

La teoría del caso: un análisis estratégico

Alicia Graciela Messina¹

SUMARIO: I.- Presentación; II.- Breve introducción al nuevo proceso penal; III.- Construyendo la Teoría del Caso; IV. Conclusión; V.- Bibliografía.

RESUMEN: En el presente trabajo se analiza la naturaleza de la Teoría del Caso y su importancia en el nuevo proceso penal. Para ello, se esboza la labor de su construcción, sus características, su funcionalidad, los elementos constitutivos y el momento de su construcción, analizando su contenido: proposiciones fácticas, elemento normativo y análisis probatorio. ²

PALABRAS CLAVE: Teoría del caso - nuevo proceso penal - litigio

I.- Presentación

Hacer frente a un litigio penal requiere de una correcta evaluación y planificación para que las pretensiones hagan pleno convencimiento en el juzgador. Y para este objetivo se cuenta con una herramienta más que eficaz que permite planear la organización de la actuación en el proceso, evaluar el desempeño durante el desarrollo de la audiencias orales del debate y finalizar con el mejor alegato de cierre, todo ello con el fin de evitar inconsistencias e incongruencias tanto en el

¹ Abogada. Egresada de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario. Postítulo Diplomatura en Derecho Penal por la Universidad Blas Pascal- Jefa de Despacho de la Defensoría Pública Oficial Nro. 1 ante los Juzgados y la Cámara Federal de Apelaciones de Rosario-Ministerio Público de la Defensa.

² Trabajo monográfico realizado en el marco del “Seminario de investigación-Desafíos del nuevo Código Procesal Penal Federal” dictado por la Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia de la Defensoría General de la Nación-Ministerio Público de la Defensa (Setiembre de 2021)

alegato de apertura, al momento del examen y contra-examen de testigos, durante las oposiciones o en el alegato de cierre.

La Teoría del Caso intenta constituirse en una suerte de ventana a través de la cual el litigante invita a los jueces a mirar la realidad, o más propiamente, los hechos del caso, proveyéndolos de un lente para dar una lectura particular que permita explicar lo sucedido.

II.- Breve introducción al nuevo proceso penal

El nuevo proceso penal vino a presentarnos un nuevo paradigma a fin de posibilitar dar a conocer no solo el desarrollo del proceso penal sino el control de la actuación de los protagonistas que participan en él, ya que los operadores del sistema (jueces, fiscales y defensores) son funcionarios que deben dar cuenta de su actuación, tal como le es exigido a cualquier otro funcionario público del estado.

Así, el progreso del mismo se presenta a través de audiencias orales y públicas que facilitan la presencia de los ciudadanos durante el desarrollo de las mismas y que de ésta manera pueden controlar la actuación de las partes, los dichos de testigos y peritos y, por último, la sentencia de los jueces.

Sintéticamente el desarrollo se realiza a través de audiencias orales, momento estrella del nuevo proceso penal, en el que la persona sospechada es impuesta de los cargos por los cuales se la investiga y acusa -a través del Ministerio Público Fiscal- y de la prueba que sustenta esa acusación, rechazando los cargos mediante la actuación de su defensa, produciéndose el examen probatorio y alegándose sobre él y concretando el pedido de condena o absolución ante juez, tercero imparcial del proceso.

Este nuevo y moderno proceso penal, de naturaleza acusatoria, es plenamente respetuoso de los derechos fundamentales de contenido procesal.

Ahora bien, cuando hablamos de proceso penal, hablamos de litigio. Y cuando hablamos de litigio nos referimos concretamente a un conflicto. Y de eso se trata entonces el proceso penal: de resolver el conflicto mediante un procedimiento que ya se encuentra regulado en la ley.

Para que haya litigio y en consecuencia proceso penal, es necesario que exista una conducta que se adecue al hecho descrito en un tipo penal. Esa conducta (contraria a la ley) es el hecho concreto que será imputado a una o a varias

personas y que, producto de haberlas ejecutado (o no, dependiendo del tipo de delito de que se trate), producirá consecuencias.

Esta situación entonces, como ya adelantamos, generará distintos tipos de intervenciones: por un lado producirá una acusación por parte del órgano encargado de la investigación y persecución de las conductas que se desarrollen en conflicto con la ley, lo que dará lugar a la acción de repeler esa conducta por parte de los propios imputados a través del accionar de sus defensores, siendo que ambas conductas irán directamente dirigidas a lograr el convencimiento de un tercero imparcial respecto de la situación que diera origen al conflicto. Es decir, se trata de un proceso en el cual se presentan ordenadamente evidencias que dan sustento a las hipótesis de hecho planteadas por las partes para formar la convicción de quien deba resolver.

Y específicamente de esto se trata el sistema adversarial: en la oralidad como la reina del sistema, en la pérdida la formalidad, en inmediatez del tribunal con las pruebas que se producen y discuten directamente en audiencia y, en la valoración de las pruebas aportadas según su peso de convicción intrínseco y autónomo.

III.- Construyendo la teoría del caso

Tanto el proceso penal como el juicio oral representan un escenario donde compiten relatos alternativos que intentan explicar, fundamentar y sostener una determinada pretensión de culpabilidad o inocencia, desarrollados bajo la luz de la inmediación, ante el operador que tiene la función de resolver el conflicto presentado por la partes.

Por un lado, la acusación presentará su propio relato de los hechos, basados en la investigación que ha llevado a cabo ante el conocimiento inmediato del hecho delictivo o la *notitia criminis*.

Por otro lado, la defensa presentará un relato paralelo sostenido en parte en su propia investigación, optando por la construcción de un relato alternativo tratando de desdibujar el relato de la fiscalía, y explicando los hechos desde una óptica diferente (defensa positiva) o sobre la misma investigación del Ministerio Público Fiscal basando la acción en la concentración puntual de problemas, inexactitudes o contradicciones de las pruebas de la fiscalía (defensa negativa), o combinar ambas modalidades de un modo coherente y verosímil.

Resulta ser un planteo -ya sea de la acusación o de la defensa- sobre los hechos relevantes del suceso, las pruebas que los sustentan y los fundamentos jurídicos que lo apoyan.

Es decir, las pretensiones de las partes en un proceso penal se transforman en un guión, un relato, una idea central o teoría explicativa, omnicomprendiva, autosuficiente, única y verosímil sobre lo que ocurrió y así se demostrará en el juicio a través de las pruebas.

Esta teoría central ha sido denominada en la literatura comparada como "Teoría del Caso" y es la expresión que representa la idea eje a partir de la cual son desplegadas las energías y estrategias a través de las cuales se diseñan los eslabones argumentativos a ser presentados en las distintas audiencias de la fase de investigación y en el juicio oral.

En palabras de Thomas Mauet ("Trial Techniques". Aspen Law & Business, Aspen Publishers, Inc., Gaithersburg / New York, 5ª edición, 2000, pág. 24), *"Una teoría del caso es una clara y simple historia sobre lo que 'realmente sucedió' desde su propio punto de vista... Debe ser consistente con la evidencia no controvertida y con su propia versión de la evidencia controvertida y la aplicación del derecho sustantivo. No sólo debe mostrar qué ocurrió, sino que además debe explicar por qué las personas en la historia actuaron de la manera en que lo hicieron... Debe ser una historia persuasiva que será la base de su evidencia y argumentos durante el juicio. Si Ud. no es capaz de declarar su teoría del caso en uno o dos minutos, entonces se requiere más trabajo".* Y sigue *"Al hablar de teoría jurídica hacemos referencia a la figura legal que se intentará acreditar. Por ejemplo, la teoría jurídica del fiscal o del querellante será la comisión de un delito de violación, o de un delito de robo con violencia, o un fraude, etc., dependiendo de los hechos respecto de los cuales ha tomado conocimiento. Para el defensor penal, la teoría jurídica puede estar constituida por una causal de exculpación, de justificación, por una eximente incompleta u otra. Lo importante es que el litigante debe transformar la versión normativa de los hechos en una teoría del caso que le facilite la explicación y narración de las proposiciones fácticas para lograr vencer en el juicio".* (Citado en: "Litigación estratégica en el nuevo proceso penal"- Rafael Blanco Suárez - Mauricio Decap Fernández - Leonardo Moreno Holman - Hugo Rojas Corral-2005 LexisNexis, edición abril 2005).

El eje central del sistema adversarial es la litigación oral y este eje se sustenta en el modo de presentar el caso, el interrogatorio y contrainterrogatorio a los testigos y peritos, el análisis directo de las evidencias frente al juez o tribunal, (ya sea juez técnico o por jurados) todo lo cual demanda un conocimiento directo y

profundo de todos los aspectos reales del caso y las habilidades necesarias para plantearlo, analizarlo, defenderlo y resolverlo.

Es, en esencia, la postura sobre la hipótesis planteada por la imputación, el modo de exponerla y de demostrarla.

A. Características

Innecesario resulta decir que la Teoría del Caso debe presentar una particularidad fundamental: por sobre todas las cosas, debe ser útil.

Y para que así sea, debe tenerse presente que:

- a) Se debe plantear en todo caso que se pretenda llevar a juicio
- b) Se debe contar con el objetivo de ser presentada “efectivamente” en un juicio oral, aunque luego el caso sea resuelto de alguna otra forma (medio alternativo en la resolución del conflicto)
- c) Debe ser única, por lo tanto deben desterrarse las peticiones subsidiarias. Nada peor que tener preparadas teorías alternativas para un mismo caso (no resulta creíble una historia que es presentada con versiones alternativas). En el supuesto caso de que se pretenda realizar una Teoría del Caso con un eje central (cuando el caso lo permita) y con resoluciones alternativas, éstas no deben ser contradictorias ni incoherentes entre sí.
- d) Debe estar sujeta a permanente revisión y/o modificación a medida que se recaban nuevos datos o evidencias en el transcurso de la investigación penal preparatoria, resultando ser flexible a los posibles cambios que puedan darse durante el desarrollo del juicio, pero sin apartarse de la esencia inicial, dándole al litigante la posibilidad de tomar decisiones tempranas y poder justificar las mismas.
- e) Debe ser coherente, con los datos objetivos durante la investigación y sustentada por ellos, de forma tal que logren en el jugador la idea de que los hechos ocurrieron de la forma en que se presentan a través de la teoría propuesta.
- f) Debe ser verosímil, planteada en términos simples, claros, sencillos, utilizando en su confección reglas elementales de la lógica,

conocimientos científicamente afianzados, y/o máximas de la experiencia adquirida “por cualquier sujeto”.

- g) Debe ser fácil de comprender, de forma tal que el juzgador pueda tener una idea clara de los hechos y que éstos sean compatibles con los elementos probatorios aportados por la parte y que sustentan esa teoría. Es necesario que quien vaya a decidir sea capaz de entender, retener y asimilar la idea central que da sentido al conjunto de los hechos, razón por la cual el proceso de aceptación debe estar rodeado de elementos de convicción que faciliten la asimilación y toma de posición del juzgador.
- h) Debe ser concreta y breve, teniendo siempre en cuenta los tiempos que se manejan en una audiencia de juicio oral y la capacidad de atención de los escuchas.
- i) Debe poder realizarse a través de la misma el análisis estratégico de todas las evidencias probatorias para la posterior presentación y utilización de las mismas durante el desarrollo del juicio oral.
- j) Debe ser autosuficiente jurídicamente: la versión o idea central que el litigante entregue en las distintas audiencias de la fase de investigación debe ser capaz de dar cuenta del conjunto de hechos que ocurrieron, sin dejar cabos sueltos o circunstancias relevantes que no pueden ser explicadas por esa versión o teoría central, de manera tal que presente un alto nivel de consistencia para evitar que la contraparte dañe esa coherencia interna con hechos que no somos capaces de explicar a partir de la Teoría del Caso seleccionada.

El reto principal del operador (ya sea el acusador público -o querellante si lo hubiere- y el defensor) será la construcción de esa Teoría del Caso a partir de la cual estará en condiciones de decidir la manera más eficiente y eficaz de presentar su caso ante un tribunal, mediante la realización del conjunto de actividades estratégicas que deberá desarrollar para sostener esa versión de los hechos planteada, la que se apuntalará con las pruebas que hagan al entendimiento, previo análisis de esa evidencia colectada.

Para poder tener éxito con nuestro desenvolvimiento en el juicio oral debemos tener una Teoría del Caso elaborada con las características antes mencionadas. Cada una de las decisiones o actuaciones que el litigante tome

durante el desarrollo del juicio estarán iluminadas por la Teoría del Caso, en consonancia con ella, y será precisamente nuestra teoría del caso la que nos permitirá verificar si esas decisiones han sido tomadas en forma correcta, independientemente del resultado del juicio.

Todos nuestros esfuerzos deben estar destinados a llegar al tribunal con la información fáctica que constituye nuestro caso, por lo tanto todo el esfuerzo estará volcado en hacerlo en forma sencilla, clara, contundente y persuasiva, tratando de evitar todo aquello que pueda perturbar esa decisión..

Esta historia se presenta en el alegato de apertura como una historia que reconstruye los hechos penalmente relevantes con el propósito de persuadir al juzgador y contiene escenarios, personajes y sentimientos que acompañan toda conducta humana. Es la versión que de los hechos ofrece cada sujeto procesal y lo que se pretende que el juez crea.

En síntesis, la Teoría del Caso es el resultado de la conjunción de las hipótesis fáctica, jurídica y probatoria que manejan el fiscal y el defensor respecto de un caso concreto y que defenderán ante el juez.

B. Funcionalidad

Pero, ¿para qué sirve una Teoría del Caso?

Es esencialmente una forma distinta de presentar un caso ante un juez o tribunal y el trabajo comienza desde el primer momento en que se toma contacto con el caso, realizándose una narración de los hechos ocurridos en el pasado y nos sirve para pensar organizadamente y monitorear cada etapa del juicio permitiendo construir una historia persuasiva con significado penal relevante.

¿De qué modo debe utilizarse frente a la posibilidad de llevar el caso a un eventual juicio y obtener un resultado favorable?

Obviamente la utilización de la Teoría del Caso será diferente respecto del rol de cada operador, ya que para el órgano acusador su norte deberá ser el mantenimiento del respeto por las garantías constitucionales, mientras que para la defensa lo será la desarticulación bien de un elemento del tipo imputado (de la imputación) o bien de su responsabilidad (de la culpabilidad).

Entonces, la Teoría del Caso nos dará las pautas para saber qué evidencia buscar y dónde, permitiendo una funcional división de trabajo. Durante el

desarrollo del juicio oral nos organizará el análisis de las pruebas, permitiendo así controlar eficaz y coherentemente las diligencias y actividades procesales para poder detectar cuales nos favorecen y cuáles nos perjudican, teniendo un control directo sobre la valoración de testimonios, exámenes directos, contra-exámenes y las otras diligencias que se realicen dentro de la audiencia del juicio.

C. Elementos constitutivos

¿Cuáles son los elementos estructurales que debe tener la Teoría propia del Caso?

Lo que se va realizando es una construcción de un relato de lo ocurrido, reconstruyendo la historia del suceso, al que debemos suministrarle dos elementos fundamentales: significancia jurídica y acreditación posible a través de la actividad probatoria que sea afín y coherente a ese planteo teórico.

Por supuesto que se irá incorporando todo tipo de información a medida que vaya transcurriendo el desarrollo de la investigación penal preparatoria. Por eso, como ya se adelantó, la teoría del caso resulta ser “flexible”, es decir, irá zigzagueando, acomodándose y enriqueciéndose en razón de los elementos probatorios que vayan surgiendo.

La finalidad es obtener un desarrollo integral de lo ocurrido y a partir de este punto, desarrollar la mejor estrategia para ser presentada finalmente ante el juez o el tribunal.

No olvidemos que hay soluciones alternativas a mano para resolver el conflicto en forma anticipada, y que evitan el desarrollo del proceso penal y todo lo que ello implica.

Pero la teoría del caso debe ser planteada y armada de antemano y con un destino final: el juicio.

D. Momento de su construcción

La Teoría del Caso tiene su génesis –como ya dijimos anteriormente- en el primer momento en que se toma conocimiento de los hechos, con el advenimiento de la *notitia criminis*

Es decir, se comienza a desarrollar desde la misma investigación y al llegar la información se deberá definir cuál será la historia, el guión, el relato que sustentará el argumento y que se intentará demostrar.

Por lo tanto, ya en las primeras entrevistas, el defensor está en posición de iniciar lo que será el borrador de su Teoría del Caso.

Obviamente en su inicio se planteará como una hipótesis de cómo pudieron haber ocurrido los hechos, que quedará sujeta a la verificación o comprobación llevada a cabo con las tareas investigativas propias y también de la contraparte.

Eso le da un carácter dinámico a la teoría del caso, que, como se adelantó, puede ir modificándose, transformándose, adaptándose, reinventándose ante cada descubrimiento, pero sin alejarse del núcleo duro inicial.

Finalizada la recolección de información y ante el inminente inicio del juicio, aquella hipótesis originaria alimentada con el fruto de la investigación dará como resultado final la teoría del caso.

No podemos obviar que el resultado final, es decir “nuestra” teoría del caso será una verdad teñida de relatividad, ya que lo cierto es que esa verdad que se pretende hallar está en el pasado y que, lamentablemente, nunca llegaremos a saber lo que exactamente ocurrió, inclusive en aquellos casos en donde existen pruebas muy poderosas hay zonas de la verdad que nunca se llegaron a conocer, por ejemplo, lo que estaba en la mente de las personas cuando realizaron sus conductas, cuáles fueron sus motivaciones, etc.

Como ya se adelantara al comienzo del trabajo, la desformalización es esencial pero en el lenguaje solamente, ya que no deben olvidarse las correlaciones jurídicas. Es decir, debe describirse la hipótesis fáctica para así saber si “tenemos un caso” y presentarlo ante el órgano juzgador al inicio y en cada petición, con palabras claras, sencillas y comunes (entendibles para todo el auditorio) pero con referencia específica a los elementos jurídicos, tanto objetivos como subjetivos, que queremos acreditar o desacreditar, sin olvidar que la Teoría del Caso es una visión estratégica para afrontar el proceso y que nos permitirá tomar las decisiones pertinentes y advertir nuestras debilidades y -sobre todo- las de la contraria.

¿Por qué decimos que es una “visión estratégica”? Porque litigar es un ejercicio profundamente estratégico, tanto para quien acusa como para quien defiende e implica el diseño de un relato en donde cada parte busca explicar cómo ocurrieron los hechos y la participación o no del imputado en ellos, con la única finalidad de convencer al órgano juzgador de que “su versión” es la que se ha demostrado a raíz de la producción de las pruebas que aporta.

Su construcción supone entonces un continuo ir y venir por los hechos. Y entonces podremos actuar de dos formas: a) construyendo el rompecabezas de una historia donde quizás no todos los testigos están, ni todas las evidencias se encuentran, pero que es nuestra teoría o, b) ir armando una historia donde es evidente que los hechos no se dieron del modo en que lo presenta la contraparte, buscando sus debilidades y por esa razón la prueba de la acusación es inconsistente, adquiriendo entonces fortaleza nuestra hipótesis.

E. Composición

Está compuesta por 3 elementos: fáctico, jurídico y probatorio.

El primero está integrado por los hechos relevantes que contienen la acción o circunstancias de tiempo, modo o lugar, los instrumentos utilizados, y el resultado de la acción o acciones realizadas que deberán ser reconstruidos en el debate oral y que comprobarán la existencia o no de la conducta punible y la responsabilidad o no del procesado.

El segundo es la adecuación o encuadramiento típico de la conducta, los hechos dentro del marco normativo sancionador de las disposiciones legales, comprendiendo los componentes básicos de la constitución de una norma penal: la tipicidad, la culpabilidad y la antijuricidad.

El tercero es la forma de comprobar esos hechos ante el juzgador y nos permite determinar cuáles son las pruebas pertinentes para establecer la certeza de esa conducta punible y la responsabilidad o no del autor. De esta forma se podrá comprobar ante el juez los planteos formulados en la teoría.

F. Construcción

La Teoría del Caso se construye a través de lo que se denomina “proposiciones”.

1. Proposición fáctica

Según Baytelman y Duce *“Una proposición fáctica es una afirmación de hecho, respecto de mi caso concreto, que si el juez la cree, tiende a satisfacer un elemento de la teoría jurídica. Dicho de otro modo, una proposición fáctica es un elemento legal reformulado en un lenguaje corriente, que se remite a experiencias concretas del caso, sobre las que un testigo sí puede declarar. Por consiguiente, los relatos de nuestros testigos determinan finalmente el contenido de las proposiciones fácticas, a la vez que las proposiciones fácticas deben estar contenidas en el relato de*

los testigos.” (Litigación Penal. Juicio Oral y Prueba- Andrés Baytelman Aronowsky– Mauricio Duce Jaime-2004 by Universidad Diego Portales-1ª Edición-Universidad Diego Portales pág. 54)

En términos sencillos podríamos decir que las proposiciones fácticas son aquellas afirmaciones de hecho tomadas del relato elaborado por el litigante, que pueden ser reproducidas en juicio a través del testimonio de un testigo y que dan cuenta de un elemento de la teoría jurídica.

Primeramente, lo que se debe establecer es si tenemos un “caso”, es decir, si tenemos una “hipótesis”. Se deberá prestar especial atención a la investigación, a la búsqueda, a la identificación y análisis de los hechos que llegan a nuestro conocimiento, ya que al inicio de la investigación se cuenta con un conjunto de información que puede resultar engañosa, incoherente, insuficiente y hasta contradictoria.

Entonces, la función de los litigantes, es escoger la información más importante que les sirva para ir delimitando sus proposiciones fácticas dentro del contexto que integre al elemento jurídico.

A partir de allí se comenzará con un proceso de selección, rescatando solo aquellos que tengan una relevancia penal y que por esta circunstancia se puedan adecuar a la estructura normativa del hecho atribuido.

Se descartarán los hechos que no tengan relevancia penal y eventualmente también quedarán “a la espera” aquellos hechos que si bien tienen relevancia penal, pueden llegar a ser objeto de acuerdos con la contraparte (acuerdos previos entre Fiscalía y Defensa) y que por lo tanto, no se discutirán en la audiencia oral (por ejemplo: la confirmación de la muerte cuando lo que se pretende acreditar de la autoría del hecho).

Estas proposiciones surgen entonces del análisis del caso, de las entrevistas con los involucrados, testigos, peritos, funcionarios policiales, del análisis y estudio detallado de cada uno de los documentos, evidencias materiales u otros medios de convicción que existan en la causa. Es decir, emanan de la información proporcionada por parte de quienes han tenido algún tipo de contacto o de vinculación con el hecho delictivo, de ahí la inmensa importancia que tienen los relatos de las víctimas, testigos y hasta del propio sospechoso en su elaboración.

Las proposiciones fácticas deben ser varias, en razón de que las mismas consisten en cada una de las “piezas” que arman el “rompecabezas” de la teoría,

pero hay que ser muy cauteloso al seleccionarlas, porque mientras más proposiciones fácticas existan, más grande será el “rompecabezas” que compone la teoría del caso, y por lo tanto puede resultar muy riesgosa y compleja de armar.

Además, sobre cada una de las proposiciones fácticas recaerá prueba y por lo tanto a mayor cantidad de proposiciones fácticas, mayor actividad probatoria. A contrario sensu, seleccionadas correctamente las proposiciones fácticas más importantes, el ejercicio de la actividad probatoria, será mínimo pero eficaz.

Para seleccionar las proposiciones fácticas y armar una buena Teoría del Caso, se recomienda formular las siguientes preguntas: ¿cuándo?, ¿dónde?, ¿cómo?, ¿quién? y ¿por qué?, que al ser respondidas proporcionarán al litigante los elementos de temporalidad, de ubicación, de acción o circunstanciales, de identificación del sujeto activo y pasivo de la infracción y, de causalidad o resultado.

La tarea del operador consiste entonces en:

1. identificar las proposiciones fácticas
2. asociarlas a los elementos de la teoría jurídica que se quieren demostrar en juicio,
3. identificar las evidencias pertinentes y relevantes que le permitirán sustentarlas en juicio.

2. Elemento jurídico

En nuestro ordenamiento jurídico penal, para que una conducta sea considerada como delito debe estar previamente establecida en la ley (principio de legalidad).

En función de ese principio, al armar la teoría del caso, y una vez seleccionados los elementos fácticos relevantes, sobrevendrá la tarea de subsumir o compatibilizar cada uno de ellos con uno o varios elementos del delito.

Es decir, que cada una de las proposiciones fácticas que la estructuran encaje a la perfección en una norma jurídica penal.

Por lo tanto, vamos a formular una o varias proposiciones fácticas para cada elemento penal para sustentar nuestra teoría.

En palabras más sencillas: lo fáctico debe acoplar en lo jurídico en virtud del principio de legalidad.

Si la fusión entre las proposiciones fácticas y las proposiciones jurídicas no se produce, entonces no tendremos teoría del caso.

Pero aun así, la defensa cuenta con una ventaja: podría seleccionar entre varias propuestas acorde a los antecedentes que caracterizan el juicio ya que la defensa puede tomar una postura activa o pasiva.

Es activa cuando propone una afirmación, (ejemplo: una causa excluyente de la conducta, de la antijuridicidad o de la culpabilidad, que el hecho que se le atribuye no constituye delito alguno a perseguir, o bien, un relato alternativo al de la Fiscalía como que el acusado no se encontraba presente en el lugar de los hechos, etc.)

Y es pasiva cuando la defensa, en virtud del estado de inocencia de su pupilo, toma una postura neutral o negativa ante la acusación fiscal, por ejemplo, desacreditando a los testigos de cargo presentados por la Fiscalía para rechazar algún tipo de participación en el hecho y sosteniendo que corresponde al acusador público desarticular tal estado de inocencia.

3. Análisis probatorio

Una vez seleccionados los hechos con relevancia jurídica, y subsumidos en el tipo penal, corresponde acreditarlos a través de los distintos medios de prueba.

Cada una de las proposiciones fácticas que conforman nuestro relato debe ser probada, ya que la fortaleza o debilidad de la proposición fáctica dependerá de cuanto puedo probarla, lo que se denomina “test de la superposición” (test de fortaleza o debilidad)

Si la construcción de las proposiciones fácticas es precisa y clara se determina perfectamente la prueba que se necesitará.

Entre los medios de prueba se encuentra la prueba testimonial, la prueba pericial, la prueba documental, la evidencia física y cualquier otro medio técnico o científico y es tarea del operador seleccionar el medio más idóneo para lograr el fin probatorio.

A cada proposición fáctica le corresponde uno o varios medios de prueba ya sea que la demuestren o que la nieguen.

Un factor muy importante es el que hace a la credibilidad de la prueba. Y para ello es indispensable tener en cuenta la forma en que se recolecta e introduce la prueba propia (para evitar contaminaciones) y como se controla la recolección e introducción de la prueba de la contraparte (para evitar manipulaciones ilícitas). De esta manera se podrá resaltar fortalezas y minimizar debilidades.

Todo el análisis probatorio nos ofrecerá un juicio de valor que determinará la capacidad de demostración de los hechos y que dará lugar a los elementos de convicción necesarios para hacer creíble el relato construido para la tan ansiada persuasión del juzgador.

IV.- Conclusión

He aquí entonces que a los efectos de llevar a cabo un proceso penal adversarial que resulte efectivo para la composición del litigio (más allá de que existan y se encuentren previstos modos alternativos de solución de conflictos que resultan una composición temprana) resulta indispensable la construcción de una Teoría del Caso, basada en el conocimiento de los hechos en general, de las pruebas con las que cada parte cuenta y que presentadas y ejecutadas con el diseño necesario afín a esa teoría conlleven ineludiblemente al éxito de la estrategia inicialmente planteada.

La Teoría del Caso no es más que la formulación de la hipótesis que cada parte ensaya para que sea acogida y aceptada por el juez en la sentencia, de acuerdo con los elementos fácticos, jurídicos y probatorios que se han acopiado y que habrán de presentarse y valorarse en la etapa del juicio, respondiendo a la metodología y el plan de trabajo diseñado por las partes con vistas al proceso, donde por su aspecto flexible va y viene varias veces a lo largo de las etapas previas al juicio oral, alterándose en la medida en que nuestro conocimiento del caso se va modificando y profundizando.

Es parte esencial de la estrategia penal y en la fase de juicio oral, nos ayuda a:

- Ordenar la construcción de los argumentos a presentar en el alegato de apertura orientándolo a la discusión de los elementos constitutivos de la infracción.
- Definir las evidencias a presentar en el juicio y el orden de las mismas.
- Determinar las preguntas que se formularán a los testigos y peritos propios.

- Identificar las versiones de la contraparte que resultan más dañinas a nuestra teoría y aquellas que nos permiten atacar la de la contraparte.
- Establece las debilidades que deben ser anticipadas.
- Planifica el alegato de clausura.

Su buen planteo y su mejor manejo nos permitirá percibir un resultado satisfactorio para nuestro representado.

V.- Bibliografía

- Litigación penal. -Juicio oral y prueba - Andrés A. Baytelman y Mauricio J. DUCE.
- Manual Práctico de Litigación Oral y Argumentación – Dr. Boris Barrios González.
- Teoría del caso – Rodríguez Vigil – Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.
- Técnicas y habilidades en la realidad del litigio – Luis J. Cevalco – Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales – Buenos Aires. Programa de formación en áreas de vacancia de la abogacía 2017.
- Litigación estratégica en el nuevo proceso penal – Rafael Blanco Suárez, Mauricio Decap Fernández, Leonardo Moreno Holman y Hugo Rojas Corral – 1ra. edición abril 2005 – Edit. Lexis Nexis.
- Estrategias de litigación penal: Teoría del Caso - Augusto Renzo Espinoza Bonifaz - Derecho Penal Online-DOCTRINA\PROCESAL PENAL.