.co

Primera edición: diciembre de 2020

Diseño de cubierta: Departamento de Publicaciones

Corrección de estilo: Santiago Perea Latorre

Composición: María Libia Rubiano

Impresión y encuadernación: DGP editores S.A.S.

Tiraje de 1 a 1.000 ejemplares

Prohibida la reproducción o cita impresa o electrónica total o parcial de esta obra, sin autorización expresa y por escrito del Departamento de Publicaciones

de la Universidad Externado de Colombia. Las opiniones expresadas en esta obra son responsabilidad de los autores.

Diseño epub:

Hipertexto - Netizen Digital Solutions

CONTENIDO

PRÓLOGO

Carmen Eloísa Ruiz López

¿Cómo y para qué se construye una teoría del caso? (A
manera de estudio preliminar)

Yesid Reyes Alvarado

Argumentos, historias y evidencia: preguntas críticas para
la determinación de los hechos en litigio

Floris Bex y Bart Verheij

Lo que los jurados quieren oír: métodos para construir una
teoría del caso persuasiva

Anthony J. Bocchino y Samuel H. Solomon

Argumentación y teoría de la evidencia

Douglas N. Walton

Enseñando teoría del caso

Binny Miller

Notas al pie

PRÓLOGO

La teoría del caso, entendida como la presentación argumentada que se hace ante el juez de los hechos ocurridos que son objeto de juzgamiento, es el eje de todo proceso penal adversarial, como el que rige en Colombia, y constituye la columna alrededor de la cual las partes construyen la verdad procesal que debe ser llevada al juez y sobre la que este habrá de decidir. El libro que entregamos en esta oportunidad a la comunidad jurídica es de gran utilidad tanto para los teóricos como para los prácticos del proceso penal, puesto que aborda la técnica procesal y los métodos para la adecuada evaluación y presentación de una sólida teoría del caso, desde el punto de vista intelectual y psicológico, respondiendo a interrogantes como el referido a si se debe identificar una o varias teorías potenciales y cómo optar por una de ellas, o el de cómo lograr su coherencia en los niveles legal, fáctico y persuasivo, sin afectar posibilidades de negociación o terminación abreviada.

La verdad procesal en los sistemas adversariales es llevada al juez por cada parte, fiscalía y defensa, quienes intentarán demostrar que su teoría del caso y la verdad que de ella se deriva son las que deben prevalecer. Pese a que el anterior planteamiento es ampliamente conocido, su validez presenta dificultades en la práctica, debido al desconocimiento de la técnica procesal para llegar a esa verdad, y en particular, a la carencia de una buena

selección de teoría del caso, articulada con la fundamentación jurídica que la respalde, teoría que deberá ser demostrada mediante pruebas que a su vez permitan debilitar y, finalmente, refutar la teoría de la otra parte procesal.

Cuatro aportes independientes integran el contenido del libro, que comprende asimismo un estudio introductorio que los articula con el contexto nacional y en el cual se explican la relevancia de la teoría del caso de cara a la estructura del proceso penal adversarial que rige en Colombia -desde su implementación hace más de quince años-, las ventajas de contar con una sólida estructura y las consecuencias de su carencia.

En el libro se resalta por los autores cómo el proceso de identificación, evaluación y selección de la teoría del caso es continuo, y el lector encontrará procedimientos específicos y técnicas que deberán ser aplicados de manera constante en el desarrollo del proceso penal y que permitirán consolidar la verdad procesal defendida. Si bien los textos parten de estructuras procesales acusatorias, implementadas en sistemas anglosajones y adaptadas a sus sistemas jurídicos, las mismas también son válidas y perfectamente aplicables a nuestra realidad procesal penal, a nuestros sistemas adversariales, en los que los jueces deben tomar sus decisiones sobre la base de pruebas articuladas con la argumentación fáctica y jurídica presentada por las partes.

Las estructuras procesales anglosajonas no son en lo absoluto incompatibles con las fundamentaciones jurídicas de sistemas en los que priman las estructuras dogmáticas, como los implementados en América Latina; allí radica el principal aporte del trabajo de los autores: en ser perfectamente adaptable a nuestra realidad, aportando

organización y estructura, como se deja ver con facilidad en los textos.

La importancia de la narrativa en la construcción de la teoría del caso se hace explícita en el segundo trabajo, en el que se expone su evolución, hasta articularse con la ética del caso que debe ser atendida en la historia que se cuenta al final, en donde se relata y explica lo que ocurrió y el contexto en que tuvo lugar. El libro contiene aportes metodológicos referidos a la construcción de la teoría del caso como una línea narrativa, a la que el autor del segundo texto le dedica gran espacio, desde su experiencia como profesor de teoría del caso en el sistema norteamericano, resaltando la utilidad pedagógica del uso de las clínicas jurídicas como la mejor herramienta para aprender teoría del caso mediante un proceso articulado en tres etapas: imaginar, evaluar y escoger. Nada mejor que la práctica para afianzar la técnica que demanda la consolidación de una buena teoría del caso.

Dicho lo anterior, debemos señalar que el libro nos confronta con la forma tradicional de entender el proceso penal y sus construcciones teóricas. Su lectura nos obliga a implementar nuevas técnicas para construir una teoría del caso más sólida y persuasiva para el juez, tanto en cuanto a la forma como al contenido, una teoría que nos permita afirmar que cumple el objetivo de llevar la verdad procesal al juzgador que, idealmente, deberá darle la razón.

Comparto la afirmación del estudio introductorio al considerar que, en buena parte, la congestión en los despachos judiciales se ha mantenido luego del cambio de sistema procesal, debido a deficiencias en la comprensión y en la real implementación de sistemas procesales adversariales, a la lentitud que representan las audiencias dedicadas a la lectura de textos por las partes, al retraso a

la hora de implementar y fortalecer la técnica de tales sistemas.

Así las cosas, con este libro, el Centro de Investigación en Filosofía y Derecho de la Universidad Externado de Colombia contribuye a la discusión científica y a la vez aporta elementos de aplicación práctica respecto de un tema de gran actualidad en nuestra realidad procesal penal.

La presente publicación no hubiese sido posible sin el apoyo permanente del rector de nuestra universidad, doctor Juan Carlos Henao, a quien agradecemos por incentivar en la comunidad académica el debate intelectual permanente. A Yesid Reyes Alvarado, nuestro reconocimiento por la iniciativa de publicar este libro, y a los dos editores, nuestra gratitud por su aporte a la discusión científica. Es preciso resaltar la valiosa colaboración de Felipe Vergara, sumada al trabajo conjunto de los editores, en la selección de los textos. Reconocimiento especial merece asimismo el acucioso trabajo de traducción de Danny Marrero Avendaño. Agradecemos de igual modo al Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia, a Carolina Esguerra, Sebastián Caicedo, Santiago Perea y todo el equipo, por su impecable y paciente trabajo.

CARMEN ELOÍSA RUIZ LÓPEZ

Directora

Centro de Investigación en Filosofía y Derecho

Universidad Externado de Colombia

¿CÓMO Y PARA QUÉ SE CONSTRUYE UNA TEORÍA DEL CASO? (A MANERA DE ESTUDIO PRELIMINAR)

YESID REYES ALVARADO*

En el año 2004 Colombia cambió su legislación procesal penal, de tendencia inquisitiva, por una de orientación adversarial; a pesar de las grandes expectativas que se albergaban sobre el impacto que el nuevo modelo tendría en la eficiencia y celeridad de las actuaciones judiciales, los resultados no han sido del todo satisfactorios. Por eso, mientras algunos piden que se regrese al antiguo sistema, otros introducen periódicos ajustes a las normas para intentar aumentar la capacidad de rendimiento del actual. Aun cuando creo que algunas de las reformas realizadas han sido útiles, me parece que el principal problema que hemos tenido reside en la formación de nuestros abogados; seguimos manteniendo el esquema de enseñanza que utilizábamos con el procedimiento anterior, enfocado fundamentalmente en adiestrar a las personas en la confección de escritos sobre aspectos técnico-formales, descuidando su formación como profesionales capacitados para diseñar estrategias de litigio y defenderlas oralmente.

En términos generales, el resultado ha sido que la mayoría de quienes ejercen la profesión en el ámbito del derecho penal siguen haciéndolo por medio de escritos que leen ante los jueces, quienes a su vez plasman en papel sus decisiones y luego las transmiten a los sujetos procesales

(cuando asisten a la audiencia convocada para tal efecto) mediante largas y tediosas sesiones de lectura; lo que actualmente caracteriza la práctica de nuestro proceso penal, más que la oralidad, es la lecturabilidad, en buena parte porque las facultades de derecho no han ajustado sus programas para que los alumnos aprendan a estructurar y transmitir argumentos verbalmente con la rapidez, pertinencia, precisión y consistencia que requiere el actual esquema procesal.

El paso del sistema de tendencia inquisitiva a uno de naturaleza adversarial implica cambios de fondo y no meramente cosméticos, que deberían haber llevado a una modificación estructural en la forma de enseñar el procedimiento penal. En el proceso de tendencia inquisitiva es importante la búsqueda de una “verdad real”, por lo que todos los que intervienen en él han de trabajar para conseguirla; esto explica que el juez tenga la facultad de desplegar acciones orientadas a encontrar esa verdad (como manifestación de sus poderes inquisitivos), lo cual significa que tiene la facultad de ordenar oficiosamente la práctica de pruebas, que puede tener su propia visión del caso (distinta de la que expongan la Fiscalía y la defensa) y que tiene la posibilidad de decidir conforme a ella (aun en contra de lo que le soliciten las partes).

Por el contrario, en un esquema adversarial lo que importa es la verdad procesal, lo que alguna de las partes logre demostrar como tal a lo largo del proceso; Fiscalía y defensa son verdaderos adversarios que, lejos de trabajar en la consecución de una verdad común (la llamada “verdad verdadera”), luchan por construir y defender su propia verdad (la denominada “verdad procesal”); el juez es un simple árbitro, el fiel de la balanza que, al estar despojado de su obligación de buscar la “verdad real” que

inspira a los jueces inquisitivos, se limita a dirigir el debate y a conceder la razón a aquella parte que durante el proceso demuestre poseer los mejores argumentos. Por eso, en estos sistemas el juez no puede tener su propia visión del caso y, en consecuencia, carece de iniciativa probatoria ya que no tiene una tesis suya para respaldar, ni debe ayudar a ninguno de los adversarios a fortalecer su posición; su sentencia solo puede ser en el sentido de avalar la postura de la Fiscalía o la de la defensa sobre el caso sometido a su estudio, ratificando con ella esa “verdad procesal”.

Las verdades que están en disputa dentro de un procedimiento adversarial son las tesis que ante el juez exponen la Fiscalía y la defensa; lo que está en juego durante todo el proceso es la visión que cada una de las partes tenga frente a los hechos objeto de investigación, porque su labor se reduce a convencer al juez de que la suya es la correcta y no la de su adversario. Esto hace indispensable que se disponga de una teoría del caso que acompañe al abogado durante todo el proceso, ya que su propósito debe ser persuadir al juzgador de su validez; toda su actividad probatoria ha de estar orientada a apuntalarla, y su intervención en la audiencia de juzgamiento estará centrada en la exposición y defensa de su teoría, así como en la refutación de la planteada por el adversario.

En un sistema de tendencia adversarial como el que tenemos en Colombia, la enseñanza del procedimiento penal debería incluir una cuidadosa capacitación en la labor de construir una teoría del caso, lo que a su vez impone la necesidad de adiestrar al alumno en la búsqueda de los elementos materiales probatorios que requerirá para respaldarla, así como en el manejo que debe hacer de esa prueba a lo largo del proceso, especialmente en lo

relacionado con las técnicas de interrogatorio; también es importante que se le forme tanto en las habilidades de negociación (en cuanto mecanismo anticipado de terminación del proceso) como en el modo de argumentar oralmente en desarrollo de una audiencia de juzgamiento.

La teoría del caso es la presentación que se hace ante el juez de la manera en que los hechos objeto de juzgamiento habrían acaecido; al ser una especie de fotografía (Miller) de lo ocurrido, en lugar de ser la totalidad de la película (para seguir con el símil), tiene que ser capaz de transmitir al juez de manera completa, coherente y plausible (Bex y Verheij) una descripción y explicación de los hechos. Para evitar que el juez se distraiga con aspectos que no son esenciales en el debate, es imprescindible que la teoría del caso se concentre en los hechos que están en litigio y que se limite a los problemas jurídicos objeto de discusión (Bocchino y Solomon).

En Colombia son todavía muchos los abogados que, fieles a la tradición inquisitiva, buscan discutir en el proceso todos los aspectos relacionados de manera directa e indirecta con los hechos, quizás en una búsqueda inconsciente de esa verdad verdadera que caracterizaba al sistema anterior. Por ello es frecuente que solo se estipule la identidad del procesado (en algunos casos ni siquiera eso), lo que en la práctica conduce a que todos los demás temas que de alguna manera tengan que ver con el proceso sean objeto de discusión; a su vez, esto lleva a que en la audiencia preparatoria se solicite una enorme cantidad de pruebas (para poder acreditar todos los hechos que se van a debatir) y que las audiencias de juzgamiento sean muy extensas en procura de agotar todo el debate probatorio. Esta es una estrategia equivocada (destruktiva, la llaman Bocchino y Solomon), porque el exceso de evidencia sobre

multiplicidad de temas suele terminar por distraer al juez del aspecto central del debate, lo que puede conducir a decisiones contrarias a las pretensiones de la parte que ha permitido o propiciado que el proceso crezca innecesariamente en complejidad y diversidad.

La teoría del caso debe ser llamativa para el juez tanto en lo que se refiere a su contenido como a su presentación (Bocchino y Solomon); de ahí que deba estar centrada en el o los aspectos esenciales de la discusión, obviando todas aquellas circunstancias sobre las que no haya diferencia de opiniones con la contraparte que puedan afectar la decisión final; la teoría del caso es el problema central del caso (Miller). Una construcción precisa de ella permite estipular todos los hechos que no constituyan el núcleo de la controversia, reduciendo el número de pruebas que será necesario practicar dentro del juicio y permitiendo con ello que el juez se concentre en el tema sobre el que se lo quiere persuadir, y que las audiencias de juzgamiento no se extiendan en demasía. Antes de la construcción definitiva de su teoría, el abogado debe anticipar la forma en que el juez reaccionará ante el caso sometido a su estudio (Bocchino y Solomon); por ello es indispensable conocer la formación y trayectoria del juez, y evaluar el impacto que pueden tener en él tanto los hechos que va a juzgar como la forma en que los mismos le son transmitidos; ese conocimiento es útil al momento de escoger la manera de presentar la teoría, de tal forma que su sola formulación no genere una predisposición negativa del juzgador; el propósito debe ser, por el contrario, despertar su interés por la teoría que se le pone de presente.

La construcción de la teoría del caso debe comenzar con las primeras informaciones que se tienen del asunto, preferiblemente a partir de entrevistas con el cliente

(Bocchino y Solomon). La información que este último aporta es crucial porque (en la medida en que sea fidedigna) le permite al abogado tener una visión muy completa de los hechos, lo que a su vez facilita la elaboración de la teoría. La confección de esta debe contar con la aprobación del cliente, quien en principio puede no estar de acuerdo con la forma en que el abogado quiera plantear los hechos, describir la conducta o exponer los motivos que la guiaron; si en el curso del proceso el cliente se aparta de la teoría, bien sea en desarrollo de un interrogatorio o en declaraciones a los medios de comunicación, el caso puede derrumbarse (Miller). Por esto resulta preferible explicarle al cliente las razones por las cuales se recomienda optar por una teoría del caso y no por otra, e intentar persuadirlo de que la acepte; si eso no se consigue, es preferible introducir modificaciones o ajustes a la misma de tal manera que el cliente se sienta cómodo con ella (Miller).

Si bien la teoría del caso se ocupa esencialmente de describir la forma en que debieron ocurrir los hechos objeto de investigación, esa narración tiene que estar enmarcada dentro de una explicación jurídica y debe ser planteada de tal forma que brinde al juez una razón para sentirse cómodo con su aceptación. A diferencia de lo que algunos piensan, un sistema adversarial no hace superfluo el conocimiento teórico del derecho penal; porque, aun cuando la teoría del caso siempre está referida al aspecto fáctico de la conducta, este solo interesa al derecho en cuanto objeto de valoración desde una perspectiva jurídica; por ello es indispensable que al construir la teoría del caso el abogado sea capaz de encajar esos hechos en una o varias figuras jurídicas que le permitan soportar su tesis; es verdad que el punto de partida para la elaboración de la

teoría deben ser siempre los hechos, y que estos no pueden ser encajados de manera forzada en un contexto jurídico (Bocchino y Solomon); pero también lo es que sin ese ropaje jurídico la teoría carece de valor en un proceso; al abogado no le basta con describir escuetamente los hechos que podrían constituir una causal de justificación, para citar un ejemplo, sino que debe estar en condiciones de sostener que la conducta de sus clientes cumple con todos los requisitos legales de la legítima defensa, ya que solo de esa forma podría mantenerlo al margen del ámbito de aplicación del derecho penal.

Además de contener una descripción de la forma en que los hechos objeto de investigación debieron ocurrir, enmarcada dentro de una determinada valoración jurídica, la teoría del caso ha de ser presentada de manera tal que el juez se sienta cómodo con ella, no ya solo en el sentido de compartir la forma en que los hechos se exponen y la relevancia jurídico-penal que se les asigna, sino también en cuanto a la justicia de la decisión que implicaría el acogerla; hay que transmitirle al juez la tranquilidad de que la teoría del caso no solo contiene una propuesta acorde con la normatividad, sino que en un sentido más general corresponde a la manera correcta como el asunto debería ser decidido (Bocchino y Solomon).

La teoría debe ser capaz de explicar todos los hechos susceptibles de discusión dentro del proceso; cualquier vacío que presente en uno o varios de los aspectos objeto de litigio le hará perder coherencia frente al juez y, en consecuencia, aumentarán las probabilidades de que no sea admitida como válida (Bex y Verheij). En la práctica esto lleva a que sea necesario formular teorías del caso provisionales, a partir de las cuales el abogado pueda realizar trabajos de investigación orientados a conseguir

los elementos materiales probatorios necesarios para corroborarla; en la medida en que esa labor muestre que algunos aspectos de la teoría no permiten explicar de manera integral la forma en que los hechos habrían acaecido, será necesario reformularla para evitar inconsistencias que le hagan perder coherencia.

No es necesario demostrar que la teoría del caso corresponde a la única manera en que, con absoluta seguridad, tuvieron ocurrencia los hechos; basta con que ella pueda ser presentada como la mejor de las explicaciones ofrecidas en el proceso (Walton), es decir, basta con que el juez pueda aceptarla más allá de toda duda razonable. Esa es una de las consecuencias que acarrea el migrar de un sistema de tendencia inquisitiva en el que se persigue la obtención de una “verdad verdadera” (o “real”) hacia un esquema de corte adversarial en el que el juez debe escoger, entre las teorías del caso, cuál es la que tiene mayor respaldo desde el punto de vista del derecho sustancial y probatorio, sin preocuparse de si esa “verdad procesal” se corresponde o no con una “verdad verdadera”.

Para conseguir una teoría del caso suficientemente sólida es indispensable que el abogado analice con detenimiento otras que pudieran formularse de manera alternativa, en especial aquellas que la contraparte podría esgrimir (Bex y Verheij). Se debe estar en capacidad de desvirtuarlas para que, en el caso de que llegaran a serle planteadas al juez, se le pudieran señalar y demostrar las falencias que presentan; la teoría finalmente escogida debe ofrecer una mejor explicación que las demás alternativas posibles, lo que solo puede ocurrir si se han analizado en detalle las ventajas y desventajas de todas ellas, hasta construir la más completa y sólida posible.

Puesto que las teorías del caso no son “encontradas” en algún lugar, sino que se construyen poco a poco mediante el estudio y análisis de un caso concreto, las opciones que tiene el abogado a su disposición son prácticamente infinitas (Miller). Se puede ensayar con distintas variantes mientras se prepara el caso, hasta desarrollar una que permita la mejor explicación fáctica y jurídica de los hechos, pero es preferible que al proceso se lleve una sola; aun cuando es lógicamente válido presentar en juicio una teoría del caso principal y una o varias subsidiarias, resulta más aconsejable optar por una sola de ellas para evitar que el juez se forme la impresión de que el abogado no está plenamente convencido de la fiabilidad de sus propios argumentos (Bocchino y Solomon).

En lo atinente a la forma en que debe formularse la teoría del caso, la doctrina se debate principalmente entre la utilización de un método argumentativo que permite concentrarse en el análisis individual de la evidencia (por eso se lo conoce también como atomístico) y la de otro de corte narrativo que presta mayor atención a la elaboración de una historia que, al recoger todos los elementos de la controversia judicial, permita su explicación integral (de ahí que también se lo denomine holístico). Mientras la principal ventaja del método argumentativo consiste en la fortaleza con que examina y respalda cada una de las evidencias con que se cuenta, las mayores virtudes del método narrativo son la capacidad para brindar una explicación de contexto a las conductas objeto de investigación y la circunstancia de que los jueces suelen apreciar más los hechos como historias que como la suma de acontecimientos individuales (Bex y Verheij); aun cuando un abogado pudiera demostrar que cada uno de los hechos individualmente considerados tiene una explicación

apropiada, un juez difícilmente le concedería la razón si, al observarlos en su conjunto, no los apreciara como una historia coherente. Por eso se abre paso la opción teórica de combinar estos dos métodos por medio de lo que algunos denominan un método híbrido en el que la teoría del caso es formulada como una historia pero sus diferentes componentes son analizados y soportados desde el punto de vista argumentativo (Bex y Verheij).

La correcta elaboración de una teoría del caso es indispensable para el desarrollo de toda la actividad procesal (Miller); en sus momentos iniciales, cuando se la formula de manera provisional, permite al abogado realizar las primeras investigaciones recolectando la información que le ayudará a corroborarla, ajustarla o cambiarla; una vez que se la haya logrado consolidar, se contará con la información necesaria para tomar decisiones sobre si conviene o no llevar al cliente a un interrogatorio, o si se cuenta con elementos de juicio suficientes para ir a un juicio o más bien resulta preferible intentar una negociación, para citar solo dos ejemplos. En el evento de que se decida seguir adelante con el proceso, la teoría del caso brinda la información suficiente sobre cuáles hechos deberían ser objeto de estipulación y respecto de qué otros sería indispensable solicitar la práctica de pruebas en desarrollo de la audiencia preparatoria.

La teoría del caso también facilita la práctica de las pruebas, no solo porque arroja claridad sobre lo que se busca con cada documento que se aporta, con cada experto o perito que se convoca y en relación con los aspectos sobre los que cada testigo debe ser interrogado, sino porque permite tener claro cómo se puede llevar a cabo el contrainterrogatorio de los testigos citados por la contraparte. Finalmente, la teoría del caso permite

organizar la intervención en la audiencia de juzgamiento, distribuyendo los temas de acuerdo con la ubicación y la importancia que tengan dentro de la narrativa, y soportando cada uno de ellos con las evidencias que se recopilaron con ese propósito específico. De esa manera se podrá centrar el juicio en los aspectos nucleares del debate, se conseguirá utilizar solo las pruebas que sean estrictamente necesarias para respaldar la teoría del caso y se mantendrá la atención del juez en los puntos que al abogado le interesa transmitir, todo ello con la consiguiente racionalización de los tiempos que se dedican a cada una de las audiencias.

Lo anterior no quiere decir que el abogado no deba ocuparse de analizar temas como, por ejemplo, los requisitos legales para practicar un allanamiento, o las condiciones en las que procede una interceptación de comunicaciones, la figura de la exclusión probatoria o el decreto de las nulidades. Pero todos esos temas (que son aquellos en los que usualmente se concentra la preparación de nuestros estudiantes de derecho en el ámbito procesal) resultan secundarios, en el sentido de que su utilidad solo es imaginable como parte de la puesta en escena de una teoría del caso que comienza con su formulación preliminar desde que se conocen las primeras noticias del caso y se extiende hasta la culminación del proceso. Estudiar frente a un caso concreto las condiciones de admisibilidad de una prueba o examinar los requisitos para la imposición de una medida de aseguramiento sin tener clara una teoría del caso equivale a poner el coche delante del caballo (Bocchino y Solomon).

ARGUMENTOS, HISTORIAS Y EVIDENCIA: PREGUNTAS CRÍTICAS PARA LA DETERMINACIÓN DE LOS HECHOS EN LITIGIO*

FLORIS BEX** Y BART VERHEIJ***

INTRODUCCIÓN

En este ensayo exploramos preguntas críticas para el proceso de razonamiento sobre *hechos y evidencia* en casos penales¹. En la literatura especializada se encuentran, esencialmente, dos explicaciones de este tipo de razonamiento: la aproximación argumentativa y la narrativa. Desde el punto de vista argumentativo (o que se basa en argumentos), los hechos deben ser soportados por evidencia. La pregunta clave para el enfoque argumentativo es qué tipo de razones pueden soportar qué tipo de conclusiones y bajo qué circunstancias (la búsqueda de garantías y esquemas argumentativos; cfr. Toulmin, 1958; Walton et al., 2008), y adicionalmente, cómo lidiar con conflictos entre razones y las excepciones a estas (la argumentación derrotable; cfr. Loui, 1995). El enfoque argumentativo de la construcción de los hechos en el derecho se basa en la teoría de John Henry Wigmore (1931), quien diseñó cadenas de evidencia anticipándose a muchos desarrollos posteriores (Anderson et al., 2005). Esta perspectiva ha sido explorada por Walton (2002) y Bex et al. (2003), quienes proponen y analizan numerosos